



# JURNAL KONSTITUSI

Volume 14 Nomor 4, Desember 2017

- Pembatalan Putusan Arbitrase oleh Pengadilan dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 15/PUU-XII/2014  
Tri Aripriabowo dan R. Nazriyah
- Kewenangan Mahkamah Konstitusi sebagai *Negative Budgeter* dalam Pengujian Undang-Undang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara  
Mei Susanto
- Pergeseran Pembatasan Hak Pilih dalam Regulasi Pemilu dan Pilkada  
Khairul Fahmi
- Interpretasi Lembaga Negara dan Sengketa Lembaga Negara dalam Penyelesaian Sengketa Kewenangan Lembaga Negara  
Anna Triningsih dan Nuzul Qur'aini Mardiyah
- Analisis Kritis terhadap Perjanjian Perkawinan dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015  
Damian Agata Yuvens
- Kemungkinan Penerapan *Preliminary Ruling Procedure* sebagai *Media Constitutional Complaint* di Mahkamah Konstitusi  
Gautama Budi Arundhati
- Upaya Menemukan Konsep Ideal Hubungan Pusat-Daerah Menurut Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945  
Muhammad Ridwansyah
- Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-XI/2013 pada Penetapan Calon Legislatif Perempuan di Provinsi Jawa Tengah  
Ani Purwanti
- Kasus Rohingya dan Tanggung Jawab Negara dalam Penegakan Hak Asasi Manusia  
Nalom Kurniawan
- Pengawasan terhadap Kebijakan Pemerintah Melalui Mekanisme *Citizen Lawsuit*  
Cholidin Nasir

|    |         |         |                      |                          |                                      |
|----|---------|---------|----------------------|--------------------------|--------------------------------------|
| JK | Vol. 14 | Nomor 4 | Halaman<br>701 - 926 | Jakarta<br>Desember 2017 | P-ISSN 1829-7706<br>E-ISSN 2548-1657 |
|----|---------|---------|----------------------|--------------------------|--------------------------------------|

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

KEPANITERAAN DAN SEKRETARIAT JENDERAL  
MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA



MAHKAMAH KONSTITUSI  
REPUBLIK INDONESIA

JURNAL KONSTITUSI

|  |                                      |               |
|--|--------------------------------------|---------------|
| Vol. 14 No. 4  | P-ISSN 1829-7706   E-ISSN: 2548-1657 | Desember 2017 |
| Terakreditasi LIPI Nomor: 613/Akred/P2MI-LIPI/03/2015<br>Terakreditasi DIKTI Nomor: 040/P/2014 |                                      |               |

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

**Susunan Redaksi**

*(Board of Editors)*

- Pengarah**  
*(Advisers)* : Prof. Dr. Arief Hidayat, S.H., M.S.  
Dr. Anwar Usman, S.H., M.H.  
Prof. Dr. Maria Farida Indrati, S.H., M.H.  
Dr. H. Wahiduddin Adams, S.H., MA.  
Prof. Dr. Aswanto, S.H., M.Si. DFM.  
Dr. I Dewa Gede Palguna, S.H., M. Hum  
Dr. Suhartoyo, S. H., M. H.  
Dr. Manahan M. P. Sitompul, S.H., M. Hum  
Prof. Dr. Saldi Isra, S.H., MPA.
- Penanggungjawab**  
*(Officially Incharge)* : M. Guntur Hamzah
- Pemimpin Redaksi**  
*(Chief Editor)* : Dr. Wiryanto, S.H., M.Hum.
- Redaktur Pelaksana**  
*(Managing Editors)* : Mohammad Mahrus Ali, S.H., M.H.  
Intan Permata Putri, S.H.  
Melisa Fitria Dini, S.H.
- Sekretaris** : Yossy Adriva, S.E.
- Tata Letak & Sampul** : Nur Budiman  
*(Layout & cover)*

Alamat *(Address)*

Redaksi Jurnal Konstitusi

**Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia**

Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta 10110

Telp. (021) 23529000 Faks. (021) 352177

E-mail: jurnal@mahkamahkonstitusi.go.id

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

---

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

---



# JURNAL KONSTITUSI

Volume 14 Nomor 4, Desember 2017

## DAFTAR ISI

|  |          |
|--|----------|
| <b>Pengantar Redaksi</b> .....   | iii - vi |
| Pembatalan Putusan Arbitrase oleh Pengadilan dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 15/PUU-XII/2014                                 |          |
| Tri Ariprowo dan R. Nazriyah.....  | 701-727  |
| Kewenangan Mahkamah Konstitusi sebagai <i>Negative Budgeter</i> dalam Pengujian Undang-Undang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara |          |
| Mei Susanto .....  | 728-756  |
| Pergeseran Pembatasan Hak Pilih dalam Regulasi Pemilu dan Pilkada  |          |
| Khairul Fahmi .....  | 757-777  |
| Interpretasi Lembaga Negara dan Sengketa Lembaga Negara dalam Penyelesaian Sengketa Kewenangan Lembaga Negara                        |          |
| Anna Triningsih dan Nuzul Qur'aini Mardiya .....   | 778-798  |
| Analisis Kritis terhadap Perjanjian Perkawinan dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015                              |          |
| Damian Agata Yuvens .....  | 799-819  |
| Kemungkinan Penerapan <i>Preliminary Ruling Procedure</i> sebagai <i>Media Constitutional Complaint</i> di Mahkamah Konstitusi       |          |
| Gautama Budi Arundhati .....   | 820-837  |

|   |         |
|---|---------|
| Upaya Menemukan Konsep Ideal Hubungan Pusat-Daerah Menurut Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945<br>Muhammad Ridwansyah .....      | 838-858 |
| Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-XI/2013 pada Penetapan Calon Legislatif Perempuan di Provinsi Jawa Tengah<br>Ani Purwanti ..... | 859-879 |
| Kasus Rohingya dan Tanggung Jawab Negara dalam Penegakan Hak Asasi Manusia<br>Nalom Kurniawan .....   | 880-905 |
| Pengawasan terhadap Kebijakan Pemerintah Melalui Mekanisme <i>Citizen Lawsuit</i><br>Cholidin Nasir .....   | 906-926 |

**Biodata**

**Pedoman Penulisan**

# Dari Redaksi



Menutup tahun 2017, Jurnal Konstitusi Volume 14 Nomor 4 Desember 2017 menghadirkan sejumlah artikel yang beragam mengenai kajian-kajian hukum konstitusi dan ketatanegaraan. Artikel pertama ditulis oleh Tri Aripribowo dan R. Nazriyah yang berjudul “Pembatalan Putusan Arbitrase oleh Pengadilan dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 15/PUU-XII/2014”. Peran pengadilan dalam proses penyelesaian sengketa melalui arbitrase tidak hanya terjadi pada saat eksekusi putusan arbitrase hendak dilaksanakan, peran pengadilan telah ada bahkan sebelum proses arbitrase berlangsung, dan secara berkesinambungan tetap diperlakukan selama proses arbitrase berlangsung hingga putusan arbitrase dijatuhkan. Bahwa ternyata Penjelasan Pasal 70 UU Arbitrase menambah norma baru dan menimbulkan ketidakpastian hukum. Menurut Mahkamah, Pasal 70 UU Arbitrase tersebut sudah cukup jelas (*expressis verbis*), yang justru menimbulkan multi tafsir adalah penjelasan pasal tersebut. Sehingga menimbulkan ketidakpastian hukum yang adil. Akhirnya, Mahkamah menyatakan bahwa, Penjelasan Pasal 70 UU AAPS bertentangan dengan Pasal 28 ayat (1) UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan mengikat. Dengan demikian putusan arbitrase yang merupakan mahkota seorang Arbiter tidak mudah “tercabik” oleh suatu kepentingan. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 15/PUU-XII/2014 harus diapresiasi dan secepatnya direspon oleh pembentuk undang-undang.

Pada artikel kedua berjudul “Kewenangan Mahkamah Konstitusi sebagai *Negative Budgeter* dalam Pengujian Undang-Undang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara” ditulis oleh Mei Susanto. Doktrin Mahkamah Konstitusi (MK) yang dahulu dipercaya hanya sebagai *negative legislature* telah bergeser menjadi *positive legislature*. Doktrin MK sebagai *negative legislature* dapat dimaknai sebagai *negative budgeter* dalam bentuk pernyataan mata anggaran tertentu dalam UU APBN bertentangan dengan UUD 1945. Bahkan dapat pula dimaknai sebagai *positive budgeter* karena MK juga mengharuskan pemerintah dan

DPR untuk menambahkan mata anggaran tertentu dalam UU APBN. Hal tersebut tidak lain sebagai bentuk diakuinya supremasi konstitusi, sehingga MK yang berperan sebagai *the guardian constitution* harus menjaganya. Apalagi dalam UUD 1945 terdapat pasal yang spesifik menyebut batas minimal anggaran pendidikan 20% dan pasal-pasal lain yang mengharuskan APBN harus dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

Di samping kedua artikel tersebut, artikel lainnya ditulis oleh Khairul Fahmi yang berjudul “Pergeseran Pembatasan Hak Pilih dalam Regulasi Pemilu dan Pilkada”. Hak memilih dan dipilih merupakan hak konstitusional warga negara yang diakui sebagai bagian dari hak atas kedudukan yang sama dalam hukum dan pemerintahan sebagaimana dijamin UUD 1945. Jaminan pelaksanaan hak tersebut diatur dalam Undang-Undang terkait pemilu anggota legislatif, pemilu Presiden dan Wakil Presiden maupun pemilihan kepala daerah. Pengaturan hak itu berada diantara dua paradigma yang saling tolak tarik. Pembentuk undang-undang berangkat dari paradigma bahwa hak tersebut harus dibatasi, termasuk dengan menggunakan alasan-alasan objektif demi menghasilkan pejabat publik yang berintegritas dan pemilu yang *fair*. Dalam perjalanannya, melalui proses pengujian undang-undang, paradigma dimaksud justru digeser ke arah menghilangkan pembatasan yang demikian, karena dinilai melanggar hak konstitusional warga negara. Pergeseran yang terjadi berimplikasi pada hadirnya produk legislasi pemilu yang cenderung lebih liberal. Pembatasan hak pilih hanya boleh dilakukan berdasarkan alasan ketidakcakapan. Sementara aspek lain yang dinilai sebagai batasan untuk menghasilkan pejabat politik yang profesional dan tidak cacat moral tidak boleh lagi diadopsi sebagai alasan pembatasan.

Artikel keempat berjudul “Interpretasi Lembaga Negara dan Sengketa Lembaga Negara dalam Penyelesaian Sengketa Kewenangan Lembaga Negara” yang ditulis oleh Anna Triningsih dan Nuzul Qur’aini Mardiya. Dalam penyelesaian sengketa kewenangan konstitusional antar lembaga negara itu terdapat 2 (dua) hal penting yang harus dieksplorasi yaitu soal konsepsi lembaga negara dan kewenangan konstitusional. Berdasarkan pembentukannya, lembaga negara dapat dikelompokkan menjadi 3 (tiga), yaitu lembaga negara yang dibentuk berdasarkan Keppres, UU, dan UUD. Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 004/SKLN-IV/2006 tanggal 12 Juli 2006 telah merumuskan kata “lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar” dalam Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 dengan menggunakan penafsiran gramatika (*grammatische interpretatie*). Menurut Mahkamah Konstitusi, dalam menentukan *subjectum litis* atau *objectum litis* perkara sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan UUD 1945 maka ditentukan terlebih dahulu kewenangan-kewenangan yang diberikan dalam Undang-Undang Dasar dan baru kemudian kepada lembaga apa kewenangan-kewenangan tersebut diberikan.

Artikel selanjutnya berjudul “Analisis Kritis terhadap Perjanjian Perkawinan dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015” ditulis Damian Agata Yuvens. Pengujian terhadap beberapa ketentuan dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria dan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan ditujukan untuk memastikan agar

warga negara Indonesia yang menikah dengan warga negara asing bisa tetap memiliki hak atas tanah dengan titel Hak Milik maupun Hak Guna Bangunan. Mahkamah Konstitusi melalui Putusan No. 69/PUU-XIII/2015, menolak sebagian permohonan yang diajukan dan memberikan tafsir sehubungan dengan perjanjian perkawinan, sehingga perjanjian perkawinan juga bisa dibuat selama dalam ikatan perkawinan. Namun demikian, terdapat masalah nyata dalam Pertimbangan Hukum yang disusun, yaitu falasi, kurangnya pertimbangan dan tidak adanya analisis dampak. Di sisi lain, penilaian yang dilakukan secara terpisah oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia terhadap objek yang diujikan menyebabkan tidak tampaknya perdebatan komprehensif mengenai isu pokok yang diujikan.

Artikel keenam ditulis oleh Gautama Budi Arundhati yang berjudul “Kemungkinan Penerapan *Preliminary Ruling Procedure* sebagai Media *Constitutional Complaint* di Mahkamah Konstitusi”. *Preliminary ruling procedure* seperti yang diterapkan di Uni Eropa dapat menjadi metode alternatif dalam pelaksanaan *constitutional complaint* di Indonesia. Undang-Undang Dasar 1945 sebagai hukum tertinggi di Indonesia dikawal oleh lembaga yang bernama Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Pengadilan Negeri memiliki peran yang sangat signifikan terkait dengan laporan warga negara ketika hak-hak konstitusionalnya dirugikan oleh institusi maupun pejabat negara. Pengadilan negeri melalui *preliminary ruling procedure* dapat melakukan *constitutional question* kepada Mahkamah Konstitusi. Hal ini untuk menjamin konsistensi antara Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga peradilan yang berwenang mengawal konstitusi serta menjamin adanya kepastian hukum yang harus diterima oleh warga negara secara efektif.

Artikel lainnya ditulis oleh Muhammad Ridwansyah yang berjudul “Upaya Menemukan Konsep Ideal Hubungan Pusat-Daerah Menurut Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945”. Kehadiran Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintah Daerah memang sudah menggunakan prinsip otonomi seluas-luasnya sehingga ada keluasaan untuk mengatur daerahnya sendiri. Desentralisasi asimetris bagi semua daerah Indonesia walaupun terkesan sulit, apabila dilakukan bersama maka akan mudah untuk dilaksanakan. Terkait desentralisasi asimetris untuk Indonesia ini sudah diterapkan terhadap empat daerah yakni DKI Jakarta, Daerah Istimewa Yogyakarta, Aceh dan Papua. Terkait dengan kewenangan daerah yang nanti menjadi sangat luas tentunya metode pengawasan perlu lebih diperketat dari pada sebelumnya karena desentralisasi memperkenankan ke level kekuasaan pemerintahan yang lebih rendah atau di bawah.

Artikel selanjutnya berjudul “Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-XI/2013 pada Penetapan Calon Legislatif Perempuan di Provinsi Jawa Tengah” oleh Ani Purwanti. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-XI/2013 adalah pengujian konstitusional terhadap Pasal 215 huruf (b) dan Penjelasan Pasal 56 ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilu. Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 yang dinilai diskriminatif bagi perempuan untuk mencalonkan diri dalam kontestasi politik di daerah. Dampak Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-XI/2013 adalah jaminan kepastian hukum bagi tindakan khusus untuk meningkatkan jumlah

keterwakilan perempuan di parlemen. Namun secara empiris, putusan tersebut tidak berdampak positif di pemilu legislatif 2014-2019 dimana perbedaan jumlah keterwakilan yang masih terlampau jauh. Diperlukan instrumen hukum yang lebih tegas dan efektif untuk peningkatan jumlah keterwakilan perempuan di parlemen, yang dimana sasaran implementasinya haruslah kepada partai politik dan budaya masyarakat.

Artikel selanjutnya berjudul “Kasus Rohingya dan Tanggung Jawab Negara dalam Penegakan Hak Asasi Manusia” ditulis oleh Nalom Kurniawan. Peristiwa pelanggaran HAM yang terjadi di Rohingya telah menggugah rasa kemanusiaan banyak pihak. Tidak diakuinya etnis Rohingya ke dalam bagian daftar etnis yang berada di negeri Myanmar tersebut, merupakan upaya peniadaan terhadap HAM warga negara yang telah tinggal beberapa generasi di bagian wilayah negara tersebut. Tindakan itu bahkan ditindaklanjuti dengan tidak diberikannya status kewarganegaraan bagi etnis Rohingya. Bahkan, upaya penghapusan identitas dengan tidak mengakui nama ‘Rohingya’, oleh pemerintahan Myanmar, dapat dikategorikan sebagai suatu upaya yang sistematis untuk menghilangkan identitas etnis tertentu. Tindakan konfrontasi fisik yang terjadi, telah menjadi pemicu terjadinya gelombang pengungsi etnis Rohingya ke beberapa negara. Myanmar memang memiliki hak untuk menyelesaikan persoalan dalam negerinya sendiri melalui mekanisme hukum yang dimiliki. Namun, guna menjaga objektivitas terhadap penyelesaian yang dilakukan secara mandiri oleh Myanmar, akses informasi dan adanya lembaga pemantau dari lembaga internasional wajib untuk diadakan.

Artikel terakhir berjudul “Pengawasan terhadap Kebijakan Pemerintah Melalui Mekanisme *Citizen Lawsuit*” oleh Cholidin Nasir. Salah satu bentuk pengawasan dari badan-badan peradilan adalah *judicial review* yang dilakukan oleh Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi. Beberapa tindakan atau kebijakan pemerintah justru lahir lebih dahulu sebelum adanya peraturan perundang-undangan yang mengatur dan bahkan beberapa peraturan perundang-undangan dibentuk untuk melahirkan kebijakan pemerintah yang justru merugikan warga negara. Terkadang sengketa hukum terjadi bermula dari kebijakan yang dikeluarkan oleh pemerintah, yang seharusnya mempertimbangkan kepentingan umum atau kepentingan orang banyak (publik) dan bukan hanya kepentingan orang per orang saja. Namun kenyataannya, terbit banyak kebijakan yang merugikan kepentingan umum. Hal inilah yang menjadi penyebab pelanggaran hukum yang dilakukan oleh penguasa. Terjadinya pelanggaran hukum inilah yang menimbulkan daya dorong bagi masyarakat untuk ikut berperan serta dalam upaya menyelesaikan sengketa guna menegakkan hukum.

Akhir kata redaksi berharap bahwa kehadiran jurnal konstitusi dapat memperkaya khasanah keilmuan di bidang hukum dan konstitusi. Serta bermanfaat sebagai bahan pelengkap untuk memantik kajian yang lebih kritis dan objektif dalam upaya membangun budaya sadar konstitusi.

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

**Tri Ariprowo dan R. Nazriyah**

### **Pembatalan Putusan Arbitrase oleh Pengadilan dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 15/PUU-XII/2014**

Jurnal Konstitusi Vol. 14 No. 4 hlm. 701-727

Kewenangan pengadilan dalam proses penyelesaian sengketa melalui arbitrase antara lain, putusan arbitrase harus didaftarkan di Pengadilan Negeri. Menurut Mahkamah, Penjelasan Pasal 70 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (UU AAPS) menambah norma baru dan menimbulkan ketidakpastian hukum. Pasal 70 UU AAPS tersebut sudah cukup jelas (*expressis verbis*), yang justru menimbulkan multi tafsir adalah penjelasan pasal tersebut sehingga menimbulkan ketidakpastian hukum yang adil. Mahkamah menyatakan bahwa, Penjelasan Pasal 70 UU AAPS bertentangan dengan Pasal 28 ayat (1) UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan mengikat. Dengan adanya putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 15/PUU-XII/2014, bagi para pihak yang tidak puas terhadap putusan arbitrase mempunyai peluang yang lebar untuk dapat mengajukan permohonan pembatalan putusan arbitrase tanpa harus dibuktikan terlebih dahulu di Pengadilan. Hak para pihak untuk mengajukan permohonan pembatalan putusan arbitrase sebagaimana diatur dalam Pasal 70 UU AAPS dapat dikesampingkan berdasarkan kesepakatan bersama para pihak. Dengan demikian putusan arbitrase yang merupakan mahkota seorang Arbiter tidak mudah “tercabik” oleh suatu kepentingan. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 15/PUU-XII/2014 harus diapresiasi dan secepatnya direspon oleh pembentuk undang-undang untuk merevisi UU No. 30 Tahun 1999 terkait dengan mekanisme pembatalan putusan arbitrase setelah adanya putusan Mahkamah Konstitusi tersebut.

**Kata Kunci:** Putusan, Arbitrase, Mahkamah Konstitusi

**Tri Aripriabowo dan R. Nazriyah**

***The Nullifying of Arbitral Decision by Court in the Constitutional Court Decision Number 15/PUU-XII/2014***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 14 No. 4*

*The jurisdiction of the court in the process of resolving disputes through arbitration among other arbitral rulings shall be registered in the district court. According to the Court, the Explanation of Article 70 of Law No. 30 of 1999 on Arbitration and Alternative Dispute Resolution (Act AAPS) adds new norms and creates legal uncertainty. Article 70 of the AAPS Act is quite clear (expressis verbis), the thing which leads to multiple interpretations is an explanation of the article so that this rises fair legal uncertainty. It stated that, Explanation of Article 70 of AAPS Law is contrary to Article 28 paragraph (1) of the 1945 Constitution and has no binding force. By the decision of the Constitutional Court Number 15/PUU-XII/2014, for the parties which are not satisfied with the arbitration decision, this provides wide opportunities to pursue cancellation request of arbitral decision without having been proofed in court. The rights of the parties to apply for the cancellation of an arbitral award under Article 70 of AAPS Law may be waived by mutual agreement of the parties. Thus the arbitration award which is the crown of an arbitrator does not easily "torn apart" by an interest. Constitutional Court decision should be appreciated and quickly responded to by the legislators to revise Law No. 30, 1999 related to the cancellation mechanism arbitration decision after the decision of the Constitutional Court.*

**Keywords:** *Decision, Arbitration, Constitutional Court.*

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

Mei Susanto

### **Kewenangan Mahkamah Konstitusi sebagai *Negative Budgeter* dalam Pengujian Undang-Undang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara**

Jurnal Konstitusi Vol. 14 No. 4 hlm. 728-756

Doktrin Mahkamah Konstitusi (MK) yang dahulu dipercaya hanya sebagai *negative legislature* telah bergeser menjadi *positive legislature*. Menjadi pertanyaan, apakah doktrin MK sebagai *negative legislature* maupun *positive legislature*, dapat pula dimaknai sebagai *negative budgeter* dan *positive budgeter* dalam pengujian Undang-Undang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara (UU APBN). Berdasarkan hasil kajian konseptual dan pendalaman terhadap beberapa putusan MK dalam pengujian UU APBN, secara nyata dan dalam keadaan tertentu, doktrin MK sebagai *negative legislature* dapat dimaknai sebagai *negative budgeter* dalam bentuk pernyataan mata anggaran tertentu dalam UU APBN bertentangan dengan UUD 1945. Bahkan dapat pula dimaknai sebagai *positive budgeter* karena MK juga mengharuskan pemerintah dan DPR untuk menambahkan mata anggaran tertentu dalam UU APBN. Hal tersebut tidak lain sebagai bentuk diakuinya supremasi konstitusi, sehingga MK yang berperan sebagai *the guardian constitution* harus menjaganya. Apalagi dalam UUD 1945 terdapat pasal yang spesifik menyebut batas minimal anggaran pendidikan 20% dan pasal-pasal lain yang mengharuskan APBN harus dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

**Kata kunci:** Mahkamah Konstitusi, Pengujian UU APBN, *Negative Budgeter*, *Positive Budgeter*.

**Mei Susanto**

***Authority of the Constitutional Court as a Negative Budgeter in the Judicial Review of the State Budget Law***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 14 No. 4*

*The doctrine of the Constitutional Court which was previously believed to be only as a negative legislature has shifted into positive legislature. The question, is the doctrine of the Constitutional Court as a negative legislature and a positive legislature can also be interpreted as a negative budgeter and a positive budgeter in the judicial review of the State Budget Law. Based on the result of conceptual study and deepening of several decisions of the Constitutional Court in the judicial review of the State Budget Law, in real and in certain circumstances, the doctrine of the Constitutional Court as a negative legislature can be also interpreted as a negative budgetary in the form of specific budget items in the State Budget Law contradictory to the 1945 Constitution. Also as a positive budgeter because the Constitutional Court requires the executive and the legislative to add a specific budget in the State Budget Law. It is a form of recognition of constitutional supremacy, so that the Constitutional Court can role as the guardian constitution. Moreover in the 1945 Constitution there is a specific article that mentions the minimum limit of 20% education budget and other articles that require the state budget should be used for the greatest prosperity of the people.*

**Keywords:** *Constitutional Court, Judicial Review on State Budget Law, Negative Budgeter, Positive Budgeter.*

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

**Khairul Fahmi**

### **Pergeseran Pembatasan Hak Pilih dalam Regulasi Pemilu dan Pilkada**

Jurnal Konstitusi Vol. 14 No. 4 hlm. 757-777

Hak memilih dan dipilih merupakan hak konstitusional warga negara yang diakui sebagai bagian dari hak atas kedudukan yang sama dalam hukum dan pemerintahan sebagaimana dijamin UUD 1945. Sebagai hak konstitusional, jaminan pelaksanaan hak tersebut diatur dalam Undang-Undang terkait pemilu anggota legislatif, pemilu Presiden dan Wakil Presiden maupun pemilihan kepala daerah. Pengaturan hak itu berada diantara dua paradigma yang saling tolak tarik. Dengan menggunakan metode penelitian hukum normatif, kajian ini mendalami pergeseran paradigma pengaturan hak dimaksud. Pembentuk undang-undang berangkat dari paradigma bahwa hak tersebut harus dibatasi, termasuk dengan menggunakan alasan-alasan objektif demi menghasilkan pejabat publik yang berintegritas dan pemilu yang *fair*. Dalam perjalanannya, melalui proses pengujian undang-undang, paradigma dimaksud justru digeser ke arah menghilangkan pembatasan yang demikian, karena dinilai melanggar hak konstitusional warga negara. Pergeseran yang terjadi berimplikasi pada hadirnya produk legislasi pemilu yang cenderung lebih liberal. Di mana, pembatasan hak pilih hanya boleh dilakukan berdasarkan alasan ketidakcakapan. Sementara aspek lain yang dinilai sebagai batasan untuk menghasilkan pejabat politik yang profesional dan tidak cacat moral tidak boleh lagi diadopsi sebagai alasan pembatasan. Dengan begitu, siapapun yang akan terpilih, memiliki cacat moral/hukum atau tidak, semua tergantung kepada pemilih yang memegang hak suara. Undang-Undang sebagai produk hukum tidak lagi dapat digunakan sebagai instrumen untuk menyaring calon-calon pejabat politik yang dipilih melalui pemilu.

**Kata kunci** : Pembatasan, Hak Memilih dan Dipilih, Pemilu dan Pilkada.

**Khairul Fahmi**

***The Shifting Limitation of The Suffrage in General and Local Elections Regulations***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 14 No. 4*

*The right to vote and the right to be a candidate are citizens' constitutional rights, recognized as part of the right to be equal before the law and government; secured in the Indonesian constitution of UUD 1945. As constitutional rights, the guarantee on the exercise of these rights is regulated in related Laws on the elections of legislative members, president-vice president, and regional election. The regulation on these rights lies between two ever-tugging paradigms. By means of normative legal method, this Study explores the shift of the paradigm on the regulation of the said rights. Legal drafters stand on the paradigm that says these rights ought to be limited, including by applying objective excuses that are meant to create integrity public officials and fair election. In implementation, by means of judicial review, such paradigm is – in fact – shifted to the omission of such paradigm for the limitation is deemed as a violation to the citizens' constitutional rights. The occurring shift creates an implication to the existence of election legislations that are inclined to be more liberal, where the limitation of suffrage and candidate eligibility can only be exercised in the case of incompetence. Whereas other aspects that are rated as limitations to the yielding of professional and morally-flawless political officials may no longer be adopted as excuses for the limitation. Hence, whoever wins the vote, whether s/he is morally or lawfully-flawed, will depend on the bearers of suffrage. The Laws as legal products may no longer be applicable for use as instruments to sift candidates of political officials that are elected through elections.*

**Keywords:** *Limitation, Suffrage And Candidate Eligibility, General and Local Election.*

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

**Anna Triningsih dan Nuzul Qur'aini Mardiya**

### **Interpretasi Lembaga Negara dan Sengketa Lembaga Negara dalam Penyelesaian Sengketa Kewenangan Lembaga Negara**

Jurnal Konstitusi Vol. 14 No. 4 hlm. 778-798

Tulisan ini membahas mengenai penyelesaian sengketa kewenangan antar lembaga negara oleh Mahkamah Konstitusi. Dalam penyelesaian sengketa kewenangan konstitusional antar lembaga negara itu terdapat 2 (dua) hal penting yang harus dieksplorasi yaitu soal konsepsi lembaga negara dan kewenangan konstitusional. Guna memahami lembaga negara terlebih dahulu harus melakukan pengelompokan berdasarkan landasan yuridis pembentukannya. Berdasarkan pembentukannya lembaga negara dapat dikelompokkan menjadi 3 (tiga), yaitu lembaga negara yang dibentuk berdasarkan Keppres, UU, dan UUD. Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 004/SKLN-IV/2006 tanggal 12 Juli 2006 telah merumuskan kata "lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar" dalam Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 dengan menggunakan penafsiran gramatika (*grammatische interpretatie*). Menurut Mahkamah Konstitusi, dalam menentukan *subjectum litis* atau *objectum litis* perkara sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan UUD 1945 maka ditentukan terlebih dahulu kewenangan-kewenangan yang diberikan dalam Undang-Undang Dasar dan baru kemudian kepada lembaga apa kewenangan-kewenangan tersebut diberikan.

**Kata kunci:** Lembaga Negara, Penyelesaian Sengketa Kewenangan Antar Lembaga Negara, Mahkamah Konstitusi.

**Anna Triningsih dan Nuzul Qur'aini Mardiya**

***Interpretation of State Institutions and Disputes of State Institutions in the Settlement of Disputes Authorities of State Institutions***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 14 No. 4*

*This article is about settlement disputes between authorities of state institutions by the Constitutional Court of Indonesia. In the resolution of disputes between the state institutions there are 2 (two) important things that must be explored, the conception of constitutional state institutions and authority. To understand state institutions once must be done is grouping by the juridical of its formation. Based on its juridical formation state institutions can be grouped into 3 (three), that is institutions formed based on the presidential decree, law, and the constitution. The verdict of The Constitutional Court No 004/SKLN-IV/2006 dated 12 July 2006, Constitutional Court has formulated "state institutions under the authority granted by the constitution" regarding Article 24C Paragraph (1) of the 1945 Constitution by using grammatical interpretation (grammatische interpretatie). According to The Constitutional Court, in order to determine subjectum litis or objectum litis in settlement disputes of authorities of state institutions cases that authority granted by 1945 Constitution, ones must be considered is the existence of certain authorities in the Constitution and then to which institutions those authorities are given.*

**Keywords:** *State Institutions, Settlement Disputes of Authorities of State Institutions,*

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

**Damian Agata Yuvens**

### **Analisis Kritis terhadap Perjanjian Perkawinan dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015**

Jurnal Konstitusi Vol. 14 No. 4 hlm. 799-819

Pengujian terhadap beberapa ketentuan dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria dan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan ditujukan untuk memastikan agar warga negara Indonesia yang menikah dengan warga negara asing bisa tetap memiliki hak atas tanah dengan titel Hak Milik maupun Hak Guna Bangunan. Hasil akhirnya, Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, melalui Putusan No. 69/PUU-XIII/2015, menolak sebagian permohonan yang diajukan dan memberikan tafsir sehubungan dengan perjanjian perkawinan, sehingga perjanjian perkawinan juga bisa dibuat selama dalam ikatan perkawinan. Namun demikian, terdapat masalah nyata dalam Pertimbangan Hukum yang disusun, yaitu falasi, kurangnya pertimbangan dan tidak adanya analisis dampak. Di sisi lain, penilaian yang dilakukan secara terpisah oleh Mahkamah Konstitusi terhadap objek yang diujikan menyebabkan tidak tampaknya perdebatan komprehensif mengenai isu pokok yang diujikan. Terlepas dari kekurangan tersebut, tak dapat pula disangkal bahwa Putusan No. 69/PUU-XIII/2015 memberikan alternatif jalan keluar.

**Kata kunci:** Perjanjian Perkawinan, Pertimbangan Hukum, Putusan No. 69/PUU-XIII/2015.

**Damian Agata Yuvens**

***Critical Analysis on Legal Consideration of Decision of Constitutional Court of the Republic of Indonesia No. 69/PUU-XIII/2015***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 14 No. 4*

*Review on some provisions in Law of the Republic of Indonesia Number 5 of 1960 concerning Basic Regulations on Agrarian Principles as well as Law of the Republic of Indonesia Number 1 of 1974 concerning Marriage were submitted in order to ensure that Indonesian citizen who marries foreign citizen could still hold land right with title of the Right of Ownership and the Right of Building. As a result, Constitutional Court of the Republic of Indonesia, through Decision No. 69/PUU-XIII/2015, rejected part of the petition and provided interpretation in relation to marital agreement, so that marital agreement could be drafted during the marriage relation. Nevertheless, there are visible problems in the Legal Consideration, namely fallacy, lack of consideration and no impact analysis. On the other hand, assessment conducted separately by Constitutional Court of the Republic of Indonesia caused the invisibility of comprehensive debate on the main issue that is contested. Apart from the said shortcomings, it is undeniable that Decision No. 69/PUU-XIII/2015 provided alternative way out.*

**Keywords:** *Marital Agreement, Legal Consideration, Decision No. 69/PUU-XIII/2015*

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

**Gautama Budi Arundhati**

### **Kemungkinan Penerapan *Preliminary Ruling Procedure* sebagai Media *Constitutional Complaint* di Mahkamah Konstitusi**

Jurnal Konstitusi Vol. 14 No. 4 hlm. 820-837

*Preliminary ruling procedure* seperti yang diterapkan di Uni Eropa dapat menjadi metode alternatif dalam pelaksanaan *constitutional complaint* di Indonesia. Undang-Undang Dasar 1945 sebagai hukum tertinggi di Indonesia dikawal oleh lembaga yang bernama Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, dan dalam *preliminary ruling procedure* untuk pemberlakuan *constitutional complaint* maka dibutuhkan peran Pengadilan Negeri dimana melalui *preliminary ruling procedure* tersebut dapat melakukan *constitutional question* kepada Mahkamah Konstitusi, dan berlanjut sampai dengan memutuskan perkara *constitutional complaint* tersebut atas nama Mahkamah Konstitusi, jadi secara tidak langsung Mahkamah Konstitusi memutuskan perkara melalui Pengadilan Negeri. Hal ini untuk menjamin konsistensi antara Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga peradilan yang berwenang mengawal konstitusi serta menjamin akan adanya kepastian hukum yang harus diterima oleh warga negara secara efektif. Sehingga konstitusi memiliki *direct effect* secara individual dalam kehidupan sehari-hari rakyat Indonesia.

**Kata kunci:** *Constitutional Complaint, Preliminary Ruling Procedure, Mahkamah Konstitusi.*

**Gautama Budi Arundhati**

### ***The Possibility of Implementation of Preliminary Ruling Procedure as a Media of Constitutional Complaint in The Constitutional Court***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 14 No. 4*

*Preliminary ruling procedure as applied in the European Union can be an alternative method for the implementation of the constitutional complaint in Indonesia. Constitution of Republic of Indonesia of 1945 can be assumed as the highest law in Indonesia which been guarded by the institution called the Constitutional Court of Republic of Indonesia, the preliminary ruling procedure for the implementation of the constitutional complaint required the seminal role of the District Court which can exercise the constitutional question to the Constitutional Court and continues it into the judgement of the constitutional complaint on behalf of the Constitutional Court indirectly. This method is to ensure not only the consistency between the Constitutional Court as the guardian of the constitution but also to guarantee the legal certainty which can be accepted by citizens effectively. So the constitution has a direct effect on an individual basis in the daily life of the people of Indonesia.*

**Keywords:** *Constitutional Complaint, Preliminary Ruling Procedure, Constitutional Court.*

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

**Muhammad Ridwansyah**

### **Upaya Menemukan Konsep Ideal Hubungan Pusat-Daerah Menurut Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945**

Jurnal Konstitusi Vol. 14 No. 4 hlm. 838-858

Penelitian ini bertujuan mengetahui pengaturan tentang pemerintahan daerah terkait dengan asas desentralisasi asimetris sehingga lebih leluasa mengurus rumah tangga sendiri. Penelitian ini merupakan penelitian konseptual berupaya menemukan konsep-konsep hubungan pusat dan daerah menurut UUDNRI Tahun 1945. Berdasarkan hasil pembahasan yang ada, hasil penelitian ini sebagai berikut: *pertama*, konsep desentralisasi asimetris ini sudah lama dicari formatnya karena amanah konstitusi perlu interpretasi lebih jauh sehingga benar-benar menemukan konsep ideal bagi Pemerintah Indonesia. *Kedua*, kehadiran Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintah Daerah memang sudah menggunakan prinsip otonomi seluas-luasnya sehingga ada keluasaan untuk mengatur daerahnya sendiri. Namun peneliti berupaya mencari format baru, yang peneliti tawarkan ialah desentralisasi asimetris bagi semua daerah Indonesia walaupun hal ini terkesan sulit namun hal itu apabila dilakukan secara bersama maka akan mudah untuk dilaksanakan. *Ketiga*, terkait desentralisasi asimetris untuk Indonesia ini sudah diterapkan terhadap empat daerah yakni DKI Jakarta, Daerah Istimewa Yogyakarta, Aceh dan Papua namun ke depan Indonesia akan dengan mudah melakukan perubahan lagi terhadap Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintah Daerah. *Keempat*, terkait dengan kewenangan daerah yang nanti menjadi sangat luas tentunya metode pengawasan akan jauh lebih diperketat dari pada sebelumnya karena desentralisasi memperkenankan ke level kekuasaan pemerintahan yang lebih rendah atau di bawah untuk menentukan sejumlah isu yang langsung mereka perhatikan.

**Kata kunci:** Konsep, Hubungan Pusat dan Daerah.

**Muhammad Ridwansyah**

***Efforts to Find the Ideal Concept of Central-Local Relations Based on the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 14 No. 4*

*This study aims to understand the local governance arrangements in relate to asymmetric decentralization principles which allows them to take care of their own concerns more freely. This study is a conceptual attempt to discover the concepts of central-region relations by The 1945 Constitution of Republic of Indonesia. Based on the discussions available, the results of this study are: first, the concept of asymmetric decentralization has long been sought for its format as a constitutional mandate needs further interpretation to find the ideal concept for the Government of Indonesia; second, the presence of the Law no. 23 year 2014 about Regional Government has already used the principle of broad autonomy so there are discretions to manage their own regions. Yet, the researcher is willing to find a new format, in this case is asymmetric decentralization to all areas of Indonesia. Although it seems difficult to implement, in fact it can be easier to be applied together; third, asymmetric decentralization in Indonesia has actually been implemented to four regions (Jakarta, Yogyakarta, Aceh, and Papua), but the researcher is expecting more that in the future Indonesia will be easily made further changes to the Law no. 23 year 2014 about Regional Government; fourth, related to the regional authority which will be more comprehensive, the monitoring methods will automatically be much tighter than before. That is because decentralization allows lower government power level to determine the issues they directly notice.*

**Keywords:** *Concepts, Central and Local Relations.*

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

**Ani Purwanti**

### **Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-XI/2013 pada Penetapan Calon Legislatif Perempuan di Provinsi Jawa Tengah**

Jurnal Konstitusi Vol. 14 No. 4 hlm. 859-879

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-XI/2013 adalah pengujian konstitusional terhadap Pasal 215 huruf (b) dan Penjelasan Pasal 56 ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilu. Putusan ini bermula dari permohonan Lembaga Swadaya Masyarakat yang bergerak dalam pemberdayaan politik perempuan. Dasar permohonan ini adalah Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 yang dinilai masih diskriminatif terhadap perempuan yang mencalonkan diri. Mahkamah Konstitusi kemudian dalam putusannya mengabulkan permohonan para pemohon untuk seluruhnya karena pasal-pasal yang dimohonkan dinilai inkonstitusional dan bertentangan dengan Pasal 28H Undang-Undang Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Dampak Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-XI/2013 adalah jaminan kepastian hukum bagi tindakan khusus untuk meningkatkan jumlah keterwakilan perempuan di parlemen. Namun, secara empiris, putusan tersebut tidak berdampak positif di pemilu legislatif 2014-2019 dimana perbedaan jumlah keterwakilan yang masih terlampau jauh. Diperlukan instrumen hukum yang lebih tegas dan efektif untuk peningkatan jumlah keterwakilan perempuan di parlemen, yang dimana sasaran implementasinya haruslah kepada partai politik dan budaya masyarakat.

**Kata kunci:** Keterwakilan Politik, Perempuan, Legislatif, Jawa Tengah.

**Ani Purwanti**

***The Implementation of Constitutional Court Decision Number 20/PUU-XI/2013 on the Establishment of Women Legislative Candidates in Central Java Province***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 14 No. 4*

*Constitutional Court decision Number 20/PUU-XI/2013 is a constitutional review of article 215 letter (b) and elucidation of article 56 paragraph (2) of Law number 8 Year 2012 regarding General Election. The verdict stems from the application of non-governmental organizations engaged in women's political empowerment. The bases of this verdict was that the Law Number 8 of 2012 had established a corrupted and patriarchy loyalist-system. The Constitutional Court later decided ruled on plaintiff's favor, for the reason, the articles were unconstitutional and contrary to article 28H the 1945 Constitution of The Republic of Indonesia. The indirect impact of Constitutional Court verdict number 20/PUU-XI/2013 was a guarantee of legal certainty for affirmative action policy to increased women representation in parliament. Empirically, the verdict did not give a direct positive impact in the 2014 General Election where the difference of representation amount among this binary gender are too high. It is necessary that the legal instruments needs to be more forceful and effective to implements the policy, especially towards political party, to have a better access for women in exercising her ideas.*

**Keywords:** *Polical Representation, Women, Legislative, Central Java Province.*

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

**Nalom Kurniawan**

### **Kasus Rohingya dan Tanggung Jawab Negara dalam Penegakan Hak Asasi Manusia**

Jurnal Konstitusi Vol. 14 No. 4 hlm. 880-905

Dugaan terjadinya pelanggaran HAM terhadap suku Rohingya di Myanmar telah menjadi perhatian dunia Internasional. Suku Rohingya yang telah tinggal beberapa generasi di bagian wilayah Myanmar, tidak diakui kewarganegaraannya oleh pemerintah Myanmar. Bahkan selain itu, terjadi pula beberapa gelombang kekerasan yang diindikasikan bertujuan untuk menghilangkan identitas Rohingya sebagai salah satu suku yang ada di Myanmar. Sebagai sebuah negara berdaulat, Myanmar memiliki kewajiban untuk memberikan perlindungan hukum terhadap warganya. Penyelesaian kasus dugaan pelanggaran HAM terhadap warga Rohingya harus segera ditempuh oleh pemerintah Myanmar guna penghormatan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia. Jika tidak ada langkah-langkah efektif yang ditempuh oleh pemerintahan Myanmar dalam memberikan perlindungan terhadap suku Rohingya, maka mekanisme hukum internasional merupakan alternatif yang harus ditempuh untuk memberikan perlindungan terhadap HAM bagi suku Rohingya.

**Kata kunci:** Rohingya, Pelanggaran Hak Asasi Manusia, Tanggung Jawab Negara

**Nalom Kurniawan**

### ***Rohingya Case and State Responsibility in the Enforcement of Human Rights***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 14 No. 4*

*The alleged of human rights violations against Rohingya tribe in Myanmar have been the concern of the international public. Rohingya tribe who has lived a few generations in the territory of Myanmar, is not admitted as citizens by the government of Myanmar. Moreover, there have also been several violent acts are indicated to eliminate the identity of Rohingya as one of the tribes in Myanmar. As a sovereign country, Myanmar has an obligation to provide legal protection to its citizens. The settlement of alleged cases of human rights violations against Rohingya citizens must be immediately taken by the government of Myanmar for respect and protection of human rights. If there are no effective measures taken by the government of Myanmar to provide protection to the Rohingya tribe, then the mechanism of international law is an alternative that must be taken to provide protection for human rights for the Rohingya tribe.*

**Keywords:** *Rohingya, Human Rights Violations, State Responsibility*

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

**Cholidin Nasir**

**Pengawasan terhadap Kebijakan Pemerintah Melalui Mekanisme *Citizen Lawsuit***

Jurnal Konstitusi Vol. 14 No. 4 hlm. 906-926

Salah satu unsur terpenting negara hukum menurut Sri Soemantri adalah pengawasan dari badan-badan peradilan. Salah satu bentuk pengawasan adalah judicial review yang dilakukan oleh Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi. Namun, tidak semua tindakan pemerintah berdasarkan peraturan perundang-undangan yang telah ada. Beberapa tindakan atau kebijakan pemerintah justru lahir lebih dahulu sebelum adanya peraturan perundang-undangan yang mengatur dan bahkan beberapa peraturan perundang-undangan dibentuk untuk melahirkan kebijakan pemerintah yang justru merugikan warga negara. Terkadang sengketa hukum terjadi bermula dari kebijakan yang dikeluarkan oleh pemerintah, yang seharusnya mempertimbangkan kepentingan umum atau kepentingan orang banyak (publik) dan bukan hanya kepentingan orang per orang saja, namun kenyataannya banyak terjadi suatu kebijakan merugikan kepentingan umum, sehingga acapkali kepentingan umum diabaikan yang pada akhirnya kepentingan umum tidak lagi menjadi prioritas utama. Hal inilah yang menjadi penyebab pelanggaran hukum yang dilakukan oleh penguasa. Terjadinya pelanggaran hukum inilah yang menimbulkan daya dorong bagi masyarakat untuk ikut berperan serta dalam upaya menyelesaikan sengketa guna menegakkan hukum. Dalam tulisan ini penulis hanya akan membahas penyelesaian melalui badan peradilan sebagai salah satu syarat dari negara hukum (*rechtsstaat*) yaitu *judicial control*. Badan peradilan merupakan suatu badan yang memegang peranan penting dalam penyelesaian sengketa. Salah satu gugatan kelompok yang dilakukan oleh para pencari keadilan adalah gugatan *citizen lawsuit*;

**Kata Kunci** : *Citizen Lawsuit*, Pengawasan, Kebijakan Pemerintah.

**Cholidin Nasir**

***Supervision of Government Policy Through the mechanism of Citizen Lawsuit***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 14 No. 4*

*One of the most important elements of state law by Sri Soemantri is the supervision of the judicial authorities. One form of oversight is judicial review conducted by the Supreme Court and the Constitutional Court. However, not all government action based on legislation that has been there. Some activities or government policies born before the legislation that governs and even some legislation established to give birth to government policies that harm the citizens. Sometimes a legal dispute occurs stems from policies issued by the government, which should take into consideration the public interest or the interests of many (public) and not just the interests of individuals. There were many cases of a policy detrimental to the public interest so that often the public interest is ignored that the ultimately the public interest is no longer a top priority. This is the cause of the violation committed by the authorities. Violations of the laws are what caused the impetus for the public to participate in efforts to resolve the dispute to enforce the law. In this paper, the authors will only discuss a settlement through the judiciary as one of the requirements of state law (rechtsstaat) is judicial control. The judiciary is a body that plays important role in the settlement of disputes. One of a class action carried out by those seeking justice is a citizen lawsuit.*

**Keywords :** *Citizen Lawsuit, Supervision, Government Policy.*

**Pembatalan Putusan Arbitrase  
oleh Pengadilan dalam Putusan  
Mahkamah Konstitusi  
Nomor 15/PUU-XII/2014**

***The Nullifying of Arbitral Decision  
by Court in the Constitutional Court  
Decision Number 15/PUU-XII/2014***

**Tri Ariprowo dan R. Nazriyah**

Universitas Muhammadiyah Gresik

Jl. Sumatera No. 101 GKB Gresik

E-mail: Triariprab@yahoo.com; Ririesnaya@yahoo.com

Naskah diterima: 04/01/2017 revisi: 14/09/2017 disetujui: 05/11/2017

**Abstrak**

Kewenangan pengadilan dalam proses penyelesaian sengketa melalui arbitrase antara lain, putusan arbitrase harus didaftarkan di Pengadilan Negeri. Menurut Mahkamah, Penjelasan Pasal 70 Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (UU AAPS) menambah norma baru dan menimbulkan ketidakpastian hukum. Pasal 70 UU AAPS tersebut sudah cukup jelas (*expressis verbis*), yang justru menimbulkan multi tafsir adalah penjelasan pasal tersebut sehingga menimbulkan ketidakpastian hukum yang adil. Mahkamah menyatakan bahwa, Penjelasan Pasal 70 UU AAPS bertentangan dengan Pasal 28 ayat (1) UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan mengikat. Dengan adanya putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 15/PUU-XII/2014, bagi para pihak yang tidak puas terhadap putusan arbitrase mempunyai peluang yang lebar untuk dapat mengajukan permohonan pembatalan putusan arbitrase tanpa harus dibuktikan terlebih dahulu di Pengadilan. Hak para pihak untuk mengajukan permohonan pembatalan putusan arbitrase sebagaimana diatur dalam Pasal 70 UU AAPS dapat dikesampingkan berdasarkan kesepakatan bersama para pihak. Dengan demikian putusan arbitrase yang merupakan mahkota seorang Arbiter tidak mudah “tercabik” oleh suatu kepentingan. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 15/PUU-XII/2014

harus diapresiasi dan secepatnya direspon oleh pembentuk undang-undang untuk merevisi UU No. 30 Tahun 1999 terkait dengan mekanisme pembatalan putusan arbitrase setelah adanya putusan Mahkamah Konstitusi tersebut.

**Kata Kunci:** Putusan, Arbitrase, Mahkamah Konstitusi.

### **Abstract**

*The jurisdiction of the court in the process of resolving disputes through arbitration among other arbitral rulings shall be registered in the district court. According to the Court, the Explanation of Article 70 of Law No. 30 of 1999 on Arbitration and Alternative Dispute Resolution (Act AAPS) adds new norms and creates legal uncertainty. Article 70 of the AAPS Act is quite clear (expressis verbis), the thing which leads to multiple interpretations is an explanation of the article so that this rises fair legal uncertainty. It stated that, Explanation of Article 70 of AAPS Law is contrary to Article 28 paragraph (1) of the 1945 Constitution and has no binding force. By the decision of the Constitutional Court Number 15/PUU-XII/2014, for the parties which are not satisfied with the arbitration decision, this provides wide opportunities to pursue cancellation request of arbitral decision without having been proofed in court. The rights of the parties to apply for the cancellation of an arbitral award under Article 70 of AAPS Law may be waived by mutual agreement of the parties. Thus the arbitration award which is the crown of an arbitrator does not easily "torn apart" by an interest. Constitutional Court decision should be appreciated and quickly responded to by the legislators to revise Law No. 30, 1999 related to the cancellation mechanism arbitration decision after the decision of the Constitutional Court.*

**Keywords:** Decision, Arbitration, Constitutional Court.

## **PENDAHULUAN**

Pada umumnya, proses yang ditempuh oleh para pihak yang bersengketa biasanya melalui proses pengadilan. Fakta menunjukkan bahwa seringkali proses penyelesaian sengketa melalui pengadilan membutuhkan waktu yang cukup lama. Di samping itu, biayanya mahal dan menguras tenaga dan pikiran. Oleh sebab itu, mulailah diperkenalkan cara yang lebih sederhana dan cepat yaitu penyelesaian sengketa melalui *Alternative Dispute Resolution* atau yang biasa disingkat dengan *ADR*, baik melalui bentuk-bentuk *ADR* tertentu (seperti mediasi, konsolidasi) dan Arbitrase.

Arbitrase merupakan suatu istilah yang dipakai untuk menjabarkan suatu bentuk tata cara damai yang sesuai, atau sebagai penyediaan dengan cara

bagaimana penyelesaian sengketa yang timbul sehingga mencapai suatu hasil tertentu yang secara hukum final dan mengikat.<sup>1</sup>

Dewasa ini terdengar pandangan dari pengusaha luar negeri bahwa negeri Indonesia dipandang sebagai “*unfriendly country*” untuk arbitrase. Istilah “*unfriendly country*” di sini mengacu pada pemahaman mereka bahwa negeri Indonesia tidak ramah (*unfriendly*) terhadap arbitrase. Alasan sejatinya, putusan arbitrase yang final dan mengikat, ternyata dibatalkan. Pembatalan suatu putusan arbitrase melukai perasaan suatu pihak yang telah beriktikad baik di dalam menyelesaikan sengketanya di arbitrase.<sup>2</sup>

Menurut Bismar Siregar, putusan arbitrase adalah mahkota seorang arbiter. Karena itu, pembatalan suatu putusan arbitrase sejatinya melukai pula perasaan seorang arbiter yang memutus sengketa arbitrase.<sup>3</sup>

Dari perspektif arbitrase, pembatalan suatu putusan arbitrase, apalagi putusan arbitrase asing, sangat mengundang perhatian dan mengundang keingintahuan mendalam terhadap alasan-alasan pembatalan atau mengapa putusan arbitrase dibatalkan.

Proses penyelesaian melalui arbitrase tidak selamanya memuaskan para pihak yang bersengketa, tidak ada jaminan atas kesempurnaan proses hukum di arbitrase. Sebab arbitrase juga mempunyai kelemahan misalnya ketergantungan mutlak pada arbiter artinya, putusan arbitrase selalu tergantung pada kemampuan teknis arbiter untuk memberikan putusan yang tepat dan sesuai dengan rasa keadilan para pihak. Meskipun arbiter memiliki keahlian teknis yang tinggi, bukanlah hal yang mudah bagi majelis arbitrase untuk memuaskan dan memenuhi kehendak para pihak yang bersengketa. Pihak yang kalah akan mengatakan bahwa putusan arbitrase tidak adil, demikian pula sebaliknya (pihak yang menang akan mengatakan putusan tersebut adil). Ketergantungan secara mutlak terhadap para arbiter dapat merupakan suatu kelemahan karena substansi perkara dalam arbitrase tidak dapat diuji kembali (melalui proses banding).

Meskipun demikian, untuk melindungi para pihak yang merasa dirugikan atau tidak puas dengan putusan arbitrase, UU No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (UU AAPS) memberikan kewenangan kepada pengadilan untuk membatalkan putusan arbitrase manakala terdapat alasan-alasan

<sup>1</sup> H. Priyatna Abdurrasyid, *Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa*, Jakarta; PT. Fikahati Aneska, 2002, h. 54.

<sup>2</sup> Sebagaimana keterangan Huala Adolf, saksi ahli dari Presiden di persidangan Mahkamah Konstitusi pada 26 Agustus 2014. Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 15 /PUU-XII/2014, h. 43-44.

<sup>3</sup> *Ibid.*

yang dapat dibenarkan menurut undang-undang. Sebagaimana diatur dalam Pasal 70 UU AAPS menyatakan:

*"Terhadap putusan arbitrase para pihak dapat mengajukan permohonan pembatalan apabila putusan tersebut diduga mengandung unsur-unsur sebagai berikut: a. Surat atau dokumen yang diajukan dalam pemeriksaan, setelah putusan dijatuhkan, diakui palsu atau dinyatakan palsu; b. Setelah putusan diambil ditemukan dokumen yang bersifat menentukan, yang disembunyikan oleh pihak lawan; atau c. Putusan diambil dari hasil tipu muslihat yang dilakukan oleh salah satu pihak dalam pemeriksaan sengketa".*

Adapun Penjelasan Pasal 70 UU AAPS menyatakan: "...Alasan-alasan permohonan pembatalan yang disebut dalam pasal ini harus dibuktikan dengan putusan pengadilan. Apabila pengadilan menyatakan bahwa alasan-alasan tersebut terbukti atau tidak terbukti, maka putusan pengadilan ini dapat digunakan sebagai dasar pertimbangan bagi hakim untuk mengabulkan atau menolak permohonan".

Pada pokoknya alasan pengujian konstitusional Penjelasan Pasal 70 UUAAPS tersebut adalah sebagai berikut:<sup>4</sup> 1. Penjelasan Pasal 70 UUAAPS mengandung norma baru atau perubahan yang terselubung yang bertentangan dengan substansi pokok pasalnya; 2. Penjelasan Pasal 70 UUAAPS tidak operasional dan menghalangi hak hukum pencari keadilan; 3. Penjelasan Pasal 70 UUAAPS menciptakan kerancuan dan pertentangan hukum, sehingga merugikan hak konstitusional para Pemohon.

Oleh karena Penjelasan Pasal 70 UU AAPS menurut para Pemohon bertentangan dengan substansi norma yang terkandung dalam redaksi pasalnya sendiri, maka menurut para Pemohon Penjelasan Pasal 70 UU AAPS telah merugikan hak konstitusional para Pemohon. Untuk itu, Pemohon mengajukan uji materi terkait norma dan ketentuan Penjelasan Pasal 70 Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa ke Mahkamah Konstitusi.

### **Perumusan Masalah**

1. Bagaimana kewenangan yang dimiliki oleh pengadilan terkait dengan penyelesaian sengketa melalui arbitrase?
2. Bagaimana pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam memutuskan uji materi terkait norma dan ketentuan Penjelasan Pasal 70 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa?

<sup>4</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 15/PUU-XII/2014, h.6-10

## Metode Penelitian

Objek dalam penelitian ini adalah Putusan Mahkamah Konstitusi RI Nomor 15/PUU-XII/2014 tentang Uji materi Penjelasan Pasal 70 UU Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Dalam penelitian ini peneliti menggunakan pendekatan kasus (*case approach*)<sup>5</sup>, yang dilakukan dengan cara melakukan telaah terhadap kasus yang telah menjadi putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap, dalam penelitian ini adalah Putusan Mahkamah Konstitusi RI Nomor 15/PUU-XII/2014 tentang Uji materi Penjelasan Pasal 70 UU Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif sehingga yang terutama dipergunakan adalah data sekunder.<sup>6</sup> Data sekunder diperoleh dengan menggunakan bahan hukum primer (*primary sources of authorities*) dan bahan hukum sekunder (*secondary sources of authorities*).<sup>7</sup> Hal itu dimaksudkan untuk menggali lebih jauh dari sudut teoritis tentang pengaturan lembaga Mahkamah Konstitusi (MK), dan Arbitrase. Analisis yang digunakan adalah deskriptif kualitatif, yaitu menganalisis data penelitian untuk selanjutnya dikaji secara mendalam dan diinterpretasikan oleh peneliti untuk mendapatkan kesimpulan yang diharapkan.<sup>8</sup> Bahan hukum yang sudah disistematisasi kemudian dianalisis secara kualitatif.

## PEMBAHASAN

### Pengertian Arbitrase

Arbitrase merupakan suatu istilah yang dipakai untuk menjabarkan suatu bentuk tata cara damai yang sesuai, atau sebagai penyediaan dengan cara bagaimana penyelesaian sengketa yang timbul sehingga mencapai suatu hasil tertentu yang secara hukum final dan mengikat.<sup>9</sup> Arbitrase merupakan salah satu bentuk penyelesaian sengketa melalui *Alternative Dispute Resolution* atau yang biasa disingkat dengan *ADR*.

Dalam Kepustakaan Hukum berbahasa Inggris dapat ditemukan adanya dua pandangan tentang konsep *Alternative Dispute Resolution*. Satu pandangan

<sup>5</sup> Pendekatan kasus bukanlah merujuk kepada diktom putusan pengadilan, melainkan merujuk kepada *ratio decidendi*, yaitu alasan-alasan hukum yang digunakan oleh hakim untuk sampai kepada putusannya. Lihat Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Edisi Pertama, Cetakan Ke-2, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, h. 119.

<sup>6</sup> Soeryono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta: UI Press, 2008, h.11.

<sup>7</sup> Sunaryati Hartono, *Penelitian Hukum di Indonesia Pada Akhir Abad ke-20*, Bandung: Alumni, 1994, h. 134 dan h. 151.

<sup>8</sup> Soeryono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta: UI Press, 2001, h. 24

<sup>9</sup> H. Priyatna Abdurasyid, *Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa*, Jakarta: PT. Fikahati Aneska, 2002, h. 54.

menyatakan, bahwa *Alternative Dispute Resolution* merupakan sebuah konsep yang mencakup semua bentuk atau cara-cara penyelesaian sengketa selain dari proses peradilan atau litigasi (*litigation*). Bentuk atau cara-cara penyelesaian sengketa selain peradilan, antara lain, meliputi negoisasi, mediasi, pencari fakta, dan arbitrase. Pandangan ini merupakan pandangan yang diterima umum di kalangan sarjana pada umumnya. Namun, ada pandangan lain yang menyatakan bahwa *Alternative Dispute Resolution* merupakan konsep yang mencakup semua bentuk atau cara-cara penyelesaian sengketa yang didasarkan pada pendekatan konsensus atau mufakat para pihak, sedangkan penyelesaian sengketa yang bersifat memutus (*ajudicative*) tidak termasuk ke dalam *Alternative Dispute Resolution*. Dengan demikian, menurut pandangan ke dua ini, arbitrase tidak termasuk ke dalam *Alternative Dispute Resolution* karena arbitrase merupakan proses penyelesaian sengketa dengan cara memutus (*ajudicative*) oleh arbiter seperti halnya hakim dalam proses peradilan.<sup>10</sup>

Menurut yurisprudensi Mahkamah Agung,<sup>11</sup> arbitrase telah diakui sebagai ekstra yudisial yang lahir dari perjanjian arbitrase mempunyai akibat hukum (*legal effect*) yang memberikan kewenangan mutlak pada majelis arbitrase untuk menyelesaikan sengketa yang timbul dari perjanjian yang dibuat sesuai dengan undang-undang yang berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Dalam melaksanakan perjanjian arbitrase berlaku asas hukum *pacta sunt servanda*, dimana para pihak dapat menetapkan hukum yang mengatur sengketa atau menyerahkan pada putusan arbiter. Dengan demikian para pihak dalam perjanjian arbitrase tersebut wajib menerima putusan yang diambil oleh arbiter atau majelis arbitrase, sebagai sesuatu yang resmi, final, dan mengikat para pihak.

Arbitrase dapat dilaksanakan secara institusional, dimana proses dapat dilaksanakan dengan bantuan suatu lembaga arbitrase dengan menggunakan aturan dari lembaga arbitrase tersebut, seperti misalnya *International Court of Arbitration* dari *International Chamber Of Commerce (ICC)*, *Singapore International Arbitration Centre (SIAC)*, *Kuala Lumpur Regional Arbitration Centre (KLRAC)*, dan Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI). Arbitrase juga dapat dilaksanakan secara *ad hoc* dimana para pihak dapat bersepakat untuk menggunakan seperangkat aturan yang dibuatnya sendiri, aturan atau prosedur dari salah

<sup>10</sup> Takdir Rahmadi, *Mediasi Penyelesaian Sengketa Melalui Pendekatan Mufakat*, Cetakan ke-2, Jakarta: RadjaGrafindo Persada, 2011, h. 11-12.

<sup>11</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 15/PUU-XII/2014, h. 57.

satu lembaga arbitrase tertentu, seperti aturan *uncitral, arbitration rules* yang diterbitkan oleh *United Nation Commission on International Trade Law* di Indonesia mengenai arbitrase *ad hoc*.

Objek perjanjian arbitrase (sengketa yang akan diselesaikan di luar pengadilan melalui lembaga arbitrase dan atau lembaga alternatif penyelesaian sengketa lainnya) menurut Pasal 5 ayat 1 UU AAPS hanyalah sengketa di bidang perdagangan dan mengenai hak yang menurut hukum dan peraturan perundang-undangan dikuasai sepenuhnya oleh pihak yang bersengketa.

Penyelesaian sengketa dalam bidang perdata melalui arbitrase didasarkan pada kesepakatan para pihak yang dituangkan dalam suatu Perjanjian Arbitrase, yang memiliki empat ciri hak, yaitu:<sup>12</sup> a) mereka berdaulat; b) mereka memiliki otoritas; c) mereka mempunyai yurisdiksi terhadap sengketanya; dan d) masing-masing independen tidak bisa dipengaruhi pihak manapun tanpa kehendak/izinnya.

Pada dasarnya arbitrase dapat berwujud dalam 2 (dua) bentuk, yaitu:<sup>13</sup> 1. Klausula arbitrase yang tercantum dalam suatu perjanjian tertulis yang dibuat para pihak sebelum timbul sengketa (*Factum de compromitendo*); atau 2. Suatu perjanjian Arbitrase tersendiri yang dibuat para pihak setelah timbul sengketa (Akta Kompromis).

Perjanjian tersebut mempunyai empat fungsi esensial, yaitu:<sup>14</sup> a) untuk menghasilkan konsekuensi yang diperintahkan (*mandatory consequences*) bagi para pihak; b) untuk mencegah intervensi dari pengadilan dalam menyelesaikan sengketa para pihak (sekurang-kurangnya sebelum putusan dijatuhkan); c) untuk memberdayakan arbiter dalam penyelesaian sengketa; dan d) untuk menetapkan prosedur dalam menyelesaikan sengketa.

### **Kekuatan Hukum Putusan Arbitrase**

Dalam sistem hukum Indonesia, kekuatan hukum putusan arbitrase lebih jelas dan kuat dibandingkan kekuatan hukum kesepakatan mediasi. Putusan arbitrase memiliki kekuatan hukum yang sama dengan putusan pengadilan, yaitu memiliki kekuatan eksekutorial. Bahkan dalam Pasal 54 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 diatur secara tegas bahwa format putusan arbitrase harus memuat kepala putusan yang berbunyi: "DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG

<sup>12</sup> *Ibid.*, h. 31.

<sup>13</sup> Budhy Budiman. "Mencari Model Ideal penyelesaian Sengketa, Kajian Terhadap praktik Peradilan Perdata Dan undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999." <http://www.uika-bogor.ac.id/jur05.htm>. Diakses tanggal 20 Desember 2015.

<sup>14</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 15/PUU ... *Op. Cit.*, h. 31.

MAHA ESA". Jadi, kepala putusan arbitrase sama dengan putusan pengadilan. Dengan memiliki kekuatan eksekutorial berarti salah satu pihak dapat meminta bantuan aparat pengadilan untuk menggunakan upaya paksa dalam melaksanakan bunyi putusan arbiter jika pihak lainnya tidak berkenan melaksanakan bunyi putusan arbiter secara sukarela.<sup>15</sup> Bahwa putusan arbiter memiliki kekuatan eksekutorial merupakan ketentuan hukum yang lazim ditemukan dalam berbagai sistem hukum di dunia. Di Indonesia ketentuan itu dapat ditemukan dalam Pasal 60 UU No. 30 Tahun 1999 yang menegaskan bahwa "putusan arbitrase bersifat final dan mempunyai kekuatan hukum tetap dan mengikat para pihak".

Dibandingkan dengan pengadilan konvensional, maka arbitrase mempunyai keuntungan-keuntungan, antar lain:<sup>16</sup> a. Prosedur tidak berbelit dan keputusan dapat dicapai dalam waktu relatif singkat; b. Biaya lebih murah; c. Dapat dihindari expose dari keputusan di depan umum; d. Hukum terhadap prosedur dan pembuktian lebih rileks; e. Para pihak dapat memilih hukum mana yang akan diberlakukan oleh Arbitrase; f. Para pihak dapat memilih sendiri para arbiter; g. Dapat dipilih para arbiter dari kalangan ahli dalam bidangnya; h. Keputusan dapat lebih terkait dengan situasi dan kondisi; i. Keputusan umumnya *final and binding* (tanpa harus naik banding atau kasasi); j. Keputusan arbitrase umumnya dapat diberlakukan dan dieksekusi oleh pengadilan dengan sedikit atau tanpa *review* sama sekali.

Sementara itu Purwosutjipto,<sup>17</sup> mengemukakan arti pentingnya peradilan wasit (arbitrase) adalah: Penyelesaian sengketa dapat dilaksanakan dengan cepat. Para wasit terdiri dari orang-orang ahli dalam bidang yang dipersengketakan, yang diharapkan mampu membuat putusan yang memuaskan para pihak. Putusan akan lebih sesuai dengan perasaan keadilan para pihak. Putusan peradilan wasit dirahasiakan, sehingga umum tidak mengetahui tentang kelemahan-kelemahan perusahaan yang bersangkutan. Sifat rahasia pada putusan perwasitan inilah yang dikehendaki oleh para pengusaha. Namun Lembaga arbitrase masih memiliki ketergantungan pada pengadilan, misalnya dalam hal pelaksanaan putusan arbitrase, ada keharusan untuk mendaftarkan putusan arbitrase di pengadilan negeri. Hal ini menunjukkan bahwa lembaga arbitrase tidak mempunyai upaya pemaksa terhadap para pihak untuk menaati putusannya.

<sup>15</sup> *Ibid.*, h. 76.

<sup>16</sup> Munir Fuadi, *Hukum Bisnis dalam Teori dan Praktik Buku Kedua*, P.T. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, h. 130-131.

<sup>17</sup> Purwosutjipto, *Pengertian Pokok Hukum Dagang*, Jambatan, Jakarta, 1988, dalam Soemali, Lidia Noor Yulyanti, "Penyelesaian Sengketa Melalui Arbitrase Dalam Investasi Perdagangan," *Jurnal Hukum*, Vol. XVIII, No. 18, April 2010, ISSN 1412 - 0887, h. 58. [http://ejournal.narotama.ac.id/files/04%20Jurnal%20Hukum-April%202010%20SOEMALI\\_.pdf](http://ejournal.narotama.ac.id/files/04%20Jurnal%20Hukum-April%202010%20SOEMALI_.pdf)

Di samping mempunyai kelebihan, arbitrase juga mempunyai kelemahan-kelemahan antara lain: a. Hanya baik dan tersedia dengan baik terhadap perusahaan-perusahaan bonafid; b. Dua proses kurang terpenuhi; c. Kurangnya unsur finality; d. Kurangnya power untuk menggiring para pihak ke *settlement*; e. Kurangnya power untuk menghadirkan barang bukti, saksi, dan lain-lain; f. Kurangnya power untuk dalam hal *law enforcement* dan eksekusi keputusan; g. Dapat menyembunyikan *dispute* dari "*Public Scritiny*"; h. Tidak dapat menghasilkan solusi yang bersifat preventif; i. Kemungkinan timbulnya keputusan yang saling bertentangan satu sama lain karena tidak ada sistem "*precedent*" terhadap keputusan sebelumnya, dan juga karena unsur fleksibilitas dari Arbiter. Karena itu, keputusan arbitrase tidak prediktif; j. Kualitas keputusan sangat bergantung pada kualitas para arbiter itu sendiri, tanpa ada norma yang cukup untuk menjaga standard mutu keputusan arbitrase. Sehingga sering dikatakan "*An arbitration is as good as arbitrators*".

## **Pelaksanaan Putusan Arbitrase**

### **Arbitrase Nasional**

Pasal 59 UUAAPS menyatakan bahwa, dalam waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari terhitung sejak tanggal putusan diucapkan, lembar asli atau salinan otentik putusan arbitrase diserahkan dan didaftarkan oleh arbiter atau kuasanya kepada Panitera Pengadilan Negeri. Penyerahan dan pendaftaran dilakukan dengan pencatatan dan penandatanganan pada bagian akhir atau di pinggir putusan oleh Panitera Pengadilan Negeri dan arbiter atau kuasanya yang menyerahkan, dan catatan tersebut merupakan akta pendaftaran. Arbiter atau kuasanya wajib menyerahkan putusan dan lembar asli pengangkatan sebagai arbiter atau salinan otentiknya kepada Panitera Pengadilan Negeri. Tidak dipenuhinya ketentuan di atas, berakibat putusan arbitrase tidak dapat dilaksanakan.

Putusan arbitrase bersifat final dan mempunyai kekuatan hukum tetap dan mengikat para pihak. Dalam hal para pihak tidak melaksanakan putusan arbitrase secara sukarela, putusan dilaksanakan berdasarkan perintah Ketua Pengadilan Negeri atas permohonan salah satu pihak yang bersengketa. Perintah Ketua Pengadilan Negeri diberikan dalam waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari setelah permohonan eksekusi didaftarkan kepada Panitera Pengadilan Negeri. Ketua Pengadilan Negeri sebelum memberikan perintah pelaksanaan, memeriksa terlebih dahulu apakah putusan arbitrase memenuhi ketentuan Pasal 4 dan Pasal

5, serta tidak bertentangan dengan kesusilaan dan ketertiban umum. Dalam hal putusan arbitrase tidak memenuhi ketentuan tersebut, Ketua Pengadilan Negeri menolak permohonan pelaksanaan eksekusi dan terhadap putusan Ketua Pengadilan Negeri tersebut tidak terbuka upaya hukum apapun. Ketua Pengadilan Negeri tidak memeriksa alasan atau pertimbangan dari putusan arbitrase. Perintah Ketua Pengadilan Negeri ditulis pada lembar asli dan salinan otentik putusan arbitrase yang dikeluarkan. Putusan arbitrase yang telah dibubuhi perintah Ketua Pengadilan Negeri, dilaksanakan sesuai ketentuan pelaksanaan putusan dalam perkara perdata yang putusannya telah mempunyai kekuatan hukum tetap.

### **Arbitrase Internasional**

UU No. 30 Tahun 1999 Pasal 65 menegaskan bahwa, yang berwenang menangani masalah pengakuan dan pelaksanaan Putusan Arbitrase Internasional adalah Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dengan syarat-syarat yang telah ditentukan menurut UU ini. Permohonan pelaksanaan Putusan Arbitrase Internasional dilakukan setelah putusan tersebut diserahkan dan didaftarkan oleh arbiter atau kuasanya kepada Panitera Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.

Terhadap putusan Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat yang mengakui dan melaksanakan Putusan Arbitrase Internasional, tidak dapat diajukan banding atau kasasi. Sedangkan terhadap putusan Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat yang menolak untuk mengakui dan melaksanakan suatu Putusan Arbitrase Internasional, dapat diajukan kasasi. Mahkamah Agung mempertimbangkan serta memutuskan setiap pengajuan kasasi, dalam jangka waktu paling lama 90 (sembilan puluh) hari setelah permohonan kasasi tersebut diterima oleh Mahkamah Agung. Terhadap putusan Mahkamah Agung mengenai Putusan Arbitrase Internasional yang menyangkut Negara Republik Indonesia sebagai salah satu pihak dalam sengketa, hanya dapat dilaksanakan setelah memperoleh eksekutor dari Mahkamah Agung Republik Indonesia yang selanjutnya dilimpahkan kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, tidak dapat diajukan upaya perlawanan.

### **Alasan Pembatalan Putusan Arbitrase**

Sistem hukum Indonesia menentukan bahwa hakim tidak boleh menolak mengadili perkara dengan dalih tidak ada atau tidak jelas dasar hukumnya. Bahkan, Pasal 22 *Algemene Bepalingen van wetgeving voor Indonesie* (Peraturan Umum mengenai Peraturan Perundang-Undangan untuk Indonesia; AB) dengan

keras menyatakan hakim yang menolak untuk mengadakan keputusan terhadap perkara dengan dalih undang-undang tidak mengaturnya, terdapat kegelapan atau ketidaklengkapan dalam undang-undang, dapat dituntut karena menolak mengadili perkara.<sup>18</sup>

Lebih lanjut, Pasal 16 (1) UU No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman pun menentukan bahwa Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat sehubungan dengan masalah pembatalan putusan arbitrase ini juga tidak sulit ditemui, karena sudah lama hidup dan berkembang dalam masyarakat, baik nasional maupun internasional, bahkan jauh sebelum UU Arbitrase diberlakukan.

*Rv (Reglement op de Recthvordering)*, yang merupakan peraturan perundang-undangan yang penting yang berlaku pada zaman Hindia Belanda dan sempat diberlakukan pada masa kemerdekaan Indonesia sampai dikeluarkannya UU Arbitrase, dapat dijadikan referensi mengenai nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat sehubungan dengan masalah pembatalan putusan arbitrase ini. Pasal 643 Rv, misalnya, mengatur secara lebih jelas dan lengkap hal-hal yang dapat membuat suatu putusan arbitrase dapat dibatalkan.

Ada sepuluh alasan berdasarkan Pasal 643 Rv yang bisa dijadikan dasar pembatalan putusan arbitrase.<sup>19</sup> *Pertama*, putusan itu melampaui batas-batas perjanjian arbitrase. *Kedua*, putusan itu diberikan berdasarkan suatu perjanjian arbitrase yang ternyata tidak sah atau gugur demi hukum. *Ketiga*, putusan itu telah diberikan oleh arbiter yang tidak berwenang memutus tanpa kehadiran arbiter lainnya. *Keempat*, telah diputuskan hal-hal yang tidak dituntut atau putusan telah mengabulkan lebih daripada yang dituntut. *Kelima*, putusan itu mengandung hal-hal yang satu sama lain saling bertentangan. *Keenam*, arbiter telah lalai memberikan putusan tentang satu atau beberapa hal yang menurut perjanjian arbitrase diajukan kepada mereka untuk diputus. *Ketujuh*, arbiter telah melanggar prosedur hukum acara arbitrase yang harus diikuti dengan ancaman kebatalan. *Kedelapan*, telah dijatuhkan putusan berdasarkan surat-surat yang setelah putusan itu dijatuhkan, diakui sebagai palsu atau telah dinyatakan sebagai palsu. *Kesembilan*, setelah putusan diberikan, surat-surat yang menemukan yang dulu disembunyikan oleh para pihak, ditemukan lagi. *Kesepuluh*, putusan didasarkan

<sup>18</sup> [http://www.hukumonline.com/berita/baca.pembatalan\\_putusan\\_arbitrasedi\\_indonesia](http://www.hukumonline.com/berita/baca.pembatalan_putusan_arbitrasedi_indonesia). Diakses tanggal 2 Januari 2016.

<sup>19</sup> *Ibid.* Lihat juga putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 15/PUU-XII/2014, h. 19.

pada kecurangan atau itikad jahat, yang dilakukan selama jalannya pemeriksaan, yang kemudian diketahui.

UU No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (UU AAPS) hanya mencantumkan 3 (tiga) dari 10 (sepuluh) persyaratan pembatalan sebagaimana tercantum di dalam Pasal 643 Rv, seperti diatur dalam Pasal 70 UU AAPS yang menyatakan bahwa, *terhadap putusan arbitrase para pihak dapat mengajukan permohonan pembatalan apabila putusan tersebut diduga mengandung unsur-unsur sebagai berikut: a. Surat atau dokumen yang diajukan dalam pemeriksaan, setelah putusan dijatuhkan, diakui palsu atau dinyatakan palsu; b. Setelah putusan diambil ditemukan dokumen yang bersifat menentukan, yang disembunyikan oleh pihak lawan; atau c. Putusan diambil dari hasil tipu muslihat yang dilakukan oleh salah satu pihak dalam pemeriksaan sengketa.*

Dalam praktiknya, seringkali unsur-unsur yang terdapat di dalam ketentuan Pasal 643 Rv tersebut digunakan oleh pihak yang kalah dalam suatu putusan arbitrase untuk sekedar dapat mengulur-ulur kesempatan untuk memenuhi kewajiban. Hal ini antara lain dikarenakan bahwa dalam Penjelasan Umum UU No. 30 Tahun 1999 dinyatakan bahwa ketiga alasan tersebut adalah “antara lain”, dengan demikian dapat ditafsirkan bahwa permohonan pembatalan putusan arbitrase masih dapat diajukan berdasarkan alasan-alasan lain, antara lain ketujuh alasan lain sebagaimana tercantum dalam Pasal 643 RV.<sup>20</sup>

Di samping itu, ada dua instrumen internasional mengenai arbitrase yang penting dan dianggap sebagai sumber hukum arbitrase utama di dunia, yang seharusnya dipahami dan dijadikan dasar pertimbangan pula oleh pengadilan dalam memeriksa suatu permohonan pembatalan putusan arbitrase. Yang pertama adalah *United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (Konvensi New York), yang telah diratifikasi oleh Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 34 Tahun 1981; dan yang kedua adalah *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Model Law on International Commercial Arbitration (UNCITRAL Model Law)*.<sup>21</sup>

Article V Konvensi New York mengatur dengan jelas dan lengkap alasan-alasan suatu putusan arbitrase tidak dapat dilaksanakan atau ditolak pelaksanaannya. Terjemahan tidak resmi dari konvensi tersebut adalah, "*Pengakuan dan pelaksanaan*

<sup>20</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi ... *Ibid.*, h. 20.

<sup>21</sup> Tony Budidjaja, "Pembatalan Putusan Arbitrase di Indonesia", <http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol13217/pembatalan-putusan-arbitrase-di-indonesia>. Diakses tanggal 2 Januari 2016.

*putusan arbitrase dapat ditolak atas permohonan pihak terhadap siapa putusan tersebut dijatuhkan, hanya apabila pihak yang mengajukan permohonan dimaksud membuktikan beberapa hal.*

Pasal 5 Konvensi New York 1958 mengatur mengenai penolakan pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing. Pasal 5 ayat (1) Konvensi New York 1958 menentukan mengenai dasar-dasar penolakan pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing berdasarkan permintaan salah satu pihak dalam sengketa, dasar-dasar penolakan tersebut adalah: a. Para pihak yang mengikatkan dirinya dalam suatu perjanjian adalah tidak cakap atau bahwa perjanjian itu sendiri tidak sah menurut negara dimana perjanjian tersebut dibuat; b. Pihak dimana putusannya ditujukan kepadanya tidak diberikan pemberitahuan yang layak mengenai penunjukan arbiter atau selama proses arbitrase berjalan; c. Putusan yang dikeluarkan tidak termasuk dalam ruang lingkup arbitrase; d. Kewenangan dari majelis arbitrase selama proses arbitrase tidak sesuai dengan yang disetujui oleh para pihak sebelumnya; e. Putusan tersebut belum menjadi mengikat kepada para pihak, atau telah dikesampingkan atau dibatalkan oleh pihak yang berwenang menurut hukum dimana putusan tersebut dibuat.

Pasal 5 ayat (2) Konvensi New York 1958 menentukan mengenai penolakan pelaksanaan putusan arbitrase asing jika pengadilan menemukan bahwa jenis sengketa yang terjadi antara para pihak tidak dapat diselesaikan melalui arbitrase menurut hukum dari negara tersebut atau jika pengadilan menemukan bahwa pelaksanaan putusan tersebut bertentangan dengan ketertiban umum negara tersebut. Ketentuan ini adalah sama dengan yang diatur dalam Pasal 66 UU AAUPS.<sup>22</sup>

Demikian juga Pasal 34 (2) *UNCITRAL Model Law* pun mengatur dengan jelas dan lengkap alasan-alasan pembatalan suatu putusan arbitrase. Putusan arbitrase dapat dibatalkan oleh pengadilan yang disebut dalam pasal 6 ketentuan tersebut hanya apabila, pihak yang mengajukan permohonan menyerahkan bukti bahwa,<sup>23</sup> *pertama*, pihak perjanjian arbitrase yang disebut dalam Pasal 7 tidak memiliki kecakapan, atau perjanjian tersebut tidak sah berdasarkan hukum mana para pihak sudah menundukkan diri, atau, apabila petunjuk mengenai hal itu tidak ada, berdasarkan hukum negara di mana putusan itu dijatuhkan. *Kedua*, pihak yang mengajukan permohonan dimaksud tidak diberi pemberitahuan yang patut mengenai penunjukan arbiter atau mengenai proses arbitrase atau tidak dapat

<sup>22</sup> Gunawan Widjaja & Michael Adrian, *Seri Aspek Hukum ... Op., Cit.*, h. 60.

<sup>23</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 15/PUU-XII/2014, h. 37.

membela perkaranya. *Ketiga*, putusan berkenaan dengan perselisihan yang tidak dimaksudkan oleh atau tidak termasuk dalam kesepakatan-kesepakatan mengenai pengajuan perselisihan itu ke arbitrase atau memuat putusan atas hal-hal yang berada di luar lingkup kesepakatan mengenai pengajuan perselisihan itu ke arbitrase, dengan ketentuan bahwa, apabila putusan atas hal-hal yang diajukan ke arbitrase dapat dipisahkan dari putusan yang tidak diajukan, maka bagian dari putusan arbitrase yang mencantumkan putusan atas hal-hal yang diajukan ke arbitrase dapat diakui dan dilaksanakan. *Keempat*, komposisi majelis arbitrase atau prosedur arbitrase tidak sesuai dengan perjanjian para pihak atau, apabila perjanjian tersebut tidak ada, tidak sesuai dengan hukum negara di mana arbitrase itu dilangsungkan. *Kelima*, pengadilan menemukan bahwa pokok sengketa tidak dapat diselesaikan melalui arbitrase berdasarkan hukum negara ini atau putusan bertentangan dengan ketertiban umum dari negara ini.

Jadi, berdasarkan Konvensi New York maupun UNCITRAL Model Law, pada pokoknya alasan-alasan tersebut dibagi dua:<sup>24</sup> alasan yang optional yang dapat diajukan oleh para pihak, dan alasan-alasan yang boleh (bahkan menurut pandangan umum para ahli-ahli hukum arbitrase, wajib) digunakan oleh pengadilan untuk membatalkan putusan arbitrase, yakni apabila sengketa yang diputus menurut hukum tidak dapat diarbitrasekan (*non-arbitrable*) atau melanggar ketertiban umum (*public policy*).

### **Peran dan Kewenangan Pengadilan dalam Penyelesaian Sengketa Melalui Arbitrase**

Pengadilan dan Arbitrase, keduanya adalah pranata yang digunakan untuk menyelesaikan sengketa yang terjadi di antara dua pihak yang saling berjanji. Berbeda dengan pengadilan yang merupakan pranata sengketa yang diselenggarakan oleh negara untuk kepentingan warganya, arbitrase merupakan pranata penyelesaian sengketa di luar pengadilan yang eksistensinya harus diperjanjikan dan disepakati oleh pihak-pihak yang bersengketa. Oleh karena itu arbitrase dibatasi dengan berbagai macam kekurangannya. Beberapa diantaranya adalah kewenangan yang bersifat terbatas, yaitu yang hanya dapat menyelesaikan sengketa dalam bidang perdagangan atau perniagaan, yaitu sengketa dalam lapangan hukum bisnis atau hukum dagang yang berada di bawah kewenangan para pihak sepenuhnya. Dalam lapangan hukum perorangan, kekeluargaan, kebendaan,

<sup>24</sup> Tony Budidjaja, "Pembatalan Putusan ... *Op. Cit.*

dan kewarisan arbitrase tidak memiliki kewenangan sama sekali. Selain batasan yang terkait dengan kewenangan yang terbatas tersebut, keterbatasan arbitrase juga terkait mengenai eksekusi putusan arbitrase yang selalu dan senantiasa melibatkan eksistensi dari pengadilan.<sup>25</sup>

Peran pengadilan dalam proses penyelesaian sengketa melalui arbitrase tidak hanya terjadi pada saat eksekusi putusan arbitrase hendak dilaksanakan, peran pengadilan telah ada bahkan sebelum proses arbitrase berlangsung, dan secara berkesinambungan tetap diperlakukan selama proses arbitrase berlangsung hingga putusan arbitrase dijatuhkan.<sup>26</sup>

Proses arbitrase tidak akan dapat berjalan dengan sempurna jika tidak didukung atau dibantu oleh Badan Peradilan. Memang dalam Pasal 3 UU No. 30 Tahun 1999 (UU AAPS) ditentukan bahwa “Pengadilan Negeri tidak berwenang untuk mengadili sengketa para pihak yang telah terikat dalam perjanjian arbitrase,” ketentuan tersebut mempertegas pembatasan wewenang Pengadilan dalam mengadili perkara arbitrase. Pengadilan memang tidakberhak untuk mengadili sengketa para pihak, namun demikian pengadilan mendukung berjalannya proses arbitrase. Penegasan peranan pengadilan dalam UU AAPS ditentukan dalam Pasal 11 ayat (2) UU AAPS yang menyatakan bahwa “Pengadilan negeri wajib menolak dan tidak akan campur tangan di dalam suatu penyelesaian sengketa yang telah ditetapkan melalui arbitrase, kecuali dalam hal-hal tertentu yang ditetapkan dalam undang-undang ini.” Hal tersebut merupakan prinsip *limited court involvement*. Peranan pengadilan dalam keseluruhan proses arbitrase menunjukkan bahwa pengadilan hanya menunjang proses arbitrase tersebut, dengan tetap menjunjung tinggi prinsip independensi dari arbitrase itu sendiri.<sup>27</sup>

Meskipun lembaga Peradilan diharuskan menghormati lembaga arbitrase sebagaimana yang termuat dalam Pasal 11 ayat (2) UU Nomor 30 tahun 1999 diatas, namun dalam praktiknya masih saja ditemukan pengadilan yang menentang, bahkan ketika arbitrase itu sendiri sudah menjatuhkan putusannya.

Pembatalan putusan arbitrase dapat diartikan sebagai upaya hukum yang dapat dilakukan oleh para pihak yang bersangkutan untuk meminta Pengadilan Negeri agar suatu putusan arbitrase dibatalkan, baik terhadap sebagian atau seluruh isi putusan. Putusan arbitrase umumnya disepakati sebagai putusan yang

<sup>25</sup> *Ibid.*, h. v-vi.

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

<sup>27</sup> *Ibid.*, h. 2.

bersifat *final and binding* (mengikat). Oleh karena itu, dalam proses pembatalan putusan arbitrase, pengadilan tidak berwenang untuk memeriksa pokok perkara. Kewenangan pengadilan terbatas hanya pada kewenangan memeriksa keabsahan prosedur pengambilan putusan arbitrase, antara lain proses pemilihan arbiter hingga pemberlakuan hukum yang dipilih oleh para pihak dalam penyelesaian sengketa.<sup>28</sup>

Hal penting yang harus diketahui disini adalah Pengadilan Negeri (PN) mana yang berwenang memeriksa pembatalan putusan arbitrase? Dalam Pasal 1 angka 4 UU Nomor 30 Tahun 1999 memberikan definisi Pengadilan Negeri adalah Pengadilan Negeri yang daerah hukumnya meliputi tempat tinggal termohon, dan dalam Pasal 1 angka 6 UU Nomor 30 Tahun 1999 mengartikan termohon adalah pihak lawan dari pemohon dalam penyelesaian sengketa melalui arbitrase. Berdasarkan Pasal 1 angka 4 dan Pasal 1 angka 6 UU Nomor 30 Tahun 1999 dapat ditarik kesimpulan bahwa permohonan pembatalan putusan arbitrase diajukan kepada Ketua PN yang daerah hukumnya meliputi tempat tinggal termohon. Oleh karena itu, apabila termohon arbitrase sebagai pihak yang kalah merasa keberatan dengan putusan arbitrase, maka pihaknya dapat mengajukan permohonan pembatalan kepada PN dengan wilayah hukum atau yurisdiksi yang meliputi tempat tinggalnya sendiri. Apabila permohonan pembatalan dikabulkan, Ketua PN menentukan lebih lanjut akibat pembatalan seluruhnya atau sebagian putusan arbitrase. Ketua PN diberi wewenang untuk memeriksa tuntutan pembatalan putusan arbitrase jika diminta oleh para pihak, dan mengatur akibat dari pembatalan seluruhnya atau sebagian dari putusan arbitrase tersebut. Ketua PN dapat memutuskan bahwa setelah diucapkannya kata pembatalan, maka arbiter yang sama atau arbiter lain akan memeriksa kembali sengketa bersangkutan atau menentukan bahwa suatu sengketa tidak mungkin diselesaikan lagi melalui arbitrase. Terhadap putusan PN dapat diajukan permohonan banding ke Mahkamah Agung yang memutus dalam tingkat pertama dan terakhir,<sup>29</sup> yang dimaksud "banding" dalam ketentuan ini adalah hanya terhadap pembatalan putusan arbitrase sebagaimana dimaksud dalam Pasal 70 UU AAPS mengenai dasar-dasar para pihak untuk mengajukan pembatalan putusan arbitrase.<sup>30</sup>

Berdasarkan penjelasan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 dapat disimpulkan bahwa PN tidak berwenang untuk memeriksa dan mengadili

<sup>28</sup> Muhammad Ardiansyah, "Pembatalan Putusan Arbitrase Nasional Oleh Pengadilan Negeri," *Jurnal Cita Hukum*, Vol. I No. 2 Desember 2014, h. 335, [http://uinjkt.academia.edu/Jurnal\\_Cita\\_Hukum](http://uinjkt.academia.edu/Jurnal_Cita_Hukum). Diakses tanggal 4 Januari 2016, h. 8.

<sup>29</sup> Penjelasan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa Pasal 72 ayat (2) dan (4).

<sup>30</sup> Gunawan Widjaja & Michael Adrian, 2008, *Seri Aspek Hukum ... Op. Cit.*, h. 58.

sendiri perkara yang telah dibatalkan. Fungsi dan kewenangan pengadilan dalam pemeriksaan hanya sekedar meneliti fakta tentang benar atau tidak ada alasan yang dikemukakan pemohon. Jika terbukti tidak ada, maka permohonan pembatalan putusan arbitrasenya ditolak. Akan tetapi jika PN menemukan adanya 3 unsur yang dapat membatalkan putusan arbitrase sebagaimana tertuang dalam Pasal 70 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999, maka PN akan menerima permohonan pembatalan putusan arbitrase.

### **1. Peran dan Kewenangan Pengadilan Sebelum Berlangsungnya Proses Arbitrase**

Mengenai peran dan kewenangan pengadilan dalam penyelesaian sengketa melalui arbitrase, dibatasi hanya menurut UNCITRAL *Model Law* dan UU AAPS. Terkait dengan arbiter dan pembentukan majelis arbitrase peran dan kewenangan pengadilan terdapat dalam hal: a. Penunjukan arbiter jika para pihak tidak menemukan kata sepakat (Pasal 11 UNCITRAL *Model Law*, dan Pasal 13 ayat (1) UU AAPS); b. Pengunduran diri arbiter (Pasal 19 ayat (4) UUAAPS); c. Pengangkatan arbiter tunggal (Pasal 11 ayat (3) UNCITRAL *Model Law* dan Pasal 14 ayat (3) UU AAPS); d. Pengangkatan arbiter ketiga dalam suatu mejelis arbitrase (Pasal 15 ayat (4) UU AAPS); e. “Hak ingkar” dan “tuntutan ingkar” terhadap arbiter (Pasal 23 dan 25 UU AAPS).

### **2. Peran dan Kewenangan Pengadilan Selama Proses Arbitrase Berlangsung**

a. Pengambilan barang bukti dan pengadaan saksi-saksi yang dibutuhkan selama proses arbitrase berlangsung (Pasal 27 UNCITRAL *Model Law*);  
b. Penentuan dalam hal apa saja majelis arbitrase tidak dapat diajukan keberatannya oleh para pihak yang berperkara dan mengenai diskresi (Pasal 16 ayat (3) UNCITRAL *Model Law*).

### **3. Peran dan Kewenangan Pengadilan Setelah Berlangsungnya Putusan Arbitrase Dijatuhkan**

a. Mengesampingkan putusan arbitrase (Pasal 34 dan 36 UNCITRAL *Model Law*, dan Pasal 62 dan 72 UU AAPS); b. Pembatalan putusan arbitrase (Pasal 36 UNCITRAL *Model Law* dan Pasal 70, 71 UU AAPS); c. Pendaftaran, pengakuan, dan pelaksanaan putusan arbitrase (Pasal 35 UNCITRAL *Model Law* dan Pasal 59, 61, 64, 65, 66, 67, 69 UU AAPS); d. Tindakan banding terhadap penolakan pengadilan dalam pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase (Pasal 68 UU AAPS).

## Penjelasan dalam Peraturan Perundang-undangan

Penjelasan undang-undang merupakan kebiasaan negara-negara yang menganut '*civil law*' gaya Eropah Kontinental. Tradisi membuat penjelasan berasal dari Belanda yang biasanya membuat penjelasan undang-undang dalam bentuk "*memorie van toelichting*". Bahkan setelah UUD disahkan pada 18 Agustus 1945, atas inisiatif Soepomo dibuat pula naskah "Pendjelasan tentang Oendang-oendang Dasar Negara Tahun 1945" sebagaimana diumumkan dalam Berita Repoeblik Indonesia pada 1946. Kebiasaan ini tidak lazim di kalangan negara-negara yang menganut tradisi '*common law*'. Namun demikian, karena kebutuhan, akhir-akhir ini, penjelasan undang-undang juga mulai dikenal luas seperti di India dan berbagai negara yang menganut tradisi '*common law*' lainnya. Penjelasan berfungsi sebagai pemberi keterangan mengenai kata-kata tertentu, frasa atau beberapa aspek atau konsep yang terdapat dalam suatu ketentuan ayat atau pasal yang dinilai belum terang atau belum jelas atau yang karena itu dikuatirkan oleh perumusny akan dapat menimbulkan salah penafsiran di kemudian hari.<sup>31</sup> Jika diuraikan, tujuan adanya penjelasan adalah untuk: (i) Menjelaskan pengertian dan maksud dari suatu ketentuan (*to explain the meaning And intention of the main provision*); (ii) Apabila terdapat ketidakjelasan (*obscurity*) atau kekaburan (*vagueness*) dalam suatu undang-undang, maka penjelasan dimaksudkan untuk memperjelas sehingga ketentuan dimaksud konsisten dengan tujuan yang hendak dicapai oleh pengaturan yang bersangkutan (*to closify the same so as to make it consistent with the dominant object which it seeks to suserve*); (iii) Menyediakan tambahan uraian pendukung terhadap tujuan utama dari undang-undang agar keberadaannya semakin bermakna dan semakin berguna (*to providean additional support to the dominant object in the main statute in order to make it meaningful and purposeful*); (iv) Apabila terdapat perbedaan yang relevan dengan maksud penjelasan untuk menekan kesalahan dan mengedepankan objek undang-undang, penjelasan dapat membantu pengadilan dalam menafsirkan "*the true purport and object of the enactment*".

Dalam praktik di Indonesia, setiap undang-undang selalu diberi penjelasan. Di dalamnya terkandung penjelasan yang bersifat umum dan penjelasan atas setiap rumusan pasal atau ayat yang memerlukan penjelasan. Mengenai pasal atau ayat yang dianggap tidak memerlukan penjelasan, biasanya dalam penjelasan ditulis dengan perkataan "cukup jelas". Sementara itu, untuk peraturan perundang-

<sup>31</sup> Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang Di Indonesia*, Cetakan Pertama, Jakarta: Konstitusi Press, 2006, h. 193-196.

undangan di bawah undang-undang, hanya diberi penjelasan apabila di pandang perlu. Jika dianggap tidak perlu, peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang tidak dilengkapi dengan penjelasan sama sekali.

Seperti diuraikan di atas, pada pokoknya, penjelasan suatu peraturan perundang-undangan berfungsi sebagai tafsiran resmi pembentuk peraturan perundang-undangan itu atas norma-norma hukum tertentu yang diberi penjelasan. Oleh karena itu, penjelasan hanya memuat uraian atau elaborasi lebih lanjut norma yang diatur dalam batang tubuh peraturan yang dijelaskan. Dengan demikian, penjelasan yang diberikan tidak boleh menyebabkan timbulnya ketidakjelasan atau malah kebingungan. Selain itu, penjelasan juga tidak boleh berisi norma hukum baru ataupun yang berisi ketentuan lebih lanjut dari apa yang sudah diatur dalam batang tubuh. Apalagi, jika penjelasan itu memuat ketentuan-ketentuan baru yang bersifat terselubung yang bermaksud mengubah atau mengurangi substansi norma yang terdapat di dalam batang tubuh. Untuk menghindari jangan sampai penjelasan itu berisi norma hukum baru yang berbeda dari batang tubuh ketentuan yang dijelaskannya, maka pembahasan rancangan penjelasan haruslah dilakukan secara integral dengan keseluruhan naskah rancangan peraturan perundang-undangan yang bersangkutan.

Ada berbagai materi Penjelasan semestinya dimuat dalam Batang Tubuh, (bukan dalam Penjelasan) karena merupakan kaidah atau suatu hukum, seperti: 1. Prinsip Indonesia adalah negara berdasarkan atas hukum; 2. Prinsip dan sistem pertanggungjawaban Presiden; 3. Prinsip BPK dan kekuasaan kehakiman yang merdeka.<sup>32</sup>

Dalam praktik memang ada anggapan, penjelasan resmi (*authentical elucidation* atau *memorie van toeliching*) mempunyai kekuatan hukum yang sama dengan ketentuan dalam batang tubuh. Suatu pandangan yang keliru. Penjelasan hanya menjelaskan kandungan norma. Karena itu penjelasan (*memorie van toeliching*) tidak termasuk norma walaupun dalam metode penafsiran mempunyai kedudukan yang kuat sebagai interpretasi otentik. Selain itu, di dalam penjelasan didapati berbagai keterangan yang tidak sejalan dengan ketentuan dalam Batang Tubuh bahkan memuat norma-norma yang baru.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Masing-masing telah masuk dalam Batang Tubuh berdasarkan Perubahan Ketiga UUD 1045. Bagir Manan, *Teori dan Politik Konstitusi*, Cetakan Pertama, Yogyakarta: FH UII Press, 2003, h. 26.

<sup>33</sup> *Ibid.*, h. 166-168. Pada garis besarnya norma dibedakan antara norma etika dan norma hukum. Lihat Rosyidi Ranggawidjaya, *Pengantar Ilmu Perundang-undangan*, Bandung: Mandar Maju, 1998, h. 23. Dari segi tujuannya, kaidah hukum atau norma hukum itu tertuju kepada cita kedamaian hidup antar pribadi. Tujuan kedamaian hidup bersama tersebut biasanya dikaitkan pula dengan perumusan tugas kaidah hukum, yaitu untuk mewujudkan kepastian, keadilan, dan kebergunaan. Artinya, setiap norma hukum itu haruslah menghasilkan keseimbangan antara nilai kepastian, keadilan, dan kebergunaan. Jimly Asshiddiqie, *Perihal ... Op. Cit.*, h. 4. Ni'matul Huda & R. Nazriyah, *Teori & Pengujian Peraturan Perundang-undangan*, Cetakan Pertama, Yogyakarta: Nusa Media, 2011, h. 19.

Biasanya sesuatu peraturan disertai dengan Penjelasan (*memorie van toeliching*), yang terbagi atas Penjelasan Umum dan Penjelasa Khusus. Fungsi penjelasan ialah menjelaskan segala sesuatu yang dianggap masih memerlukan penjelasan, sehingga ketentuan-ketentuan yang kiranya sudah jelas dengan demikian tidak perlu dijelaskan lagi. Yang perlu diperhatikan, ialah jangan sampai terdapat pertentangan antara penjelasan dengan apa yang dijelaskan. Walaupun pendapat umum mengatakan bahwa yang utama ialah yang tercantum dalam pasal-pasal peraturan yang dijelaskan itu.<sup>34</sup>

Penjelasan yang baik dan tidak bertentangan dengan peraturannya sendiri, merupakan pedoman bagi mereka yang harus menjalankan peraturan itu dan mereka yang mempunyai kepentingan langsung dengan peraturan itu.

### **Keterangan Presiden, Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) dan Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI)**

#### **Keterangan Presiden**

Keterangan Presiden pada pokoknya mengemukakan bahwa Penjelasan Pasal 70 UU No. 30 Tahun 1999 tidak bertentangan dengan substansi Pasal 70 UU No. 30 Tahun 1999, sehingga tidak bertentangan dengan UUD 1945. Justru jika Penjelasan Pasal 70 UU No. 30 Tahun 1999 dianggap tidak mempunyai kekuatan mengikat, maka Pasal 70 UU No. 30 Tahun 1999 akan kehilangan tafsir resmi terhadap normanya, dan akan menimbulkan ketidakpastian hukum. Selain itu Presiden juga mengajukan dua orang ahli, Prof. Dr. Huala Adolf, S.H., LL.M., dan Prof. Dr. Mieke Komar, S.H., M.CL., yang didengar keterangannya pada persidangan Mahkamah pada 26 Agustus 2014.

#### **Keterangan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR)**

Keterangan tertulis dari DPR menjelaskan bahwa, Penjelasan Pasal 70 UU No. 30 Tahun 1999 dirumuskan untuk memperjelas ketentuan norma Pasal 70 UU No. 30 Tahun 1999, sehingga dapat lebih memberikan kepastian hukum bagi pelaksanaan putusan arbitrase dan bagi pihak-pihak yang bersengketa dalam lembaga arbitrase.

#### **Keterangan Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI)**

Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) sebagai pihak terkait, memberikan keterangan di persidangan Mahkamah pada 30 April 2014 yang

<sup>34</sup> M. Solly Lubis, *Landasan dan Teknik Perundang-Undangan*, Cetakan ke III, Bandung: Mandar Maju, 1989, h. 112-113.

pada pokoknya menerangkan bahwa, Penghapusan Penjelasan Pasal 70 UUAAPS akan menghilangkan kepastian hukum atas putusan arbitrase dan bahwa dengan demikian akan mengingkari hak-hak konstitusional pihak yang benar yang memenangkan perkara untuk memperoleh manfaat dan keadilan hukum dari putusan arbitrase yang bersifat final dan mengikat berdasarkan asas *pacta sunt servanda*, yang dapat diartikan bahwa para pihak menjamin akan langsung melaksanakan putusan arbitrase tersebut dan bahwa dengan demikian Majelis Konstitusi tidak sewajarnya dan sepatutnya menolak, mengabulkan permohonan penghapusan penjelasan Pasal 70 UU AAPS.

Penghapusan Penjelasan Pasal 70 UU AAPS juga mengingkari penerapan asas pengadilan sederhana, cepat, dan biaya ringan yang merupakan salah satu hal yang dituntut pihak ketika memasuki proses peradilan dan merupakan salah satu asas menyelenggarakan kekuasaan kehakiman sebagaimana diamanatkan UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman dan bahwa dengan sederhana dalam hal ini dimaksudkan agar pemeriksaan dan penyelesaian perkara dilakukan dengan cara yang efisien dengan tetap tidak mengorbankan ketelitian dalam mencari kebenaran dan keadilan.

### **Pendapat Mahkamah Konstitusi**

Pokok permasalahan dalam pengujian konstitusional tersebut adalah kata “*diduga*” dalam Pasal 70 UU No. 30 Tahun 1999 yang dalam penjelasannya mempergunakan frase “*harus dibuktikan dengan putusan pengadilan*”. Kata “*diduga*” menurut Mahkamah memberikan pengertian hukum mengenai kaidah bahwa syarat pengajuan permohonan pembatalan putusan arbitrase, salah satu adalah adanya dugaan pemohon yang mengajukan permohonan pembatalan putusan arbitrase mengenai terjadinya alasan sebagaimana dimaksud dalam pasal tersebut. Dugaan pemohon bersifat hipotetis, subjektif, sepihak, dan apriori. Adapun frase “*harus dibuktikan dengan putusan pengadilan*” yang terdapat dalam Penjelasan pasal tersebut memberikan pengertian hukum bahwa syarat pengajuan permohonan pembatalan putusan arbitrase, salah satunya adalah adanya alasan yang dimaksud dalam pasal tersebut, telah dibuktikan dengan putusan pengadilan, bahwa apabila syarat tersebut memang harus demikian seharusnya ditambah “yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap” sehingga seharusnya selengkapya menjadi “harus dibuktikan dengan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap”. Menurut hukum akan menjadi

masalah bila putusan belum memperoleh kekuatan hukum yang tetap. Frasa “harus dibuktikan dengan putusan pengadilan” merupakan pengetahuan yang tidak lagi bersifat hipotetis, subjektif, sepihak, dan *a priori*, karena telah diverifikasi melalui proses pembuktian. Jadi, menurut hukum pengetahuan tersebut telah dibuktikan, sehingga bersifat *posteriori*. Hanya oleh karena putusan tersebut adalah putusan pengadilan yang didasarkan pada proses verifikasi oleh pengadilan pula maka mesti tersedia upaya hukum dan oleh karena itu pula putusan tersebut mestinya harus sudah final. Menurut Mahkamah penjelasan tersebut mengubah norma pasal dan menimbulkan norma baru. Norma dalam pasal hanya mensyaratkan adanya dugaan yang bersifat *apriori* dari pemohon sedangkan dalam penjelasan mengubah makna dugaan menjadi sesuatu yang pasti berdasarkan putusan pengadilan dan bersifat *posteriori*. Berdasarkan pertimbangan tersebut, dalil para pemohon bahwa Penjelasan tersebut menambah norma baru dan menimbulkan ketidakpastian hukum, terbukti menurut hukum.

Dalam pertimbangannya Mahkamah mengemukakan bahwa, apakah keberadaan Penjelasan Pasal 70 UU AAPS mengakibatkan Pasal 70 UU AAPS menjadi multi tafsir, sehingga menimbulkan ketidakpastian hukum yang adil. Dalam hal ini Mahkamah berpendapat bahwa, Pasal 70 UU AAPS sudah cukup jelas (*expressis verbis*), sehingga tidak perlu ditafsirkan. Penjelasan Pasal 70 UUAAPS itu sendiri yang justru menimbulkan multi tafsir. Dikatakan multi tafsir karena, (i) penjelasan tersebut dapat ditafsirkan apakah alasan pengajuan permohonan harus dibuktikan oleh pengadilan terlebih dahulu sebagai syarat pengajuan permohonan pembatalan, atau (ii) alasan pembatalan tersebut dibuktikan dalam sidang pengadilan mengenai permohonan pembatalan. Dengan perkataan lain, jika seseorang ingin mengajukan permohonan pembatalan putusan arbitrase, apakah sebelum pengajuan permohonan pembatalan, pemohon harus terlebih dahulu mengajukan salah satu alasan pembatalan ke pengadilan untuk memperoleh putusan pengadilan. Setelah alasan tersebut mendapatkan putusan pengadilan, baru alasan tersebut dapat dijadikan syarat untuk pengajuan pembatalan. Atau, syarat alasan yang masih menjadi dugaan tersebut harus dibuktikan terlebih dahulu oleh pemohon dalam proses pembuktian permohonan di pengadilan tempat diajukannya permohonan pembatalan putusan arbitrase. Penjelasan Pasal 70 UUAAPS yang mempunyai dua tafsir tersebut jelas mengakibatkan terjadinya ketidakpastian hukum, sehingga menimbulkan ketidakadilan. Selain itu, jika pemohon menggunakan tafsir yang pertama, berarti pemohon dalam

mengajukan permohonan pembatalan tersebut akan berhadapan dengan dua proses pengadilan. Implikasinya, akan memakan waktu lama sehingga keputusan tidak dapat dicapai dalam waktu yang relatif singkat hal ini tidak sesuai dengan prinsip arbitrase yang cepat, sebagaimana dimaksud antara lain, dalam Pasal 71 UU No. 30 Tahun 1999 yang menyatakan, "*Permohonan pembatalan putusan arbitrase harus diajukan secara tertulis dalam waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari terhitung sejak hari penyerahan dan pendaftaran putusan arbitrase kepada Panitera Pengadilan Negeri*". Apabila untuk mengajukan pembatalan putusan arbitrase pemohon harus menempuh dua proses pengadilan, maka tidak mungkin jangka waktu 30 (tiga puluh) hari tersebut dapat dipenuhi.

Berdasarkan pertimbangan di atas, dalam permohonan uji materi UU Nomor 30 Tahun 2014 Penjelasan Pasal 70, Mahkamah Konstitusi sependapat dengan Pemohon dan menyatakan bahwa, Penjelasan Pasal 70 UU No. 30 Tahun 1999 telah mengakibatkan ketidakpastian hukum dan ketidakadilan, sehingga bertentangan dengan Pasal 28 ayat (1) UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan mengikat.

Dengan adanya putusan Mahkamah Konstitusi yang membatalkan Penjelasan Pasal 70 UU AAPS yang dianggap memberatkan dan merugikan banyak pihak, kini implikasinya bagi para pihak yang tidak puas terhadap putusan arbitrase mempunyai peluang yang lebar untuk dapat mengajukan permohonan pembatalan putusan arbitrase melalui pengadilan dengan catatan terdapat syarat yang limitatif yang harus terpenuhi yaitu adanya unsur dugaan Pasal 70 UU No. 30 Tahun 1999 tanpa harus dibuktikan terlebih dahulu di Pengadilan. Untuk itu, putusan MK Nomor 15/PUU-XII/2014 harus diapresiasi dan secepatnya direspon oleh pembentuk undang-undang untuk merevisi UU No. 30 Tahun 1999 terkait dengan mekanisme pembatalan putusan arbitrase setelah adanya putusan MK tersebut.

Kendati demikian, putusan Mahkamah tersebut akan mempengaruhi penerapan prinsip non intervensi pengadilan dan prinsip final dan mengikat putusan arbitrase, di mana berdasarkan kedua prinsip tersebut pembatalan haruslah sangat hati-hati dilakukan. Adapun alasannya, antara lain: *pertama*, pembatalan hanya dapat dilakukan apabila ada hal-hal yang sifatnya sangat teramat fundamental telah dilanggar oleh suatu arbitrase. *Kedua*, pembatalan menimbulkan atau melahirkan dampak negatif yang sangat fundamental pula. Pembatalan putusan arbitrase hanya akan melahirkan kesangsian bahkan keraguan masyarakat (di dalam dan di luar negeri) terhadap arbitrase di Indonesia.

Sebaiknya dibuat klausul atau perjanjian yang disepakati para pihak untuk ‘menggunakan’ atau “tidak menggunakan” hak untuk mengajukan permohonan pembatalan putusan arbitrase sebagaimana diatur dalam Pasal 70 UU Arbitrase. Dengan demikian, pengajuan pembatalan putusan arbitrase dilandasi pada “iktikad baik” yang merupakan asas pokok dalam suatu perjanjian (termasuk arbitrase). Putusan arbitrase yang merupakan mahkota seorang Arbiter pun tidak mudah “tercabik” oleh suatu kepentingan.

Berkaitan dengan hal ini Erman Rajagukguk mengemukakan pendapatnya bahwa, hak para pihak untuk mengajukan permohonan pembatalan putusan arbitrase sebagaimana diatur dalam Pasal 70 UU No. 30 Tahun 1999 dapat dikesampingkan berdasarkan kesepakatan bersama para pihak. Dasarnya adalah Pasal 1338 KUH Perdata menyatakan semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.<sup>35</sup>

## KESIMPULAN

Peran pengadilan dalam proses penyelesaian sengketa melalui arbitrase tidak hanya terjadi pada saat eksekusi putusan arbitrase hendak dilaksanakan, peran pengadilan telah ada bahkan sebelum proses arbitrase berlangsung, dan secara berkesinambungan tetap diperlakukan selama proses arbitrase berlangsung hingga putusan arbitrase dijatuhkan. Penjelasan Pasal 70 UU Arbitrase menambah norma baru dan menimbulkan ketidakpastian hukum. Menurut Mahkamah, Pasal 70 UU Arbitrase tersebut sudah cukup jelas (*expressis verbis*), yang justru menimbulkan multi tafsir adalah penjelasan pasal tersebut. Sehingga menimbulkan ketidakpastian hukum yang adil. Mahkamah menyatakan bahwa, Penjelasan Pasal 70 UU AAPS bertentangan dengan Pasal 28 ayat (1) UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan mengikat.

Dengan adanya putusan Mahkamah Konstitusi yang membatalkan Penjelasan Pasal 70 UU Arbitrase yang dianggap memberatkan dan merugikan banyak pihak, kini implikasinya bagi para pihak yang tidak puas terhadap putusan arbitrase mempunyai peluang yang lebar untuk dapat mengajukan permohonan pembatalan putusan arbitrase melalui pengadilan dengan catatan terdapat syarat yang limitatif yang harus terpenuhi yaitu adanya unsur dugaan Pasal 70 UU No. 30 Tahun 1999 tanpa harus dibuktikan terlebih dahulu di Pengadilan.

<sup>35</sup> *Koran Sindo*, 17 April 2015.

Hak para pihak untuk mengajukan permohonan pembatalan putusan arbitrase sebagaimana diatur dalam Pasal 70 UU AAPS dapat dikesampingkan berdasarkan kesepakatan bersama para pihak. Dengan demikian putusan arbitrase yang merupakan mahkota seorang Arbiter tidak mudah “tercabik” oleh suatu kepentingan. Putusan MK Nomor 15/PUU-XII/2014 harus diapresiasi dan secepatnya direspon oleh pembentuk undang-undang untuk merevisi UU No. 30 Tahun 1999, terkait dengan mekanisme pembatalan putusan arbitrase setelah adanya putusan MK tersebut.

## DAFTAR PUSTAKA

### Buku

- Bagir Manan, 2003, *Teori dan Politik Konstitusi*, Cetakan Pertama, Yogyakarta: FH UII Press.
- Gunawan Widjaja & Michael Adrian, 2008, *Seri Aspek Hukum Dalam Bisnis, Peran Pengadilan dalam Penyelesaian Sengketa oleh Arbitrase*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group.
- H. Priyatna Abdurrasyid, 2002, *Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa*, Jakarta: PT. Fikahati Aneska.
- Henry Cambell, 1999, *Black's Law Dictionary*, Seventh edition, West group St. Paul, MINN.
- Jimly Asshiddiqie, 2006, *Perihal Undang-Undang Di Indonesia*, Cetakan Pertama, Jakarta: Konstitusi Press.
- M. Solly Lubis, 1989, *Landasan dan Teknik Perundang-Undangan*, Cetakan ke III, Bandung: Mandar Maju.
- Munir Fuadi, 1999, *Hukum Bisnis dalam Teori dan Praktik Buku Kedua*, P.T. Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Ni'matul Huda & R. Nazriyah, 2011, *Teori & Pengujian Peraturan Perundang-undangan*, Cetakan Pertama, Yogyakarta: Nusa Media.
- Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Edisi Pertama, Cetakan Ke-2, Jakarta: Kencana Prenada Media Group.

Rosyidi Ranggawidjaya, 1998, *Pengantar Ilmu Perundang-undangan*, Bandung: Mandar Maju.

Soerjono Soekanto, 2001, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta: UI Press.

\_\_\_\_\_, 2008, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta: UI Press.

\_\_\_\_\_ dan Sri Mamudji, 1995, *Penelitian Hukum Normatif*, Jakarta: Raja Grafindo Persada.

Sunaryati Hartono, 1994, *Penelitian Hukum di Indonesia Pada Akhir Abad ke-20*, Bandung: Alumni.

Takdir Rahmadi, 2011, *Mediasi Penyelesaian Sengketa Melalui Pendekatan Mufakat*, Cetakan ke-2, Jakarta: Raja Grafindo Persada.

### **Jurnal**

Muhammad Ardiansyah, "Pembatalan Putusan Arbitrase Nasional Oleh Pengadilan Negeri," *Jurnal Cita Hukum*, Vol. I No. 2 Desember 2014, h. 335, [http://uinjkt.academia.edu/Jurnal Cita Hukum](http://uinjkt.academia.edu/Jurnal_Cita_Hukum). Diakses tanggal 4 Januari 2016.

Purwosutjipto, *Pengertian Pokok Hukum Dagang*, Jambatan, Jakarta, 1988, dalam Soemali, Lidia Noor Yulyanti, "Penyelesaian Sengketa Melalui Arbitrase Dalam Investasi Perdagangan," *Jurnal Hukum*, Vol. XVIII, No. 18, April 2010, ISSN 1412 - 0887, h. 58. [http://ejournal.narotama.ac.id/files/04%20Jurnal %20Hukum-April%202010%20 SOEMALI\\_.pdf](http://ejournal.narotama.ac.id/files/04%20Jurnal%20Hukum-April%202010%20SOEMALI_.pdf)

### **Majalah/Surat Kabar**

*Koran Sindo*, 17 April 2015.

### **Internet**

Budhy Budiman. "Mencari Model Ideal penyelesaian Sengketa, Kajian Terhadap praktik Peradilan Perdata Dan undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999." <http://www.uika-bogor.ac.id/jur05.htm>. Diakses tanggal 20 Desember 2015.

H.R. Saragih, "Mencari Format Standar Putusan Arbitrase Berdasarkan Undang-undang No. 30 Tahun 1999" yang disampaikan pada Pelatihan dan Penyegaran Arbiter BAPMI, Novotel Bogor, 29 Maret 2003. [http://www.bapmi.org/in/ref\\_articles3.php](http://www.bapmi.org/in/ref_articles3.php). Diakses tanggal 25 Maret 2014.

Tony Budidjaja, “Pembatalan Putusan Arbitrase di Indonesia”, <http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol13217/pembatalan-putusan-arbitrase-di-indonesia>. Diakses tanggal 2 Januari 2016.

### **Peraturan Perundang-undangan**

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 138, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3872).

### **Putusan Pengadilan**

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 15/PUU-XII/2014 Tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa [Penjelasan Pasal 70] terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

# **Kewenangan Mahkamah Konstitusi sebagai *Negative Budgeter* dalam Pengujian Undang-Undang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara**

## ***Authority of the Constitutional Court as a Negative Budgeter in the Judicial Review of the State Budget Law***

**Mei Susanto**

Pusat Studi Kebijakan Negara  
Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran  
Jl. Dipati Ukur No. 35 Bandung  
E-mail: m.susanto@unpad.ac.id

Naskah diterima: 26/09/2016 revisi: 20/10/2017 disetujui 23/11/2017

### **Abstrak**

Doktrin Mahkamah Konstitusi (MK) yang dahulu dipercaya hanya sebagai *negative legislature* telah bergeser menjadi *positive legislature*. Menjadi pertanyaan, apakah doktrin MK sebagai *negative legislature* maupun *positive legislature*, dapat pula dimaknai sebagai *negative budgeter* dan *positive budgeter* dalam pengujian Undang-Undang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara (UU APBN). Berdasarkan hasil kajian konseptual dan pendalaman terhadap beberapa putusan MK dalam pengujian UU APBN, secara nyata dan dalam keadaan tertentu, doktrin MK sebagai *negative legislature* dapat dimaknai sebagai *negative budgeter* dalam bentuk pernyataan mata anggaran tertentu dalam UU APBN bertentangan dengan UUD 1945. Bahkan dapat pula dimaknai sebagai *positive budgeter* karena MK juga mengharuskan pemerintah dan DPR untuk menambahkan mata anggaran tertentu dalam UU APBN. Hal tersebut tidak lain sebagai bentuk diakuinya supremasi konstitusi, sehingga MK yang berperan sebagai *the guardian constitution* harus menjaganya. Apalagi dalam UUD 1945 terdapat pasal yang spesifik menyebut batas minimal anggaran pendidikan 20% dan pasal-pasal lain yang mengharuskan APBN harus dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

**Kata kunci:** Mahkamah Konstitusi, Pengujian UU APBN, *Negative Budgeter*, *Positive Budgeter*.

### **Abstract**

*The doctrine of the Constitutional Court which was previously believed to be only as a negative legislature has shifted into positive legislature. The question, is the doctrine of the Constitutional Court as a negative legislature and a positive legislature can also be interpreted as a negative budgeter and a positive budgeter in the judicial review of the State Budget Law. Based on the result of conceptual study and deepening of several decisions of the Constitutional Court in the judicial review of the State Budget Law, in real and in certain circumstances, the doctrine of the Constitutional Court as a negative legislature can be also interpreted as a negative budgetary in the form of specific budget items in the State Budget Law contradictory to the 1945 Constitution. Also as a positive budgeter because the Constitutional Court requires the executive and the legislative to add a specific budget in the State Budget Law. It is a form of recognition of constitutional supremacy, so that the Constitutional Court can role as the guardian constitution. Moreover in the 1945 Constitution there is a specific article that mentions the minimum limit of 20% education budget and other articles that require the state budget should be used for the greatest prosperity of the people.*

**Keywords:** *Constitutional Court, Judicial Review on State Budget Law, Negative Budgeter, Positive Budgeter.*

## **PENDAHULUAN**

Kewenangan Mahkamah Konstitusi (MK) dalam menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar (UUD) 1945<sup>1</sup>, menempatkan MK sebagai *negative legislature*. Kewenangan tersebut berkaitan dengan pembatalan norma-norma yang ada dalam sebuah undang-undang yang dinyatakan bertentangan dengan konstitusi. *Negative legislature* ini membuat MK sebagai lembaga peradilan, mengurangi atau menghapuskan keberlakuan sebuah undang-undang, yang sejalan dengan pendapat Hans Kelsen “*a court which is competent to abolish laws individually or generally function as a negative legislature*”<sup>2</sup> *Negative legislature* yang dimiliki pengadilan tersebut membedakannya dengan *positive legislature* yang dimiliki lembaga perwakilan rakyat dan pemerintah sebagai pembentuk undang-undang.

Dalam konteks pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 oleh MK, terdapat pengujian yang menarik untuk dicermati, yaitu pengujian Undang-Undang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara (UU APBN). Jika dalam

<sup>1</sup> Lihat Pasal 24C Ayat (1) UUD 1945 “Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, ...”.

<sup>2</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, with a new introduction by A. Javier Treviño, New Brunswick (USA) and London (UK): Transaction Publisher, 2006, h. 268.

pengujian undang-undang biasa (UU Non-APBN), MK disebut sebagai *negative legislature*, maka timbul pertanyaan apakah pengujian UU APBN yang kemudian mengakibatkan pembatalan UU APBN (baik sebagian atau seluruhnya) dapat dimaknai sebagai *negative budgeter*? Yang dimaksud dengan *negative budgeter* di sini adalah penghapusan anggaran tertentu yang terdapat dalam UU APBN. Dengan demikian, muncul pertanyaan lanjutan, apakah dapat dikatakan *negative budgeter* sebagai salah satu perluasan makna dari *negative legislature*? Pertanyaan ini muncul sebagai sebuah wacana baru dalam memaknai kewenangan MK dalam pengujian undang-undang terhadap UUD 1945. Apalagi memang, MK dapat dikatakan lembaga yang dapat mempengaruhi kualitas UU APBN yang sejalan dengan kehendak rakyat dan tidak bertentangan dengan konstitusi.<sup>3</sup>

Berkaitan dengan UU APBN sendiri, dalam UUD 1945 dapat ditemui ketentuan yang spesifik dan umum. *Pertama*, disebutkan pengaturan secara spesifik seperti dalam Pasal 31 ayat (4) UUD 1945 “*Negara memprioritaskan anggaran pendidikan sekurang-kurangnya dua puluh persen dari anggaran pendapatan dan belanja negara serta dari anggaran pendapatan dan belanja daerah untuk memenuhi kebutuhan penyelenggaraan pendidikan nasional*”. Ketentuan ini menyebutkan secara tegas dan limitatif bahwa anggaran pendidikan dalam APBN maupun APBD minimal 20%. Karena itu, penganggaran pendidikan di bawah 20% haruslah dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945. *Kedua*, UUD 1945 pun memberikan pedoman umum berkaitan dengan APBN yang harus dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat seperti yang disebutkan dalam Pasal 23 ayat (1) UUD 1945 “*Anggaran pendapatan dan belanja negara sebagai wujud dari pengelolaan keuangan negara ditetapkan setiap tahun dengan undang-undang dan dilaksanakan secara terbuka dan bertanggungjawab untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat*”. Walaupun oleh Bagir Manan<sup>4</sup> ketentuan ini dikatakan bukan norma melainkan hanya pernyataan kebijakan saja (*policy statement*), namun sudah seharusnya menjadi pegangan dan petunjuk bahwa APBN haruslah dipergunakan untuk sebesar-besarnya untuk kemakmuran rakyat.

Jika dibandingkan antara ketentuan yang spesifik dan umum dalam UUD 1945 tersebut, maka ketentuan spesifik 20% minimal anggaran pendidikan memudahkan MK jika UU APBN tidak memenuhi batas minimal tersebut. Itu artinya batu ujinya

<sup>3</sup> Kewenangan MK dalam pengujian UU APBN ini salah satu faktor yang dapat mempengaruhi kualitas hak budget parlemen dalam memberikan persetujuan terhadap RAPBN yang diajukan pemerintah. Lihat Mei Susanto, *Hak Budget Parlemen di Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika, 2013, h. 328-329.

<sup>4</sup> Bagir Manan, *DPR, DPD, MPR dalam UUD 1945 Baru*, Yogyakarta: FH UII Press, 2003, h. xiii-xiv.

tegas dan konkret. Hal berbeda dengan ketentuan yang masih bersifat umum bahwa “APBN dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat”, sehingga MK harus melakukan pendalaman dan menggunakan pertimbangan yang tepat dalam hal menilai UU APBN sudah sesuai dengan amanat konstitusi tersebut atau tidak.

Batu uji yang spesifik maupun yang umum tersebut telah menjadi pegangan MK dalam menguji UU APBN. Berdasarkan hal tersebut, maka artikel ini hendak mengulas kewenangan MK dalam pengujian UU APBN, sehingga dapat menjawab permasalahan yang sebelumnya telah disampaikan, yaitu apakah kewenangan MK tersebut yang menyebabkan pembatalan UU APBN dapat disebut *negative budgeter* sebagai perluasan makna *negative legislature*?

## PEMBAHASAN

### Karakter Hukum UU APBN dan Pengujian UU APBN di MK

Sebelum berbicara mengenai posisi MK sebagai *negative budgeter* dalam pengujian UU APBN, sebenarnya masih terdapat perdebatan akademik mengenai apakah UU APBN dapat dijadikan objek pengujian oleh MK. Hal tersebut tidak lain karena UU APBN tidak berisikan norma-norma hukum umum selayaknya undang-undang biasa (UU Non-APBN), melainkan berisikan penetapan angka-angka anggaran pendapatan dan belanja negara. Lebih tegas lagi, jika UU Non-APBN itu mengandung ciri *regelling* yakni bersifat mengatur, abstrak dan mengikat umum, sementara UU APBN mengandung ciri *beschiking* yakni bersifat penetapan, konkret dan mengikat pemerintah. Dengan demikian, perdebatan yang mengemuka mengenai dapat tidaknya UU APBN diuji di MK, disebabkan oleh karakter atau sifat hukum yang berbeda dari UU APBN dengan undang-undang lainnya (UU Non-APBN).

Arifin P. Soeria Atmadja menyebut sifat hukum (*rechtskarakter*) dari UU APBN termasuk ke dalam kategori undang-undang dalam arti formal<sup>5</sup>, dan bukan merupakan undang-undang dalam arti material.<sup>6</sup> Pendapat Arifin tersebut didasarkan pada perbandingan ICW 1925<sup>7</sup> dengan APBN sejak 1967 yang telah mengenyampingkan bentuk, susunan, dan isi pengelolaan dan pertanggungjawaban

<sup>5</sup> Undang-undang dalam arti formal adalah undang-undang yang dilihat dari segi bentuk dan pembentukannya. Sementara undang-undang dalam arti material adalah undang-undang yang dilihat dari isi, materi atau substansinya. Lihat Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang*, Jakarta: Setjen dan Kepaniteraan MKRI, 2006, h. 35.

<sup>6</sup> Arifin P. Soeria Atmadja, *Mekanisme Pertanggungjawaban Keuangan Negara Suatu Tinjauan Yuridis*, Jakarta: Gramedia, 1986, h. 115.

<sup>7</sup> ICW 1925 adalah *Indische Comptabiliteits Wet* semacam UU Perbendaharaan Negara milik Pemerintahan Hindia Belanda.

APBN berdasarkan ICW 1925.<sup>8</sup> Perbedaan karakter UU APBN dengan ICW 1925 terletak pada karakter hukum UU APBN yang secara formal ditetapkan berdasarkan persetujuan DPR sebagaimana ICW 1925, namun daya mengikat UU APBN hanya ditujukan kepada pemerintah, dan tidak semua pihak sebagaimana ICW 1925. Hal tersebut digambarkan dengan tabel berikut:<sup>9</sup>

**Tabel 1**  
 Perbandingan Bobot Antara UU APBN dengan ICW 1925

| UU APBN dalam arti |               | ICW 1925 dalam arti |               |
|--------------------|---------------|---------------------|---------------|
| Formal<br>1        | Material<br>0 | Formal<br>1         | Material<br>1 |

Menurut Arifin, ICW 1925 tidak saja mengikat para pejabat negara, tetapi juga mengikat setiap orang yang mengadakan hubungan keuangan dengan negara. Dicontohkannya dalam Pasal 60 ICW 1925, mengatur kadaluarsa tagihan terhadap negara adalah lima tahun, kecuali apabila KUH Perdata menentukan jangka waktu kadaluarsa yang lebih pendek, maka berlakulah jangka waktu kadaluarsa menurut hukum perdata. Karena itu, Arifin menggolongkan ICW 1925 sebagai undang-undang yang mengikat umum (materil).

Pandangan yang menyebut UU APBN termasuk UU dalam arti formil sehingga tidak mengikat umum tersebut, dilanjutkan oleh Dian Puji N. Simatupang. Bahkan secara lebih komprehensif, Dian mengidentifikasi beberapa karakter hukum UU APBN, terutama setelah Perubahan UUD 1945. Hal tersebut dapat dilihat dalam tabel berikut:<sup>10</sup>

**Tabel 2**  
 Perbedaan Karakter Hukum UU APBN dan UU Non APBN

| No. | Karakter Pembeda            | UU APBN                  | UU non-APBN         |
|-----|-----------------------------|--------------------------|---------------------|
| 1.  | Dasar Hukum dalam UUD 1945  | Pasal 23                 | Pasal 20            |
| 2.  | Fungsi yang dilaksanakan    | Fungsi anggaran (budget) | Fungsi legislasi    |
| 3.  | Hak yang dimiliki DPR       | Hak Budget               | Hak Legislatif      |
| 4.  | Pihak yang memprakarsasi UU | Pemerintah               | Pemerintah atau DPR |

<sup>8</sup> Arifin P. SoeriaAtmadja, *op.cit.*

<sup>9</sup> *Ibid.* h. 116.

<sup>10</sup> Lihat Dian Puji N. Simatupang, *Paradoks Rasionalitas Perluasan Ruang Lingkup Keuangan Negara dan Implikasinya Terhadap Kinerja Keuangan Pemerintah*, Jakarta: Badan Penerbit FH UI, 2011, h. 145-146.

|     |   |   |   |
|-----|---|---|---|
| 5.  | Masa berlakunya   | 1 (satu) tahun sekali   | Tidak ditentukan sepanjang tidak dicabut                                |
| 6.  | Daya mengikat   | Pemerintah  | Mengikat semua orang  |
| 7.  | Materi muatan   | Penetapan anggaran negara   | Pengaturan dalam bidang tertentu  |
| 8.  | Mekanisme penyampaian                                       | Presiden menyampaikan langsung dalam sidang paripurna DPR disertai dengan nota keuangan | Presiden menunjuk menteri menyampaikan amanat presiden dalam sidang DPR |
| 9.  | Kemungkinan pembentukan dalam Perppu                        | Tidak dimungkinkan  | Dimungkinkan  |
| 10. | Mekanisme Perubahan   | Dengan menyampaikan RUU APBN Perubahan/ Tambahan sebelum berakhirnya masa anggaran      | Dengan menyampaikan RUU Perubahan sepanjang waktu pada saat diperlukan  |
| 11. | Penyelesaian Konstitusional jika UU ditolak DPR             | Menggunakan APBN tahun yang lalu  | RUU tidak dapat diajukan pada masa persidangan itu                      |
| 12. | Kemungkinan DPR mengajukan hak inisiatif                    | Tidak dimungkinkan  | Sangat mungkin  |
| 13. | Perbuatan hukum yang dilakukan Pemerintah                   | Perbuatan Pemerintahan  | Perbuatan pembentukan peraturan perundang-undangan                      |
| 14. | Bentuk peraturan pelaksanaannya                             | Peraturan Presiden  | Peraturan Pemerintah  |
| 15. | Kemungkinan Pelanggaran Hak Konstitusional Warga Masyarakat | Tidak ada   | Kemungkinan ada   |

Menurut Dian, adanya perbedaan karakter hukum UU APBN dan UU Non-APBN tersebut memberikan pemahaman mengenai konsep pengelolaan APBN yang juga berbeda pelaksanaannya dengan undang-undang lainnya.<sup>11</sup> Secara teknisnya, UU APBN dan undang-undang lainnya termasuk ke dalam peraturan perundang-undangan yang dibentuk oleh DPR dengan persetujuan bersama Presiden, tetapi hakikat dan karakternya berbeda.

Dari perspektif ilmu perundang-undangan, perbedaan karakter tersebut dapat dijelaskan dari aspek daya mengikat, dan waktu keberlakuan. Maria Farida

<sup>11</sup> *Ibid.* h. 147.

menggolongkan norma dari variabel umum, individual, abstrak, dan konkrit.<sup>12</sup> Penggolongan norma tersebut sebagai berikut:

- a. Umum-abstrak, merupakan norma yang ditujukan untuk umum dan perbuatan yang terkandung di dalam norma tersebut masih bersifat abstrak.
- b. Umum-konkret, merupakan norma yang ditujukan untuk umum dan perbuatan yang terkandung di dalam norma tersebut sudah jelas mengenai suatu hal tertentu.
- c. Individual-abstrak, merupakan norma yang ditujukan untuk seseorang atau orang-orang tertentu dan perbuatan yang terkandung di dalam norma tersebut masih bersifat abstrak.
- d. Individual-final, merupakan norma yang ditujukan untuk seseorang atau orang-orang tertentu dan perbuatan yang terkandung di dalam norma tersebut sudah jelas mengenai suatu hal tertentu.

Selain berdasarkan penggolongan di atas, jika dilihat dari waktu berlakunya, norma dapat digolongkan menjadi:<sup>13</sup>

- a. terus-menerus (*dauerhaftig*), akan berlaku terus-menerus tanpa ada ditentukan kapan norma tersebut tidak berlaku lagi; dan
- b. sekali-selesai (*eenmalig*), yang keberlakuannya ditentukan dalam suatu rentang waktu yang ditentukan.

Dari penggolongan norma tersebut, undang-undang termasuk ke dalam golongan umum-abstrak yang mana undang-undang merupakan norma hukum yang berlaku untuk umum, yang dalam konteks Indonesia kepada seluruh rakyat Indonesia. Undang-undang pun bersifat abstrak dan masih perlu penjelasan lebih lanjut dalam tataran teknisnya. Undang-undang juga termasuk pada norma yang berlaku terus-menerus yang biasanya undang-undang itu akan berlaku sejak undang-undang tersebut diundangkan dan tidak berlaku lagi jika telah ada undang-undang yang menggantikan undang-undang tersebut.

Jika melihat pada UU APBN, terdapat suatu hal yang berbeda dari undang-undang yang lainnya. UU APBN memang bersifat mengatur kepentingan umum karena sesuai dengan tujuan APBN yaitu sebesar-besarnya kemakmuran rakyat Indonesia. Namun, UU APBN tidaklah bersifat abstrak melainkan bersifat mengatur hal yang konkret, jelas dan sudah pasti mengenai berbagai rincian hal-hal yang harus dijalankan serta sudah ditentukan untuk suatu periode (tahun). Karena

<sup>12</sup> Maria Farida Indrati S, *Ilmu perundang-undangan (Jenis, Fungsi dan Materi Muatan)* Buku Ke-1, Yogyakarta: Kanisius, 2007, h. 45-47.

<sup>13</sup> *Ibid.*

itu, UU APBN tidak dapat dimasukkan ke dalam golongan norma yang bersifat umum-abstrak seperti undang-undang lainnya, melainkan memiliki sifat umum-konkret. Sedangkan jika dilihat dari masa berlakunya, masa berlaku undang-undang pada umumnya adalah terus-menerus sampai ada undang-undang lain yang menggantikannya. Sementara itu UU APBN memiliki rentang waktu untuk keberlakuannya, yaitu hanya pada suatu tahun saja.

Sementara itu, Jimly Asshiddiqie mengatakan pada hakikatnya, APBN sendiri merupakan suatu akta administratif pemerintahan atau undang-undang yang bersifat administratif,<sup>14</sup> sehingga sifat UU APBN itu sendiri merupakan *acte condition (beschiking)*, dan bukan merupakan *acte regle (regeling)*. Untuk itu, karakter UU APBN lebih bersifat konkret, final, dan berlakunya sekali saja yaitu satu tahun anggaran.

Hal yang menarik dari aspek karakter hukum UU APBN mengingat APBN merupakan uu dalam arti formil sebagai bentuk persetujuan DPR terhadap proposal APBN dari pemerintah, sehingga UU APBN hanya mengikat pemerintah saja, yang kemudian membuat kemungkinan pelanggaran hak konstitusional warga masyarakat adalah tidak ada. Dengan tidak ada kemungkinan pelanggaran hak konstitusional warga masyarakat maka Mahkamah Konstitusi-pun tidak memiliki kewenangan dalam hal pengujian UU APBN karena tidak ada warga masyarakat yang memiliki *legal standing*.

Ketidakmungkinan pelanggaran hak konstitusional warga masyarakat tersebut tentunya kurang tepat. Apalagi dalam UUD 1945 terdapat dua ketentuan yang bersifat konkret maupun bersifat umum sebagai pedoman Pemerintah dan DPR dalam menyusun APBN. Sebagai contoh, anggaran pendidikan dalam APBN 2005 yang tidak mencapai 20%. Melalui Putusan MK No. 012/PUU-III/2005 dan 026/PUU-III/2005, terlihat nyata bahwa perintah konstitusi telah dilanggar oleh Pemerintah dan DPR yang tidak mengalokasikan anggaran 20% untuk pendidikan. Fakta dan putusan MK tersebut menjadi bukti, bahwa kemungkinan pelanggaran hak konstitusional warga masyarakat adalah ada.

Apabila pendapat kemungkinan pelanggaran hak konstitusional warga masyarakat tidak ada dalam UU APBN, sehingga pula MK tidaklah memiliki kewenangan dalam menguji UU APBN, padahal noma konstitusi memberikan secara tegas menentukannya, timbul pertanyaan, melalui mekanisme apa norma konstitusi

<sup>14</sup> Jimly Asshiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, Jakarta: Bhuana Ilmu Populer, 2008, h. 832.

yang mengatur syarat minimal mata anggaran tertentu (dalam hal ini 20% anggaran pendidikan sebagai batas minimal) dapat dijaga? Bukankah norma konstitusi sebagai supremasi tertinggi dalam kehidupan bernegara harus ditegakkan? Hal tersebut membuat adanya karakter kemungkinan tidak adanya pelanggaran hak konstitusional warga masyarakat dalam UU APBN adalah kurang tepat.

Jimly Asshiddiqie menyebut daya ikat norma yang terkandung dalam setiap undang-undang dapat dibedakan antara daya ikat yang bersifat umum dan daya ikat yang bersifat spesifik.<sup>15</sup> Daya ikat yang bersifat umum juga mengikat semua subjek hukum secara tidak langsung, sedangkan daya ikat yang spesifik dan khusus secara langsung memang dimaksudkan untuk mengikat semua subjek hukum yang terkait. Oleh karena itu, UU APBN juga mengikat umum dalam pengertian yang tidak langsung, meskipun secara khusus dan spesifik hanya mengikat pemerintah yang akan melaksanakan tugas pemerintahan eksekutif berdasarkan APBN yang telah diundangkan itu.<sup>16</sup> Karena itu, menurut Jimly Asshiddiqie, pandangan yang menganggap UU APBN hanya mengikat pemerintah sehingga tidak dimungkinkan pengujian oleh warga masyarakat karena tidak memiliki *legal standing* adalah kurang tepat.<sup>17</sup>

Perdebatan berkaitan dengan pemahaman undang-undang formil maupun materil sehingga tidak dapat diuji di MK-pun sebenarnya telah selesai dengan adanya Putusan MK No. 026/PUU-III/2005 Perihal Pengujian UU No. 13 Tahun 2005 tentang APBN Tahun 2005. Dalam putusan tersebut, MK mendasarkan pada pendapat ahli dalam Putusan No. 12/PUU-III/2005 menyatakan sebagai berikut:

- a) Bahwa UUD 1945 maupun UU MK tidak membedakan jenis undang-undang yang merupakan wewenang Mahkamah untuk mengujinya, sehingga tidak relevan untuk membuat kategorisasi apakah yang diuji tersebut adalah undang-undang dalam arti formil atau undang-undang dalam arti materil;
- b) Bahwa hierarki perundang-undangan menempatkan UUD 1945 sebagai hukum dasar atau hukum yang tertinggi dengan mana berarti setiap undang-undang yang di bawahnya harus sesuai dan tidak boleh bertentangan dengan UUD 1945;
- c) Bahwa meskipun angka-angka APBN adalah lampiran dari UU APBN, namun merupakan bagian yang tidak terpisahkan sehingga harus dibaca dalam satu kesatuan dengan UU APBN, yang dengan demikian harus dipahami sebagai undang-undang yang menjadi kewenangan Mahkamah untuk mengujinya;

<sup>15</sup> Jimly Asshiddiqie, *Perihal...Op.Cit.*, h. 130.

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

<sup>17</sup> *Ibid.*, h. 132.

- d) Bahwa tugas dan wewenang untuk menjaga konstitusi (*the guardian of the constitution*) memberi kewenangan kepada Mahkamah untuk menguji dengan memeriksa kemudian memutus, apakah UU APBN tersebut telah sesuai dengan hukum tertinggi yaitu UUD 1945.

Dengan adanya putusan MK tersebut, maka menjadi jelas bahwa UU APBN dapat diuji oleh MK. Selain itu, berkaitan dengan UU APBN yang biasanya hanya berisi beberapa pernyataan yang tertuang dalam beberapa pasal saja, sedangkan APBN-nya sendiri ada dalam lampirannya yang sangat tebal dan dibukukan secara tersendiri.<sup>18</sup> Untuk itu perlu penegasan juga bahwa MK memiliki kewenangan untuk menguji Lampiran UU APBN tersebut, sebagaimana dikatakan Jimly Asshiddiqie:<sup>19</sup>

*“... Apakah lampiran undang-undang itu termasuk ke dalam pengertian undang-undang itu sendiri atau bukan? Pemerintah tidak berwenang menetapkan APBN tanpa persetujuan DPR. Mekanisme pemberian persetujuan itu dilakukan melalui mekanisme pembahasan bersama di DPR, dan bentuk persetujuan DPR itu selalu dituangkan dalam bentuk hukum undang-undang, dan naskah APBN-nya dicantumkan di belakang undang-undang yang bersangkutan sebagai lampiran yang tidak terpisahkan dari naskah undang-ungannya. Karena itu, undang-undang tentang APBN harus dibaca dalam satu kesatuan dengan naskah APBN-nya.”*

Dalam konteks pengujian di MK, yang mengenal dua jenis pengujian yaitu pengujian atas materi muatan yang kemudian disebut pengujian materil, dan pengujian atas tata cara pembentukan undang-undang yang kemudian disebut pengujian formil,<sup>20</sup> maka pengujian undang-undang APBN dilakukan secara materil, membuat MK harus menilai materi atau isi APBN, bukan hanya terbatas pada teks undang-undang pengantarnya. Terhadap hal tersebut, Jimly Asshiddiqie mengatakan, jika materi APBN itu menyangkut angka anggaran, maka akibatnya tentu berkaitan dengan keseluruhan perhitungan anggaran dalam APBN itu sebagai satu kesatuan yang tidak terpisahkan.<sup>21</sup> Jika terdapat perubahan dalam satuan anggaran dari total anggaran 100 persen, maka setiap perubahan satuan mata anggaran akan mengakibatkan perubahan pula pada angka APBN itu secara keseluruhan. Artinya, jika satu angka dinyatakan bertentangan dengan UUD dan

<sup>18</sup> Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2006, h. 53. Selain perbedaan tersebut, undang-undang APBN juga memiliki perbedaan lain yaitu dalam tahapan pembahasannya yang tidak mengikuti proses tahap pembuatan undang-undang seperti biasa melainkan mempunyai siklus anggaran tersendiri, keberlakuannya yang hanya satu tahun anggaran, serta tidak ada kewajibannya menyertakan naskah akademik (Pasal 43 Ayat (4) UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan).

<sup>19</sup> *Ibid.*, h. 53-54.

<sup>20</sup> *Ibid.*, h. 57-58.

<sup>21</sup> *Ibid.*, h. 55.

dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, berarti keseluruhan APBN itu harus dibatalkan. Jika demikian berarti, akan berlakulah ketentuan APBN tahun sebelumnya seperti halnya rancangan APBN yang diajukan pemerintah tidak mendapat persetujuan DPR.<sup>22</sup>

Dengan melihat kewenangan menguji pada MK tersebut, maka dapat dikatakan bahwa MK tidak hanya melakukan pengujian terhadap undang-undang yang melanggar hak-hak kenegaraan yang dimiliki oleh seorang warga negara, tetapi MK juga berwenang menguji anggaran yang tidak berpihak kepada hak-hak warga negara yang sudah diatur dalam konstitusi.

### Putusan MK dalam Pengujian UU APBN

Sejak Mahkamah Konstitusi berdiri tahun 2003 sampai dengan tahun 2016, pengujian terhadap UU APBN telah terjadi sebanyak 20 kali. Hal ini dapat dilihat dari tabel berikut ini:

**Tabel 3**  
Rekapitulasi Pengujian Undang-Undang APBN di Mahkamah Konstitusi  
Tahun 2003 s.d. 2016

| No | Tahun | No. Perkara      | Pemohon                           | Pokok Perkara  | Keterangan   |
|----|-------|------------------|-----------------------------------|--|--|
| 1. | 2003  | -                | -                                 | -  | -  |
| 2. | 2004  | -                | -                                 | -  | -  |
| 3. | 2005  |                  |                                   |  |  |
| 4. | 2005  | 012/PUU-III/2005 | F. Hadie Utsman dkk. (10 pemohon) | Pengujian UU No. 36 Tahun 2004 tentang APBN 2005 Berkaitan dengan anggaran pendidikan belum sampai 20% | Permohonan Tidak Diterima  |
| 5. | 2005  | 026/PUU-III/2005 | H.M. Rusli Yunus dkk (47 Pemohon) | Pengujian UU No. 12 Tahun 2005 tentang APBN 2006   | Menyatakan ABPN Tahun Anggaran 2006 sepanjang menyangkut anggaran pendidikan sebesar 9,1% sebagai batas tertinggi, tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat |

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

| No | Tahun | No. Perkara     | Pemohon  | Pokok Perkara   | Keterangan  |
|----|-------|-----------------|--|---|---|
| 6. | 2006  | 026/PUU-IV/2006 | PGRI dkk (5 Pemohon)   | Pengujian UU 18 Tahun 2006 tentang APBN 2007  | Menyatakan APBN Tahun Anggaran 2007 sepanjang menyangkut anggaran pendidikan sebesar 11,8% sebagai batas tertinggi, tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat   |
| 7. | 2007  | 024/PUU-V/2007  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Dra.Hj. Rahmatiah Abbas</li> <li>- Prof. Dr. Badriyah Rifai SH</li> </ul> | Pengujian Pasal 49 ayat (1) UU No. 20 Tahun 2003 tentang Sisdiknas dan UU No. 18 Tahun 2006 tentang APBN 2007 | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Permohonan Dikabulkan untuk sebagian</li> <li>- Pasal 49 Ayat (1) UU No. 23 Tahun 2003 ttg Sisdiknas sepanjang frasa “gaji pendidik dan” bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat</li> <li>- permohonan para pemohon terhadap UU NO. 18 Tahun 2006 ttg APBN 2007 tidak dapat diterima</li> </ul> |
| 8. | 2008  | 09/PUU-VI/2008  | Prof. Dr. Muh Surya dkk (PGRI)   | Pengujian UU No. 45 Tahun 2007 tentang APBN tahun 2008  | Permohonan ditarik kembali  |

| No  | Tahun | No. Perkara      | Pemohon              | Pokok Perkara  | Keterangan   |
|-----|-------|------------------|----------------------|--|--|
| 9.  | 2008  | 13/PUU-VI/2008   | Prof. Muh Surya dkk  | Pengujian UU No. 16 Tahun 2008 tentang APBNP Tahun 2008  | Dikabulkan, Anggaran Pendidikan hanya 15,6% sehingga bertentangan dengan UUD 1945, namun untuk menghindari resiko kekacauan dalam penyelenggaraan administrasi keuangan negara, APBNP Tahun 2008 tetap berlaku |
| 10. | 2009  | -                | -                    | -  | -  |
| 11. | 2010  | 57/PUU-VIII/2010 | IHCS, dkk.           | Pengujian UU No. 2 Tahun 2010 tentang APBNP Tahun 2010 Mengenai Anggaran Kesehatan, Jaminan Sosial, DPID, DPPID, dan DAU.  | Tidak Dapat Diterima   |
| 12. | 2011  | 60/PUU-IX/2011   | IHCS, Prakarsa, dkk. | Pengujian UU No. 10 Tahun 2010 tentang APBN 2011, <i>juncto</i> UU No. 11 Tahun 2011 Tentang APBNP Tahun 2011 Mengenai Anggaran Kesehatan, Jaminan Sosial, pembangunan gedung DPR, dana studi banding, pembelian pesawat kepresidenan, DPID, DPPID, dan DAU. | Ditolak  |

| No  | Tahun | No. Perkara   | Pemohon  | Pokok Perkara  | Keterangan           |
|-----|-------|---------------|--|--|----------------------|
| 13. | 2012  | 13/PUU-X/2012 | Bgd Syafri, Asep Anwar, dkk.                   | Pengujian UU No. 4 Tahun 2012 tentang APBNP 2012: Pasal 7 ayat (4) dan (6) mengenai Subsidi BBM bertentangan dengan Pasal 33 ayat (3) UUD 1945   | Tidak Dapat Diterima |
| 14. | 2012  | 42/PUU-X/2012 | PMHI, Pembela NKRI, dkk.                       | Pengujian UU No. 4 Tahun 2012 tentang APBNP 2012 Terkait subsidi BBM   | Tidak Dapat Diterima |
| 15. | 2012  | 43/PUU-X/2012 | KSPI, KSPSI, dkk (Serikat Buruh)               | Pengujian UU No. 4 Tahun 2012 tentang APBNP 2012 Terkait subsidi BBM   | Ditolak              |
| 16. | 2012  | 46/PUU-X/2012 | Ahmad Daryoko, dkk.                            | Pengujian UU No. 4 Tahun 2012 tentang APBNP 2012 Terkait subsidi BBM   | Ditolak              |
| 17. | 2012  | 53/PUU-X/2012 | Suharto, Tjuk Kasturi Sukiadi, Ali Azhar Akbar | Pengujian UU No. 22 Tahun 2011 tentang APBN 2012 Mengenai Anggaran untuk Lumpur Lapindo  | Ditolak              |
| 18. | 2012  | 58/PUU-X/2012 | IHCS, Fitra, dkk.                              | Pengujian UU No. 22 Tahun 2011 tentang APBN 2012 dan UU No. 4 Tahun 2012 tentang APBNP 2012 mengenai Anggaran Kesehatan, Anggaran pembangunan gedung DPR, Studi Banding, Pembelian Pesawat Presiden DPID dan DPPID | Ditolak              |

| No  | Tahun | No. Perkara          | Pemohon                     | Pokok Perkara   | Keterangan                             |
|-----|-------|----------------------|-----------------------------|---|--|
| 19. | 2013  | No. 83/PUU-XI/2013   | Siti Askabul Maimanah, dkk. | Pengujian UU No. 15 Tahun 2013 tentang APBNP 2013 berkaitan dengan anggaran lumpur Lapindo untuk warga yang tempat tinggalnya berada dalam peta area terdampak. | Diterima                               |
| 20. | 2014  | No. 115/PUU-XII/2014 | Dr. Salim Alkatiri          | Pengujian UU No. 27 Tahun 2014 tentang APBN 2015 mengenai permohonan dana alokasi khusus DAK untuk Pulau Buru.  | Gugur (karena pemohon meninggal dunia) |
| 21. | 2014  | No. 132/PUU-XII/2014 | P3MU                        | Pengujian UU 27/2014 tentang APBN 2015 berkaitan anggaran subsidi BBM   | Tidak dapat diterima                   |
| 22. | 2015  | No. 23/PUU-XIII/2015 | Dr. Aji Sofyan Effendi      | Pengujian UU 27/2014 tentang APBN 2015 berkaitan dengan anggaran DAU untuk Kalimantan Timur   | Tidak dapat diterima                   |
| 23. | 2015  | No. 63/PUU-XIII/2015 | Sungkono, dkk.              | Pengujian UU No. 3 Tahun 2015 APBNP 2015 berkaitan dengan anggaran Lumpur Lapindo   | Ditolak                                |
| 24. | 2015  | No. 91/PUU-XIII/2015 | Mapancas                    | Pengujian UU No. 3 Tahun 2015 ttg APBNP 2015 berkaitan dengan anggaran penyertaan modal yang berasal dari utang   | Tidak dapat diterima                   |
| 25. | 2016  | -                    | -                           | -   | -                                      |

Sumber: Laporan Tahunan MK 2003-2016

Dari tabel tersebut dapat diketahui bahwa dari tahun 2003 sampai dengan 2015, pengujian terhadap undang-undang APBN telah dilakukan sebanyak 20 kali. Diantaranya terlihat pengujian berkaitan dengan anggaran pendidikan sebanyak 6 kali, selain itu berkaitan dengan anggaran subsidi BBM sebanyak 5 kali, anggaran kesehatan 3 kali, anggaran lumpur Lapindo 3 kali, dan lain-lain.

Berkaitan dengan hal itu, batu uji yang dipergunakan adalah berkaitan dengan aturan spesifik dan yang umum dalam UUD 1945. Untuk memudahkan analisis, maka hal tersebut dipergunakan untuk pengelompokkan dalam pengujian UU APBN di MK, yaitu pengujian anggaran pendidikan karena tidak mencapai 20% sebagaimana diwajibkan Pasal 30 ayat (3) UUD 1945 dan pengujian anggaran yang bersifat umum seperti anggaran subsidi BBM, anggaran lumpur Lapindo dan lain-lain yang batu ujinya adalah ketentuan umum dimana APBN harus dipergunakan sebesar-besarnya untuk kemakmuran rakyat maupun jaminan hak asasi manusia. Hal tersebut akan lebih terlihat dalam pembahasan berikut ini.

### **Pelajaran dari Pengujian UU APBN untuk Anggaran Pendidikan sebagai Anggaran yang Secara Tegas Disebut dalam UUD 1945**

Berkaitan dengan anggaran pendidikan yang batas bawahnya ditentukan 20% dari APBN, telah terjadi 6 kali pengujian yang kemudian diputus MK melalui Putusan No. 012/PUU-III/2005, 026/PUU-III/2005, 026/PUU-IV/2006, 024/PUU-V/2007, 09/PUU-VI/2008, 13/PUU-VI/2008. Berikut ini adalah ke-5 putusan MK (kecuali Putusan No. 09/PUU-VI/2008 karena ditarik kembali):

- a) *Putusan No. 012/PUU-III/2005, MK menyatakan permohonan beralasan namun harus dinyatakan tidak dapat diterima. Menurut MK, walaupun anggaran pendidikan hanya 7% dalam APBN tahun 2005 dan semestinya dinyatakan bertentangan dengan Pasal 31 ayat (4) UUD 1945, sehingga permohonan pembatalan UU APBN Tahun 2005 harus dibatalkan, akan dapat menimbulkan kekacauan (governmental disaster) dalam administrasi keuangan negara, yang dapat mengakibatkan ketidakpastian hukum (rechtsonzekerheid) dan bahkan akibatnya dapat akan lebih buruk apabila ternyata anggaran pendidikan pada APBN sebelumnya lebih kecil jumlahnya. Dalam putusan ini, MK mengingatkan kepada pihak pemerintah dan DPR agar UU APBN di tahun berikutnya dapat memenuhi standar 20% yang ditentukan UUD 1945.*
- b) *Putusan No. 026/PUU-III/2005 menyatakan hanya dapat mengabulkan permohonan para Pemohon untuk sebagian, dengan menyatakan bahwa UU APBN, sepanjang mengenai anggaran pendidikan dalam*

- APBN 2006 sebesar 9,1% dari APBN sebagai batas tertinggi, adalah bertentangan dengan UUD 1945. Untuk menghindari kemacetan dan kekacauan dalam penyelenggaraan pemerintahan, putusan MK ini hanya memberi akibat hukum terhadap inkonstitusionalitas anggaran pendidikan tersebut secara terbatas, yaitu tentang batas tertinggi, dan bukan terhadap keseluruhan UU APBN. Hal itu berarti bahwa UU APBN tetap mengikat secara hukum dan dapat dilaksanakan sebagai dasar hukum pelaksanaan APBN dengan kewajiban bagi Pemerintah dan DPR untuk mengalokasikan kelebihan dana yang akan diperoleh dari hasil penghematan belanja negara dan/atau hasil peningkatan pendapatan pada anggaran pendidikan dalam APBN-P 2006.*
- c) *Putusan No. 026/PUU-IV/2006, menyatakan APBN 2007 sepanjang menyangkut anggaran pendidikan sebesar 11,8% (sebelas koma delapan persen) sebagai batas tertinggi, bertentangan dengan UUD 1945. Putusan ini tidak jauh berbeda dengan Putusan No. 26/PUU-III/2005, walaupun bertentangan dengan UUD 1945, namun tidak membuat UU APBN secara keseluruhan dinyatakan batal.*
- d) *Putusan No. 024/PUU-V/2007 sebenarnya menguji UU APBN 2007, namun selain itu juga menguji tafsir yang ada dalam UU Sistem Pendidikan Nasional yang membedakan antara anggaran pendidikan dengan komponen gaji pendidik. Dalam Putusannya, MK menyatakan frasa “gaji pendidik” sebagai komponen yang harus dipisahkan dalam anggaran pendidikan dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945. Karena itu, sejak putusan ini, maka dalam anggaran pendidikan dimasukkan juga komponen gaji pendidik, sehingga APBN 2007 yang awalnya 11,8% menjadi 18%. Oleh karena itu, dengan adanya putusan ini, MK mengatakan tidak boleh lagi ada alasan untuk menghindar atau menunda-nunda pemenuhan ketentuan anggaran sekurang-kurangnya 20% untuk pendidikan, baik dalam APBN maupun APBD di tiap-tiap provinsi, kabupaten, dan kota di seluruh Indonesia sesuai dengan ketentuan Pasal 31 ayat (4) UUD 1945. Berkaitan dengan UU APBN 2007, MK menyatakan tidak dapat menerima pengujian walau anggaran pendidikan hanya 18% tersebut karena alasan UU APBN memiliki karakter yang berbeda diantaranya hanya berlaku sekali setahun (eenmalig) dimana UU APBN 2007 telah tidak berlaku lagi karena Putusannya dibacakan pada Februari 2008.*
- e) *Kelima, Putusan No. 13/PUU-VI/2008 berkaitan dengan anggaran pendidikan dalam APBN-P tahun 2008 sebesar 15,6% sehingga tidak memenuhi konstitusionalitas sekurang-kurangnya 20% APBN yang ditetapkan Pasal 31 Ayat (4) UUD 1945. Atas dasar hal tersebut MK mengabulkan permohonan pemohon dan menyatakan APBN-P tahun 2008 bertentangan dengan UUD 1945. Namun, atas pertimbangan*

*menghindari risiko kekacauan dalam penyelenggaraan administrasi keuangan negara, UU APBN-P 2008 dinyatakan tetap berlaku sampai dengan diundangkannya UU APBN 2009.*

Dari 5 putusan MK berkaitan dengan pengujian UU APBN tersebut, memberikan beberapa pelajaran. *Pertama*, bahwa MK menegaskan dapat menguji UU APBN tanpa melihat perbedaan karakter hukum UU APBN. *Kedua*, ketentuan 20% anggaran pendidikan dalam APBN merupakan ketentuan konstitusional yang harus dipenuhi oleh pemerintah dan DPR dalam membentuk UU APBN. Karena itu tidak tercapainya 20% anggaran pendidikan merupakan kerugian konstitusional warga masyarakat, sehingga menjadi kewajiban MK untuk membatalkannya. *Ketiga*, walaupun MK menyatakan ketentuan anggaran pendidikan yang tidak mencapai 20% bertentangan dengan UUD 1945, namun MK tidak membatalkan UU APBN secara keseluruhan, karena kemungkinan dapat mengganggu jalannya pemerintahan, termasuk juga kalau harus dipergunakan APBN tahun sebelumnya yang ternyata lebih kecil anggaran pendidikannya. *Keempat*, putusan-putusan MK tersebut menunjukkan posisi MK dalam membatalkan ketentuan anggaran pendidikan sehingga dapat dikatakan sebagai *negative budgeter*. Bahkan karena anggaran pendidikan tidak mencapai 20% yang membuat MK menyuruh Presiden dan DPR untuk menyusun APBN yang memenuhi syarat minimal anggaran pendidikan tersebut, maka MK sebenarnya menambahkan anggaran dalam APBN, sekaligus menegaskan MK sebagai *positive budgeter*.

### **Pelajaran Pengujian UU APBN yang Bersifat Umum dan Tidak Ditegaskan Batasannya dalam UUD 1945**

Pengujian UU APBN khususnya terhadap mata anggaran yang bersifat umum dan tidak ditegaskan batasannya dalam UUD 1945 biasanya berkaitan dengan Pasal 23 ayat (1) UUD 1945 yang menyebut APBN harus dipergunakan sebesar-besarnya untuk kemakmuran rakyat. Selain itu, juga berkaitan dengan kewajiban-kewajiban negara misalnya berkaitan dengan HAM dan jaminan sosial yang ada dalam UUD 1945. Hal tersebut dapat dilihat dari beberapa putusan MK berikut ini:

- a) *Putusan No. 57/PUU-VIII/2010 berkaitan dengan APBN-P 2010 mengenai anggaran kesehatan, jaminan sosial, Dana Penyesuaian Infrastruktur Daerah (DPID), Dana Percepatan Pembangunan Infrastruktur Daerah (DPPID), dan Dana Alokasi Umum (DAU). MK tidak dapat menerima*

*pengujian karena waktu pengajuan permohonan diakhir tahun 2010, yang membuat posisi APBNP akan selesai masa berlakunya, bahkan telah disahkan UU APBN 2011.*

- b) Putusan No. 60/PUU-IX/2011 berkaitan dengan APBNP 2011 mengenai anggaran kesehatan, jaminan sosial, pembangunan gedung DPR, dana studi banding, DPID, DPPID, dinyatakan ditolak oleh MK dengan alasan pasal-pasal konstitusi sebagai batu uji anggaran-anggaran tersebut adalah “mengupayakan secara sungguh-sungguh sesuai kemampuan”, sehingga bukanlah penilaian konstitusionalitas norma, melainkan penilaian implementasi norma dan merupakan open legal policy pembentuk undang-undang, karena menyangkut penentuan prioritas dan besaran anggaran tersebut yang dikaitkan dengan besaran anggaran lainnya.*
- c) Putusan No. 13/PUU-X/2012 berkaitan dengan subsidi BBM tidak dapat diterima oleh MK karena pasal 7 Ayat (4) butir 1 UU APBN 2012 yang diujikan kurang tepat, melainkan seharusnya penjelasan pasal. Namun karena penjelasan pasal-nya pun telah dihapus, maka pasal yang diuji dinyatakan sudah tidak ada.*
- d) Putusan No. 42/PUU-X/2012 berkaitan dengan subsidi BBM dalam UU APBNP 2012 tidak dapat diterima oleh MK dengan alasan telah diputuskan dalam Putusan No. 43/PUU-X/2012 dan permohonan tidak diuraikan secara jelas.*
- e) Putusan No. 43/PUU-X/2012 berkaitan dengan subsidi BBM dalam UU APBNP 2012 dinyatakan ditolak oleh MK dengan alasan bahwa UU APBN merupakan rencana keuangan yang mencerminkan pilihan kebijakan untuk satu tahun anggaran, dan UU APBN terbuka untuk dilakukan revisi atau perubahan apabila asumsi-asumsi yang digunakan untuk dasar penyusunannya mengalami perubahan, sehingga diperlukan penyesuaian, namun tetap dalam jangka waktu berlakunya APBN, yaitu satu tahun anggaran. Oleh karena itu perubahan jumlah anggaran tentang subsidi bahan bakar minyak (BBM) jenis tertentu dalam UU APBNP yang disetujui pemerintah dan DPR sudah melalui persidangan yang terbuka di DPR. Dengan demikian keinginan agar alokasi subsidi BBM dialihkan kepada subsidi lainnya merupakan pilihan kebijakan pemerintah dan DPR, bukan persoalan konstitusionalitas norma.*
- f) Putusan No. 46/PUU-X/2012 berkaitan dengan subsidi BBM dalam UU APBNP 2012 dinyatakan ditolak oleh MK dengan pertimbangan yang sama dengan Putusan Np. 43/PUU-X/2012.*
- g) Putusan No. 53/PUU-X/2012 berkaitan dengan anggaran penanganan Lumpur Lapindo yang dianggarkan dalam UU APBNP 2012 dimohonkan dibatalkan, karena bencana lumpur Lapindo adalah kesalahan perusahaan, sehingga penganggaran oleh negara tidaklah tepat. Dalam*

- putusan tersebut, MK menolak permohonan tersebut, dengan alasan sudah menjadi tanggung jawab negara untuk memberikan kepastian hukum bagi warga yang terkena dampak bencana lumpur Lapindo.*
- h) Putusan No. 58/PUU-X/2012 berkaitan dengan anggaran dalam UU APBNP 2012 yaitu anggaran subsidi BBM, bantuan langsung sementara masyarakat, infrastruktur pedesaan dan kesehatan ditolak oleh MK dengan alasan pertimbangan yang sama dengan putusan-putusan sebelumnya (Putusan No. 43/PUU-X/2012 dan No. 60/PUU-IX/2011).*
  - i) Putusan No. 83/PUU-XI/2013 berkaitan dengan anggaran lumpur Lapindo yang secara dikotomis membedakan antara warga yang tempat tinggalnya di luar peta area terdampak dan yang di dalam peta terdampak. Bagi yang berada di luar peta terdampak menjadi tanggung jawab negara, sehingga dalam UU APBNP 2013 ada mata anggarannya. Sementara bagi yang berada dalam peta terdampak menjadi tanggung jawab PT Lapindo Brantas. Persoalannya ternyata PT Lapindo Brantas tidak juga membayarkan ganti kerugian. Hal ini menimbulkan ketidakadilan karena warga yang berada didalam peta area terdampak justru tidak segera mendapatkan ganti kerugian, padahal mereka yang mengalami kerugian pertama dan yang paling parah. Dalam putusannya MK mengabulkan pengujian UU APBNP 2013 ini dengan alasan pasal-pasal HAM dalam UUD 1945 haruslah dipenuhi.*
  - j) Putusan No. 115/PUU-XII/2014, pemohon meminta adanya anggaran untuk Pulau Buru dalam APBN 2015, namun permohonan dinyatakan gugur karena pemohon meninggal dunia.*
  - k) Putusan No. 132/PUU-XII/2014 berkaitan dengan anggaran subsidi BBM dalam UU APBN 2015, yang kemudian dinyatakan tidak dapat diterima oleh MK karena pemohon tidak memiliki legal standing.*
  - l) Putusan No. 23/PUU-XIII/2015, berkaitan dengan DAU dalam UU APBN 2015 yang tidak tersedia untuk Provinsi Kalimantan Timur yang kemudian dinyatakan tidak dapat diterima oleh MK karena pemohon tidak memiliki legal standing.*
  - m) Putusan No. 63/PUU-XIII/2015, berkaitan dengan APBNP 2015 yang menyediakan anggaran bagi warga terkena dampak lumpur Lapindo. Dalam putusannya MK menolak permohonan pemohon karena telah diputus dalam Putusan No. 83/PUU-XI/2013, dan yang diujikan adalah persoalan implementasi norma bukan konstitusionalitas norma.*
  - n) Putusan No. 91/PUU-XIII/2015, berkaitan dengan penyertaan modal kepada sebuah perusahaan dalam UU APBN 2015 dengan menggunakan skema utang luar negeri. Atas perkara ini, MK menyatakan tidak dapat menerima permohonan karena pemohon tidak memenuhi legal standing.*

Dari empat belas kali pengujian UU APBN berkaitan anggaran non-pendidikan ini, hanya satu yang dikabulkan yakni berkaitan dengan anggaran lumpur Lapindo bagi warga yang tempat tinggalnya di dalam peta area terdampak. Dari sini diperoleh beberapa pelajaran, *pertama*, pengujian UU APBN berkaitan anggaran non-pendidikan menemui kesulitan karena UUD 1945 tidak menentukan secara tegas seperti halnya anggaran pendidikan. *Kedua*, pasal-pasal sebagai batu uji dalam UUD 1945 akan berkaitan dengan Pasal 23 Ayat (1) yakni APBN harus sebesar-besarnya dipergunakan untuk kemakmuran rakyat, dan pasal-pasal lain yang berkaitan dengan jaminan pemenuhan HAM, jaminan sosial maupun hubungan keuangan antara pusat dan daerah yang harus dijalankan secara adil. Persoalan yang muncul dalam berbagai pengujian adalah berkaitan dengan implementasi norma bukan konstusionalitas norma yang membuat MK tidak dapat menerima permohonan pengujian, atau persoalan *open legal policy* yang membuat MK menolak permohonan pengujian. *Ketiga*, berkaitan dengan *legal standing* pemohon yang harus benar-benar mampu menunjukkan kerugian konstusional dalam hal penganggaran dalam APBN. *Keempat*, dalam prosedur pengajuan pengujian UU APBN seharusnya tidak dilakukan di akhir tahun karena sifat hukum UU APBN yang berlaku hanya sekali setahun sehingga UU APBN tahun berjalan akan segera selesai. *Kelima*, MK dalam Putusan No. 83/PUU-XI/2013 berani mengabulkan pengujian UU APBNP 2013 karena adanya persoalan ketidakadilan dalam penganggaran korban lumpur Lapindo. Dalam hal inipun, MK bukan menghapus mata anggaran korban lumpur Lapindo, tetapi justru menambahkan. Karena itu, posisi MK bukan lagi sebagai *negative budgeter* melainkan sudah *positive budgeter*.

### **Mahkamah Konstitusi Dari *Negative Legislature* Menjadi *Negative Budgeter* Bahkan *Positive Budgeter***

Sejarah mencatat penggunaan *judicial review* (JR) telah dimulai sejak sistem hukum Yunani Kuno mengenai konsep hukum yang lebih tinggi mengalahkan hukum yang lebih rendah.<sup>23</sup> Konsep JR tersebut semakin menguat terutama setelah John Marshall memutus perkara *Marbury vs. Madison* di Amerika Serikat<sup>24</sup>, dan pendapat Hans Kelsen yang menyatakan lembaga peradilan memiliki kewenangan

<sup>23</sup> Mauro Cappelletti, "Judicial Review in Comparative Perspective", *California Law Review*, Volume 58 No. 5, Oktober 1970, h. 1021-1022.

<sup>24</sup> Kasus *William Marbury vs Madison* ini merupakan untuk pertama kalinya Mahkamah Agung Amerika Serikat meyakini bahwa UU Federal *unconstitutional*, dan putusan inilah yang menempatkan doktrin *judicial review* ke dalam sistem hukum formal di AS, karena sebelumnya sama sekali tidak dikenal adanya pengujian UU, sebab Konstitusi Amerika Serikat sendiri tidak menentukan bahwa badan peradilan dapat menguji undang-undang yang dihasilkan oleh Congress: "There is no provision in the constitutional that provides that courts may review the acts of Congress". Lihat tulisan Harris G. Warren cs. *Our Democracy at Work*, New York: Prentice-Hall, Engelwoods Cliffs, 1963, h. 334, sebagaimana telah dikutip oleh Sri Soemantri, *Hak Uji Material di Indonesia*, Bandung: IKAPI, 1997, h. 52-53.

membatalkan suatu undang-undang atau menyatakan suatu undang-undang tidak mengikat secara hukum. Sebagaimana telah disebut, Kelsen menyebut kewenangan peradilan ini sebagai *negative legislator*.<sup>25</sup> Lebih lengkap Hans Kelsen mengatakannya sebagai sebagai berikut:<sup>26</sup>

*"The power to examine the laws as to their constitutionality and to invalidate unconstitutional laws may be conferred, as a more or less exclusive function, on a special constitutional court... The possibility of a law issued by legislative organ being annulled by another organ constitutes a remarkable restriction of the former's power. Such a possibility means that there is, besides the positive, a negative legislator. An organ which may be composed according to a totally different principle from that of the parliament elected by the people".*

Gagasan itulah yang kemudian meletakkan keniscayaan akan adanya kekuasaan khusus untuk mengontrol hasil legislasi yang dikeluarkan lembaga legislatif. Kemudian, gagasan ini dibaca oleh Bojan Bugarcic sebagai upaya Hans Kelsen untuk memunculkan legislatif positif (*positive legislature*) yang diperankan oleh parlemen, sedangkan model legislatif negatif (*negative legislature*) diperankan oleh Mahkamah Konstitusi.<sup>27</sup> Bugarcic mengatakan:<sup>28</sup>

*"according to Kelsen, the constitutional court is a "negative legislator" that merely supplements the parliament –the "positive legislator". Kelsen defines "positive legislation" as the typical legislative function of making laws, usually reserved for directly elected parliaments. In contrast, the constitutional courts, as a "negative legislator", primarily monitors the legal acts of the parliament, focusing on the purely abstract issue of the logical compatibility which must exist between statute and the Constitution"*

Dalam konteks Indonesia, maka peranan MK sebagai lembaga yang melakukan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 telah menjadikan MK sebagai *negative legislator*. Selain itu, sebagaimana telah disebutkan, dalam hal MK melakukan pengujian terhadap APBN, terjadi perluasan makna *negative legislature* tidak hanya terhadap norma-norma yang bersifat umum namun juga norma yang bersifat konkret berupa mata anggaran tertentu dalam UU APBN, sehingga posisi MK kemudian juga berperan sebagai *negative budgeter*. Peran ini memposisikan

<sup>25</sup> Hans Kelsen, *loc.cit.*

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> Saldi Isra, *Negative Legislator*, <http://www.saldiisra.web.id/index.php/21-makalah/makalah1/302-negative-legislator.html> diakses 20 September 2016.

<sup>28</sup> Bojan Bugarcic, "Courts as Policy-Makers: Lessons from Transition", *Harvard International Law Journals*, 2001, Vol. 42 Number 1, Winter 2001, h. 256-257.

MK sebagai pihak yang dapat menganulir anggaran tertentu yang telah disepakati antara eksekutif dan legislatif yang tidak sesuai dengan perintah konstitusi.

Dalam perkembangannya beberapa putusan, MK Indonesia ternyata tidak hanya berperan sebagai *negative legislature* bahkan telah berubah peran sebagai *positive legislature*.<sup>29</sup> Hal tersebut tidak lain dengan adanya beragam bentuk putusan MK, yaitu (i) mengabulkan permohonan yang diajukan pemohon secara keseluruhan; (ii) mengabulkan sebagian permohonan yang diajukan pemohon; (iii) mengabulkan permohonan pemohon secara meluas (*ultra petita*), yakni mengabulkan melebihi dari yang dimintakan pemohon; (iv) mengabulkan dengan penundaan pemberlakuannya; dan (v) mengabulkan yang diajukan dengan syarat (*conditionally constitutional* ataupun *conditionally unconstitutional*).<sup>30</sup>

Bentuk pertama, kedua, ketiga, dan keempat dapat berimplikasi pada pembentukan undang-undang yaitu melakukan revisi, mengubah atau sekaligus mengganti dengan undang-undang baru atau dapat juga membuat undang-undang yang baru sama sekali.<sup>31</sup> Sementara itu bentuk kelima model putusan *conditionally constitutional* yang bermakna permohonan ditolak, namun MK memberikan batasan suatu prasyarat yang ditetapkan oleh MK terpenuhi. Artinya, ketika undang-undang yang ditolak tersebut diterjemahkan berbeda dengan yang dimaksud MK, maka dapat dimohonkan *judicial review* kembali untuk dinyatakan inkonstitusional oleh MK.<sup>32</sup> Sedangkan, model *constitutionally unconstitutional* bermakna permohonan diterima, namun MK memberikan batasan suatu prasyarat yang harus dipenuhi, yaitu sepanjang undang-undang tersebut diterjemahkan seperti yang telah diputuskan MK, maka undang-undang tersebut tetap tidak mempunyai kekuatan hukum.<sup>33</sup> Model *conditionally constitutional* maupun *constitutionally unconstitutional* inilah yang sering membuat MK seolah menjadi *positive legislature*. Hal tersebut sangat mungkin terjadi dalam pengujian UU Non-APBN.

<sup>29</sup> Antara lain: pada Putusan "KTP Pemilu" (2009) yang membuat teknis peraturan dalam penggunaan KTP dan Paspor untuk memilih dalam Pemilu; Putusan "Anak Luar Kawin" (2010) yang menambah frasa pasal di dalam UU Perkawinan; Putusan "Masa Jabatan Jaksa Agung" (2010) yang mengisi kekosongan ketentuan di dalam UU Kejaksaan; dan Putusan "Pertanggungjawaban Pidana Anak" (2010) yang menaikkan minimum batas usia dari delapan tahun menjadi dua belas tahun. Lihat Pan Mohamad Faiz, *Relevansi Doktrin Negative Legislator*, Majalah Konstitusi, No. 108, Februari 2016, h. 6 dalam <https://panmohamadfaiz.com/2016/03/17/relevansi-doktrin-negative-legislator/> diakses 24 September 2016. Lihat juga Martitah, *Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature ke Positive Legislature*, Jakarta: Konstitusi Pers, 2013, h. 135.

<sup>30</sup> Saldi Isra, *Pergeseran Fungsi Legislasi (Menguatnya Model Legislasi Parlemen Dalam Sistem Presidensial Indonesia)*, Jakarta: Rajawali Pers, 2010, h. 303.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> Contohnya Putusan MK No. 58-59-60-63/PUU-II/2004 dan 8/PUU-III/2005 tentang Pengujian UU No. 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air.

<sup>33</sup> Saldi Isra, *Op.Cit.*, h. 309.

Dengan posisi sebagai *positive legislature* dalam hal pengujian UU Non-APBN tersebut, dan dibandingkan beberapa putusan MK dalam pengujian UU APBN yang menerima baik sebagian ataupun keseluruhan, seperti dalam anggaran pendidikan yang dari tahun 2005-2008 tidak mencapai 20%, maupun dalam anggaran untuk korban lumpur Lapindo khususnya warga yang tempat tinggalnya berada dalam peta area terdampak, maka MK menyatakan mata anggaran tersebut bertentangan dengan UUD 1945. Bukan dalam arti menghapus atau mengurangi, justru menambahkan mata anggarannya karena tidak sesuai dengan perintah UUD 1945 maupun atas dasar jaminan HAM dalam UUD 1945. Karena itu, jika penambahan norma dalam UU Non-APBN membuat MK disebut sebagai *positive legislature*, maka dalam hal penambahan mata anggaran dalam UU APBN membuat MK disebut sebagai *positive budgeter*.

Dengan demikian telah terjadi pergeseran doktrin terhadap MK yang dahulu dipercaya hanya sebagai *negative legislator*, kini secara nyata dan dalam keadaan tertentu juga telah bertindak sebagai *positive legislator* harus dimaknai juga MK telah menjadi *negative budgeter* dan bahkan *positive budgeter* dalam pengujian UU APBN. Atau dengan meminjam istilah Pan Mohamad Faiz,<sup>34</sup> yang memposisikan MK sebagai *temporary legislator*, artinya perubahan atas norma dan pasal di dalam undang-undang hanya bersifat sementara, sambil menunggu DPR dan Pemerintah merevisi atau mengubah undang-undang yang telah diuji berdasarkan Putusan MK, maka MK pun dapat disebut pula sebagai *temporary budgeter* yang berarti perubahan baik pengurangan maupun penambahan mata anggaran tertentu dalam APBN hanya bersifat sementara sambil menunggu persetujuan Pemerintah dan DPR dalam APBN Perubahan maupun dalam APBN di tahun berikutnya.

Selain itu, kewenangan MK untuk dapat meluruskan UU APBN yang tidak sejalan dengan konstitusi sebenarnya dapat juga dikatakan sebagai *the judicial power of the purse*.<sup>35</sup> Jika Madison hanya menyebut badan legislatif-lah yang memiliki *the power of the purse* karena memiliki hak anggaran (*hak budget*) dalam bentuk memberikan persetujuan atau tidak,<sup>36</sup> maka dengan adanya kewenangan MK untuk membatalkan UU APBN, kekuasaan terhadap anggaran negara tidak

<sup>34</sup> Pan Mohamad Faiz, *Op.Cit.*, h. 7.

<sup>35</sup> Gerald E. Frug menyebutkan peranan penting Mahkamah Agung Amerika Serikat dalam penganggaran negara khususnya saat Kongres absen bertindak dalam perumusan UU APBN. Gerald E. Frug, "The Judicial Power of The Purse", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 126, No. 4, April 1978, h. 787-790. Webb dan Whittington mengatakan perlunya *expanding doctrine* dalam kekuasaan yudisial terhadap penganggaran dengan alasan kebutuhan untuk memenuhi tuntutan konstitusi, lihat G. Gregg Webb dan Keith E. Whittington, "Judicial Independence, The Power of the Purse, and Inherent Judicial Powers", *Juricature*, Vol. 88, No. 1, Juli-Agustus 2004, h. 15.

<sup>36</sup> Madison, *Federalist Paper Number LVIII*, dalam Publius, *The Federalist Papers*, New York: New American Library, 1961, h. 359.

lagi hanya dimiliki oleh eksekutif sebagai pengusul RUU APBN maupun legislatif sebagai pemberi persetujuan, melainkan juga dimiliki oleh yudikatif khususnya jika ada anggaran yang tidak sejalan dengan konstitusi.

### Praktik di Negara Lain

Dalam konteks pengujian UU APBN, peran MK Indonesia sebagai badan peradilan yang mengoreksi anggaran-anggaran dalam APBN yang dianggap bertentangan dengan UUD 1945 adalah sebuah keniscayaan karena dianutnya supremasi konstitusi sehingga MK harus berperan menjaganya (*the guardian of the constitution*). Hal yang sama juga terjadi di beberapa negara yang juga menganut supremasi konstitusi dan meletakkan badan peradilan sebagai penjaganya. Hal tersebut dapat dilihat dalam penelitian yang ditulis oleh Ian Lienert dan Moo-Kyung Jung dalam Jurnal OECD (*Organisation for Economic Co-operation and Development*) yang menyebut lembaga peradilan dapat turut campur dalam persoalan anggaran negara.<sup>37</sup> Dengan mencontohkan negara Jerman, Korea dan Spanyol, Lienert dan Jung menyebut "*the establishment of courts for ensuring constitutionality is laid out in the constitution. In examining draft budget system laws, courts may strike down parts of the laws as adopted by legislatures*".<sup>38</sup>

Bahkan di Amerika Serikat telah ada putusan Mahkamah Agung Amerika Serikat yang membatalkan UU Veto tahun 1996 yang memberikan kewenangan kepada Presiden Amerika Serikat untuk menghilangkan beberapa item anggaran tertentu dari alokasi yang disetujui dalam tagihan pajak.<sup>39</sup> Hal tersebut dinyatakan inkonstitusional oleh Mahkamah Agung Amerika Serikat pada tahun 1998. Sebagai konsekuensinya, seluruh undang-undang tersebut itu dibatalkan. Selain itu, ada pengalaman di Perancis mengenai kewajiban *constitutional review* terhadap undang-undang organik melalui Dewan Konstituante Perancis, yang kemudian menghapus dua pasal dalam UU Anggaran Organik pada tahun 2001 berkaitan dengan persyaratan kantor auditor eksternal sebagai lembaga independen yang memiliki fungsi yudikatif, dinyatakan inkonstitusional.<sup>40</sup>

Lebih lanjut Lienert dan Jung menyebutkan bahwa badan yudikatif dapat berperan dalam hal eksekutif dan legislatif melakukan penganggaran yang tidak

<sup>37</sup> Ian Lienert dan Moo-Kyung Jung, "The Legal Framework for Budget Systems, an International Comparison", *OECD Journal on Budgeting*, Vol. 4 No. 3, 2004, h. 79.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> *Ibid.*, h. 80.

<sup>40</sup> *Ibid.*

sesuai dengan hukum, baik itu dari segi prosedur pembuatan undang-undang anggaran negaranya maupun dalam substansinya berkaitan dengan syarat pembelanjaan maupun denda.<sup>41</sup> Bahkan dalam hal anggaran negara tidak mampu seimbang (*balancing budget*) sesuai dengan perintah konstitusi, maka pengadilan dapat mengintervensi persoalan anggaran negara tersebut.<sup>42</sup>

## KESIMPULAN

Sebagai penutup, penulis mengutip pendapat Mahfud MD saat menjadi Ketua MK dalam Putusan MK No. 138PUU-VII/2009 yang mengatakan, “tidak boleh satu detik pun ada peraturan perundang-undangan yang berpotensi melanggar konstitusi tanpa bisa diluruskan atau diuji melalui pengujian yudisial”.<sup>43</sup> Dengan demikian UU APBN yang berpotensi melanggar konstitusi harus dapat diluruskan dan diuji melalui pengujian yudisial di MK. Hal tersebut menegaskan bahwa MK sebagai *the guardian constitution* harus menjaga anggaran negara agar sesuai dengan amanat konstitusi untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat, baik melalui *negative budgeter* maupun *positive budgeter* sebagai perluasan makna MK sebagai *negative legislature* dan MK sebagai *positive legislature*.

## DAFTAR PUSTAKA

### Buku

Arifin P. Soeria Atmadja, 1986, *Mekanisme Pertanggungjawaban Keuangan Negara Suatu Tinjauan Yuridis*, Jakarta: Gramedia.

Bagir Manan, 2003, *DPR, DPD, MPR dalam UUD 1945 Baru*, Yogyakarta: FH UII Press.

Dian Puji N. Simatupang, 2011, *Paradoks Rasionalitas Perluasan Ruang Lingkup Keuangan Negara dan Implikasinya terhadap Kinerja Keuangan Pemerintah*, Jakarta: Badan Penerbit FH UI.

Hans Kelsen, 2006, *General Theory of Law and State*, with a new introduction by A. Javier Trevinno, New Brunswick (USA) and London (UK): Transaction Publisher.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> Putusan MK No. 138PUU-VII/2009 Tentang Pengujian Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 4 Tahun 2009 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang No. 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, h. 24.

Jimly Asshiddiqie, 2006, *Perihal Undang-Undang*, Jakarta: Setjen dan Kepaniteraan MKRI.

\_\_\_\_\_, 2006, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI.

\_\_\_\_\_, 2008, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, Jakarta: Bhuana Ilmu Populer.

Madison, 1961, *Federalist Paper Number LVIII*, dalam Publius, *The Federalist Papers*, New York: New American Library.

Maria Farida Indrati S, 2007, *Ilmu perundang-undangan (Jenis, Fungsi dan Materi Muatan)*, Buku Ke-1, Yogyakarta: Kanisius.

Martitah, 2013, *Mahkamah Konstitusi: Dari Negative Legislature ke Positive Legislature*, Jakarta: Konstitusi Press (Konpress).

Mei Susanto, 2013, *Hak Budget Parlemen di Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika.

Saldi Isra, 2010, *Pergeseran Fungsi Legislasi (Menguatnya Model Legislasi Parlementer Dalam Sistem Presidensial Indonesia)*, Jakarta: Rajawali Pers.

Sri Soemantri, 1997, *Hak Uji Material di Indonesia*, Bandung: IKAPI.

Warren, Harris G. dkk, 1963, *Our Democracy at Work*, New York: Prentice-Hall, Engelwoods Cliffs.

### **Jurnal dan Artikel Lainnya**

Bojan Bugarcic, 2001, "Courts as Policy-Makers: Lessons from Transition", *42<sup>nd</sup> Harvard International Law Journals*, Vol. 42, No. 1, h. 247-288.

G. Gregg Webb dan Keith E. Whittington, 2004, "Judicial Independence, The Power of the Purse, and Inherent Judicial Powers", *Jucicature*, Vol. 88, No. 1, h. 12-45.

Gerald E. Frug, 1978, "The Judicial Power of The Purse", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 126, No. 4, h. 715-794.

Mauro Cappelletti, 1970, "Judicial Review in Comparative Perspective", *California Law Review*, Volume 58, No. 5, h. 1017-1053.

Ian Lienert dan Moo-Kyung Jung, 2004, "The Legal Framework for Budget Systems, an International Comparison", *OECD Journal on Budgeting*, Vol. 4 No. 3, h. 1-479.

Pan Mohamad Faiz, 2016, *Relevansi Doktrin Negative Legislator*, Majalah Konstitusi, No. 108, dalam <https://panmohamadfaiz.com/2016/03/17/relevansi-doktrin-negative-legislator/> diakses 24 September

Saldi Isra, 2016, *Negative Legislator*, <http://www.saldiisra.web.id/index.php/21-makalah/makalah1/302-negative-legislator.html>, diakses 20 September

### **Peraturan Perundang-undangan**

UUD NRI Tahun 1945

UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 82, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5234).

### **Putusan Pengadilan**

Putusan MK No. 012/PUU-III/2005 tentang Pengujian UU No. 36 Tahun 2004 tentang APBN 2005.

Putusan MK No. 026/PUU-III/2005 tentang Pengujian UU No. 12 Tahun 2005 tentang APBN 2006.

Putusan MK No. 26/PUU-IV/2006 tentang Pengujian UU No. 18 Tahun 2006 tentang APBN 2007.

Putusan MK No. 024/PUU-V/2007 tentang Pengujian UU No. 20 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional dan UU No. 18 Tahun 2006 tentang APBN 2007.

Putusan MK No. 09/PUU-VI/2008 tentang Pengujian UU No. 45 Tahun 2007 tentang APBN 2008.

Putusan MK No. 13/PUU-VI/2008 tentang Pengujian UU No. 16 Tahun 2008 tentang APBNP 2008.

Putusan MK No. 138/PUU-VII/2009 tentang Pengujian Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 4 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

Putusan MK No. 57/PUU-VIII/2010 tentang Pengujian UU No. 2 Tahun 2010 tentang APBNP 2010.

Putusan MK No. 60/PUU-IX/2011 tentang Pengujian UU No. 10 Tahun 2010 tentang APBN 2011 *juncto* UU No. 11 Tahun 2011 tentang APBNP 2011.

Putusan MK No. 13/PUU-X/2012, 42/PUU-X/2012, 43/PUU-X/2012, dan 46/PUU-X/2012 tentang Pengujian UU No. 4 Tahun 2012 tentang APBNP 2012.

Putusan MK No. 53/PUU-X/2012 tentang Pengujian UU No. 22 Tahun 2011 tentang APBN 2012.

Putusan MK No. 58/PUU-X/2012 tentang Pengujian UU No. 22 Tahun 2011 tentang APBN 2012 dan UU No. 4 Tahun 2012 tentang APBNP 2012.

Putusan MK No. 83/PUU-XI/2013 tentang Pengujian UU No. 15 Tahun 2013 tentang APBNP 2013.

Putusan MK No. 115/PUU-XII/2014, 132/PUU-XII/2014, 23/PUU-XIII/2015 tentang Pengujian UU No. 27 Tahun 2014 tentang APBN 2015.

Putusan MK No. 63/PUU-XIII/2015 dan 91/PUU-XIII/2015 tentang Pengujian UU No. 3 Tahun 2015 tentang APBNP 2015.

# **Pergeseran Pembatasan Hak Pilih dalam Regulasi Pemilu dan Pilkada**

## ***The Shift of the Limitation of Suffrage in General and Local Elections Regulations***

**Khairul Fahmi**

Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada  
Jl. Sosio Yustisia No. 1, Bulaksumur, Yogyakarta 55281  
E-mail: fahmihukum@gmail.com

Naskah diterima: 28/08/2016 revisi: 1/11/2017 disetujui: 27/11/2017

### **Abstrak**

Hak memilih dan dipilih merupakan hak konstitusional warga negara yang diakui sebagai bagian dari hak atas kedudukan yang sama dalam hukum dan pemerintahan sebagaimana dijamin UUD 1945. Sebagai hak konstitusional, jaminan pelaksanaan hak tersebut diatur dalam Undang-Undang terkait pemilu anggota legislatif, pemilu Presiden dan Wakil Presiden maupun pemilihan kepala daerah. Pengaturan hak itu berada diantara dua paradigma yang saling tolak tarik. Dengan menggunakan metode penelitian hukum normatif, kajian ini mendalami pergeseran paradigma pengaturan hak dimaksud. Pembentuk undang-undang berangkat dari paradigma bahwa hak tersebut harus dibatasi, termasuk dengan menggunakan alasan-alasan objektif demi menghasilkan pejabat publik yang berintegritas dan pemilu yang *fair*. Dalam perjalanannya, melalui proses pengujian undang-undang, paradigma dimaksud justru digeser ke arah menghilangkan pembatasan yang demikian, karena dinilai melanggar hak konstitusional warga negara. Pergeseran yang terjadi berimplikasi pada hadirnya produk legislasi pemilu yang cenderung lebih liberal. Di mana, pembatasan hak pilih hanya boleh dilakukan berdasarkan alasan ketidakcakapan. Sementara aspek lain yang dinilai sebagai batasan untuk menghasilkan pejabat politik yang profesional dan tidak cacat moral tidak boleh lagi diadopsi sebagai alasan pembatasan. Dengan begitu, siapapun yang akan terpilih,

memiliki cacat moral/hukum atau tidak, semua tergantung kepada pemilih yang memegang hak suara. Undang-Undang sebagai produk hukum tidak lagi dapat digunakan sebagai instrumen untuk menyaring calon-calon pejabat politik yang dipilih melalui pemilu.

**Kata kunci :** Pembatasan, Hak Memilih dan Dipilih, Pemilu dan Pilkada.

### **Abstract**

*The right to vote and the right to be a candidate are citizens' constitutional rights, recognized as part of the right to be equal before the law and government; secured in the Indonesian constitution of UUD 1945. As constitutional rights, the guarantee on the exercise of these rights is regulated in related Laws on the elections of legislative members, president-vice president, and regional election. The regulation on these rights lies between two ever-tugging paradigms. By means of normative legal method, this Study explores the shift of the paradigm on the regulation of the said rights. Legal drafters stand on the paradigm that says these rights ought to be limited, including by applying objective excuses that are meant to create integrity public officials and fair election. In implementation, by means of judicial review, such paradigm is – in fact – shifted to the omission of such paradigm for the limitation is deemed as a violation to the citizens' constitutional rights. The occurring shift creates an implication to the existence of election legislations that are inclined to be more liberal, where the limitation of suffrage and candidate eligibility can only be exercised in the case of incompetence. Whereas other aspects that are rated as limitations to the yielding of professional and morally-flawless political officials may no longer be adopted as excuses for the limitation. Hence, whoever wins the vote, whether s/he is morally or lawfully-flawed, will depend on the bearers of suffrage. The Laws as legal products may no longer be applicable for use as instruments to sift candidates of political officials that are elected through elections.*

**Keywords:** *Limitation, Suffrage and Candidate Eligibility, General and Local Election.*

## **PENDAHULUAN**

### **A. Latar Belakang**

Saat dilakukan perubahan terhadap Undang-Undang Dasar 1945, pemilu sebagai mekanisme pelaksanaan kedaulatan rakyat diadopsi secara khusus di dalamnya, yaitu dalam Bab VIII B tentang Pemilihan Umum. Dimuatnya pemilu seiring dengan diubahnya rumusan Pasal 1 ayat (2) UUD 1945<sup>1</sup> menutup ruang dilakukannya pengisian jabatan anggota DPR, DPD dan DPRD melalui

<sup>1</sup> Sebelum perubahan UUD 1945, Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 menyatakan: Kedaulatan adalah di tangan rakyat dan dilakukan sepenuhnya oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat. sesudah perubahan, rumusan tersebut menjadi: Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar.

pengangkatan oleh Presiden seperti yang pernah dikemukakan Muhammad Yamin.<sup>2</sup> Praktik pengisian jabatan anggota DPR dan DPRD melalui pengangkatan pernah dipraktikkan pada Era Orde Lama maupun Orde Baru.<sup>3</sup> Dengan mengatur pemilu sebagai mekanisme melaksanakan kedaulatan rakyat, UUD 1945 memberi batas demarkasi yang jelas, sehingga tidak tersedia ruang untuk mengurangi hak rakyat menentukan siapa yang akan memerintah dan hak rakyat untuk turut berkontestasi merebut kekuasaan melalui pemilu. Artinya, UUD 1945 menempatkan pemilu sebagai ukuran *shahih* menentukan berjalan atau tidaknya demokrasi<sup>4</sup> sebagai pengejawantahan hak setiap warga negara untuk diberi kesempatan yang sama dan efektif dalam memilih<sup>5</sup> dan untuk dipilih.

Sebagai sarana sekaligus ukuran dilaksanakan atau tidaknya kedaulatan rakyat, hakikat pemilihan umum adalah pengakuan atas keberadaan hak memilih dan hak untuk dipilih setiap warga negara. Setiap warga negara memiliki kesempatan yang sama (adil) untuk berpartisipasi mengajukan diri sebagai anggota DPR, DPD, Presiden dan Wakil Presiden, DPRD dan kepala daerah. Selain itu, juga memiliki hak dan kesempatan yang sama untuk menentukan pilihannya secara bebas dalam proses pemilihan.

Hanya saja, berbagai peraturan perundang-undangan terkait pemilihan umum tetap mengatur berbagai pembedaan dan pembatasan terkait pelaksanaan hak memilih dan dipilih. Ketika seorang warga negara hendak mengajukan diri sebagai kontestan dalam pemilu maupun ketika hendak ikut memberikan suara, ia harus memenuhi syarat pembedaan dan pembatasan yang ditentukan undang-undang. Pengaturan pembedaan dan pembatasan dimaksud akan berimplikasi pada adanya warga negara yang tidak dapat mengajukan diri sebagai kandidat dan adanya warga negara yang tidak dapat menggunakan hak pilihnya.

Pembedaan sebagaimana dimaksud di atas berkenaan dengan pengaturan persyaratan yang membedakan warga negara yang satu dengan yang lain sesuai kondisi atau status sosial, budaya dan gender yang dimiliki. Pembedaan mana salah satunya menghasilkan kebijakan afirmatif. Sementara pembatasan berhubungan dengan pembatasan terhadap hak-hak tertentu karena alasan yang dibenarkan

<sup>2</sup> Yusril Ihza Mahendra, *Dinamika Tata Negara Indonesia, Kompilasi Aktual Masalah Konstitusi Dewan Perwakilan dan Sistem Kepartaian*, Jakarta: Gema Insani Press, 1996, h. 204.

<sup>3</sup> Hendamin Ranadireksa, *Dinamika Konstitusi Indonesia (Edisi Kedua)*, Bandung: Penerbit Fokusmedia, 2009, h. 71 dan 76.

<sup>4</sup> Khairul Fahmi, *Pemilihan Umum dan Kedaulatan Rakyat*, Jakarta: Rajawali Pers, 2011, h. 36.

<sup>5</sup> Robert Dahl, *Perihal Pemilu, Menjelajahi Teori dan Praktek Demokrasi secara Singkat*, diterjemahkan oleh A Rahman Zainuddin, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2001, h. 132.

dalam kerangka mewujudkan kesempatan berpartisipasi yang sama dalam pemilu dan pilkada.

Pembedaan dan pembatasan tersebut dapat dibaca dalam sejumlah undang-undang terkait pemilu dan pilkada yang diterbitkan setelah perubahan UUD 1945. Perubahan mana telah terjadi secara sangat dinamis. Putusan-putusan pengujian undang-undang yang dilakukan Mahkamah Konstitusi menjadi salah satu faktor dinamisasi<sup>6</sup> yang mendorong terjadinya pergeseran pengaturan hak memilih dan dipilih warga negara dalam regulasi pemilu dan pilkada.

## **B. Perumusan Masalah**

Berdasarkan uraian di atas, permasalahan yang hendak ditelaah lebih jauh adalah bagaimana pergeseran pengakuan dan jaminan hak pilih (hak memilih dan dipilih) dalam peraturan perundang-undangan yang ada dan putusan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945. Permasalahan tersebut diturunkan ke dalam beberapa pertanyaan penelitian berikut :

1. Bagaimana pembedaan dan pembatasan hak memilih dan dipilih dalam peraturan perundang-undangan dan putusan MK?
2. Bagaimana pergeseran pengaturan hak memilih dan dipilih tersebut melalui pengujian peraturan perundang-undangan oleh MK?

## **C. Metode Penelitian**

Penelitian ini merupakan penelitian hukum. Menurut F. Sugeng Istanto, penelitian hukum adalah penelitian yang diterapkan atau diberlakukan khusus pada ilmu hukum.<sup>7</sup> Menurut jenis, sifat dan tujuannya penelitian hukum dibedakan atas penelitian hukum normatif dan penelitian hukum empiris.<sup>8</sup> Jenis yang digunakan dalam penelitian ini adalah penelitian hukum normatif (*juridic normative*). Sebab, penelitian ini dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder belaka.<sup>9</sup>

Bahan pustaka dimaksud berupa: bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier.<sup>10</sup> Bahan hukum primer berupa peraturan perundang-

<sup>6</sup> Munafrizal Manan & Choludin Nasir, *Kompilasi Putusan Pengujian UU Oleh MK, Putusan yang Dikabulkan Tahun 2003-2015*, Biro Rekrutmen, Advokasi dan Peningkatan Kapasitas Hakim, Jakarta: Komisi Yudisial RI, 2015, h. 29.

<sup>7</sup> F. Sugeng Istanto, *Penelitian Hukum*, CV. Ganda, Yogyakarta, 2007, h. 29. Saldi Isra, *Pergeseran Fungsi Legislasi dalam Sistem Pemerintahan Indonesia Setelah Perubahan Undang-Undang Dasar 1945*, Disertasi Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 2009, h. 141.

<sup>8</sup> Bambang Waluyo, *Penelitian Hukum dalam Praktik*, Jakarta: Sinar Grafika, 2002, h. 13.

<sup>9</sup> Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Jakarta: Rajagrafindo Persada, 2006, h. 13.

<sup>10</sup> *Ibid.*, h. 13.

undangan terkait pemilihan umum dan pemilihan kepala daerah, dan putusan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian undang-undang terkait pemilu dan pilkada.

Analisis data dilakukan dengan menelusuri syarat-syarat penggunaan hak memilih maupun hak dipilih dalam undang-undang terkait pemilu dan pilkada serta syarat-syarat yang diuji melalui pengujian undang-undang oleh MK. Selanjutnya data-data tersebut dikaji secara kritis menggunakan perspektif keadilan pemilu, dan perspektif peran hukum dalam mengawal pemilu sebagai instrumen demokrasi.

## PEMBAHASAN

### A. Pembedaan Hak untuk Dipilih

Terkait pembedaan dan pembatasan mengenai syarat untuk menjadi calon atau peserta pemilu (*right to be candidate*), Undang-Undang mengatur persyaratan sesuai konteks kepesertaan pemilu. Dalam hal peserta pemilu adalah partai politik, pengaturan syarat kepesertaan tidak hanya terhadap partai politik calon peserta pemilu, melainkan juga diatur syarat untuk menjadi calon anggota legislatif yang akan diajukan partai politik. Khusus persyaratan untuk diajukan sebagai bakal calon anggota DPR, DPRD Propinsi dan DPRD Kabupaten/Kota, Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah menentukan 16 syarat yang mesti dipenuhi warga negara.<sup>11</sup> Enam belas persyaratan dimaksud mesti ada sehingga hak untuk menjadi calon dalam pemilu dapat diakomodasi dalam pemilu anggota DPR dan DPRD. Syarat yang hampir sama juga berlaku bagi setiap warga negara yang hendak mengajukan diri sebagai calon anggota Dewan Perwakilan Daerah.<sup>12</sup>

Demikian juga bagi yang hendak diajukan atau mengajukan diri sebagai calon Presiden dan Wakil Presiden. Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden mengatur sejumlah persyaratan. Ada 18 persyaratan<sup>13</sup> sebagai calon Presiden atau Wakil Presiden. Tidak jauh berbeda, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2015 sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2015 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati dan Walikota, juga diatur pembatasan atau syarat-syarat yang harus dipenuhi ketika

<sup>11</sup> Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah.

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

<sup>13</sup> Pasal 5 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden.

hendak mencalonkan diri sebagai calon kepala daerah. Dalam Undang-Undang tersebut diatur, setiap calon kepala daerah harus memenuhi 21 persyaratan yang ditentukan.<sup>14</sup>

Dari semua persyaratan yang ditentukan dalam Undang-Undang terkait pemilu yang berlaku setelah perubahan Undang-Undang Dasar 1945, terdapat sejumlah persyaratan yang mendapatkan perhatian serius karena dinilai kontroversial yaitu:

1. bukan bekas anggota organisasi terlarang Partai Komunis Indonesia, termasuk organisasi massanya, atau bukan orang yang terlibat langsung ataupun tak langsung dalam G30S/PKI, atau organisasi terlarang lainnya;<sup>15</sup>
2. tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih;<sup>16</sup>
3. mengundurkan diri sebagai kepala daerah, wakil kepala daerah, direksi, komisaris, dewan pengawas dan karyawan pada badan usaha milik negara dan/atau badan usaha milik daerah atau badan lain yang anggarannya bersumber dari keuangan negara, yang dinyatakan dengan surat pengunduran diri yang tidak dapat ditarik kembali;<sup>17</sup>
4. mengundurkan diri sebagai anggota Tentara Nasional Indonesia, Kepolisian Negara Republik Indonesia, dan Pegawai Negeri Sipil sejak mendaftarkan diri sebagai calon;<sup>18</sup>
5. mengundurkan diri sejak pendaftaran bagi kepala daerah dan/atau wakil kepala daerah yang masih menduduki jabatannya.<sup>19</sup>
6. tidak memiliki konflik kepentingan dengan petahana.<sup>20</sup>
7. pemberian suara dan penentuan perolehan suara menggunakan cara pemilihan kolektif dengan tata cara kesepakatan dan noken.<sup>21</sup>

Berbagai pembatasan maupun perlakuan berbeda bagi warga negara yang menjadi bakal calon peserta pemilu dan pilkada sesungguhnya ditujukan agar

<sup>14</sup> Pasal 7 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2015 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati dan Walikota.

<sup>15</sup> Pasal 60 huruf g Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2003, Pasal 5 huruf q Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilu Presiden dan Wakil Presiden.

<sup>16</sup> Pasal 51 ayat (1) huruf g Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012, Pasal 5 huruf n Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008, Pasal 7 huruf g Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2015.

<sup>17</sup> Pasal 51 ayat (1) huruf k Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012.

<sup>18</sup> Pasal 7 huruf s Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2015.

<sup>19</sup> Pasal 58 huruf q Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.

<sup>20</sup> Pasal 7 huruf r Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2015.

<sup>21</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 47-81/PHPU.A/II/2009 terkait Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Bupati dan Wakil Bupati Kabupaten Yahukimo, paragraf 3.24.

dalam pemilu dan pilkada terjaring pemimpin-pemimpin atau pemangku jabatan publik yang baik, memiliki integritas, kapasitas, moral yang memadai, mendapatkan kepercayaan dari masyarakat.<sup>22</sup> Pemilu sebagai mekanisme pengisian jabatan politik mesti dijadikan sarana untuk menjaring pemimpin atau pejabat publik yang benar-benar bersih, berwibawa, jujur, dan memiliki integritas moral yang terjaga.<sup>23</sup>

Terkait pembatasan bagi warga negara yang terlibat secara langsung atau tidak dengan PKI sebagai organisasi terlarang misalnya, syarat dimaksud ditujukan untuk melaksanakan Ketetapan MPR Nomor XXV/MPRS/1966 tentang Pembubaran Partai Komunis Indonesia, Pernyataan Sebagai Organisasi Terlarang di Seluruh Wilayah Negara Republik Indonesia bagi Partai Komunis Indonesia dan Larangan Setiap Kegiatan Untuk Menyebarkan atau Mengembangkan Fahaman atau Ajaran Komunisme/ Marxisme-Leninisme sebagai aturan yang secara tegas melarangnya ajaran maxisme, leninisme dan komunisme.<sup>24</sup> Artinya pembatasan tersebut merupakan kebijakan nasional dan kenyataan sejarah bangsa Indonesia bahwa Partai Komunis Indonesia telah melakukan pengkhianatan terhadap bangsa dan negara Republik Indonesia.<sup>25</sup> Dengan demikian, pembatasan bagi yang terlibat secara langsung atau tidak dengan PKI ditujukan agar dalam pemilihan umum tidak terpilih warga negara yang sebelumnya pernah terlibat dalam kegiatan yang dikategorikan mengkhianati negara.

Demikian pula dengan syarat lainnya seperti tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih. Syarat itu dimaksud agar calon yang menduduki jabatan publik atau pejabat publik memiliki *track record* yang tidak tercela sebagai standar moral tertentu yang mesti dipenuhi oleh seorang pejabat publik.<sup>26</sup> Pada saat yang sama, syarat tersebut juga ditujukan untuk menjaga komitmen politik pemerintah dalam meningkatkan kualitas penyelenggaraan dan hasil pemilu dan pilkada.<sup>27</sup>

<sup>22</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 42/PUU-XIII/2015 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2015 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2015 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2014 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota Menjadi Undang-Undang, h. 59.

<sup>23</sup> *Ibid.*, h. 60.

<sup>24</sup> Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, *Risalah Rapat Panitia Khusus RUU tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah*, Sekretariat Jenderal DPR RI, Jakarta 26 September 2007, h. 6.

<sup>25</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 011-017/PUU-II/2003 terkait Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah terhadap UUD 1945, h. 23.

<sup>26</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 42/PUU-XIII/2015, *Op.Cit.*, h. 60.

<sup>27</sup> *Ibid.*, h. 61

Pertimbangan yang hampir sama juga mendasari munculnya syarat bahwa seorang calon kepala daerah harus mundur dari jabatan sebagai kepala daerah dan juga tidak boleh memiliki konflik kepentingan dengan petahana. Syarat mengundurkan diri sebagai kepala daerah (*incumbent/petahana*) semata-mata ditujukan untuk menghindari penyalahgunaan kekuasaan/kewenangan (*abuse of power*) dan untuk mewujudkan iklim persaingan yang sehat dan setara (*fairness*) di antara calon kepala daerah dan wakil kepala daerah yang lain.<sup>28</sup> Syarat mundurnya petahana diyakini akan melahirkan beberapa hal positif, yaitu:<sup>29</sup> *pertama*, membuka ruang kemandirian dan netralitas birokrasi; *kedua*, akan berdampak pada pemosisian persaingan dalam pilkada agar berjalan secara sehat dan *fair*; *ketiga*, netralitas penyelenggara dan penyelenggaraan pilkada; *keempat*, terjaminnya akuntabilitas pemerintahan yang sedang berjalan.

Dengan persyaratan tersebut, peluang untuk menggunakan fasilitas-fasilitas negara untuk kepentingan pribadi, mengerahkan/mengikutsertakan Pegawai Negeri Sipil (PNS) untuk ikut serta berkampanye bagi kepala daerah dan wakil kepala daerah yang sedang menjabat dapat dihindari.<sup>30</sup> Pada saat yang sama, dengan telah mengundurkan diri, maka akan tersedia kesempatan dan keleluasaan yang cukup bagi kepala daerah yang mengikuti pemilihan kepala daerah dalam mempersiapkan diri guna mencalonkan kembali menjadi kepala daerah.<sup>31</sup>

Demikian juga dengan persyaratan tidak menjadi anggota TNI dan Polri. Munculnya persyaratan tersebut salah satunya dilatarbelakangi komitmen politik pemerintah untuk meningkatkan kualitas penyelenggaraan dan hasil pemilu.<sup>32</sup> Lagi pula, anggota TNI dan Polri sama halnya dengan pegawai negeri sipil merupakan jabatan profesi yang sifatnya profesional, dan merupakan pilihan karir.<sup>33</sup> Sehingga keikutsertaannya sebagai kontestan pemilu harus dibedakan dengan warga negara lainnya serta juga harus mengikuti pembatasan-pembatasan yang ditentukan pembentuk undang-undang.

<sup>28</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 17/PUU-VI/2008 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah dan Undang-Undang Nomor 12 tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia h. 25.

<sup>29</sup> Irvan Mawardi, *Pemilu dalam Cengkraman Oligarki (Fenomena Kegagasan Demokrasi Prosedural)*, Pusat Kajian Politik, Demokrasi dan Perubahan Sosial, Makasar, 2011, h. 95-96.

<sup>30</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 17/PUU-VI/2008, *Op.cit.*, h. 25.

<sup>31</sup> *Ibid.*, h. 23

<sup>32</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-XIII/2015 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2015 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2015 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2014 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota Menjadi Undang-Undang, h. 60.

<sup>33</sup> *Ibid.*, h. 60.

## B. Perbedaan Hak untuk Memilih

Selanjutnya terkait hak memilih (*right to vote*), setiap warga negara yang akan memberikan hak pilihnya juga harus memenuhi syarat-syarat yang ditentukan, seperti berumur 17 tahun atau sudah pernah kawin,<sup>34</sup> terdaftar sebagai pemilih,<sup>35</sup> bukan anggota Tentara Nasional Indonesia dan anggota kepolisian Negara Republik Indonesia,<sup>36</sup> tidak sedang dicabut hak pilihnya,<sup>37</sup> dan syarat-syarat lain yang ditentukan undang-undang. Persyaratan-persyaratan tersebut ada yang bersifat administratif dan ada pula yang bersifat substantif. Syarat administratif seperti terdaftar sebagai pemilih dan sudah berumur 17 tahun atau sudah pernah kawin. Sedangkan syarat substantif seperti bukan anggota TNI dan Polri dan tidak sedang dicabut hak pilihnya. Artinya, warga negara yang berprofesi sebagai anggota TNI dan Polri tidak dapat menggunakan hak pilihnya dalam pemilu. Pembatasan terhadap hak pilih warga negara yang berkedudukan sebagai anggota TNI dan Polri merupakan salah satu poin penting yang mendapat perhatian khusus.

Setelah perubahan UUD 1945, pembatasan terhadap hak pilih anggota TNI dan Polri pertama kali diintroduksi dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah. Dalam Pasal 145 Undang-Undang tersebut dinyatakan, "*Dalam Pemilu tahun 2004, anggota Tentara Nasional Indonesia dan anggota Kepolisian Negara Republik Indonesia tidak menggunakan hak memilihnya*". Rumusan yang hampir sama juga dinyatakan dalam Pasal 102 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden. Pasal 102 Undang-Undang Pemilu Presiden menyatakan, "*Dalam Pemilu Presiden dan Wakil Presiden Tahun 2004, anggota Tentara Nasional Indonesia dan anggota Kepolisian Negara Republik Indonesia tidak menggunakan hak memilihnya*". Sesuai ketentuan tersebut, pada Pemilu 2004 anggota TNI dan Polri sekalipun mereka merupakan warga negara, namun hak pilih mereka tidak dapat digunakan karena adanya pembatasan oleh Undang-Undang.

Dalam perkembangannya, pembatasan terhadap penggunaan hak pilih anggota TNI dan Polri juga diatur kembali dengan rumusan yang sama dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Pemilihan

<sup>34</sup> Pasal 19 ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012, Pasal 27 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilu Presiden dan Wakil Presiden

<sup>35</sup> Pasal 20 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012, Pasal 28 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilu Presiden dan Wakil Presiden, dan Pasal 57 ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2015

<sup>36</sup> Pasal 326 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012, Pasal 260 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilu Presiden dan Wakil Presiden

<sup>37</sup> Pasal 14 ayat (2) huruf b Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2003

Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah<sup>38</sup> dan Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden<sup>39</sup> yang dijadikan landasan hukum penyelenggaraan pemilihan umum tahun 2009. Begitu juga dalam Pemilu 2014, anggota TNI dan Polri juga tidak diperkenankan menggunakan hak pilihnya sesuai Pasal 326 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah. Begitu juga dalam Pemilu Presiden dan Wakil Presiden Tahun 2014 yang pelaksanaannya didasarkan pada Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008, anggota TNI dan Polri tidak menggunakan hak pilihnya. Sekalipun Pasal 260 Undang-Undang tersebut hanya membatasi penggunaan hak pilih anggota TNI dan Polri untuk Pemilu Presiden dan Wakil Presiden Tahun 2009, namun ketentuan tersebut dinyatakan konstitusional bersyarat oleh Mahkamah Konstitusi melalui Putusan Nomor 22/PUU-XII/2014<sup>40</sup> terkait Pengujian Pasal 260 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden.

Pembatasan hak pilih anggota TNI dan Polri juga diterapkan dalam pemilihan umum kepala daerah dan Wakil Kepala Daerah. Hal itu secara tegas dinyatakan dalam Pasal 230 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah bahwa, "*Anggota Tentara Nasional Indonesia dan anggota Kepolisian Negara Republik Indonesia tidak menggunakan hak memilihnya dalam pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah sepanjang belum diatur dalam undang-undang.*

Ketika Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004, khususnya terkait pemilihan kepala daerah diatur dalam Undang-Undang tersendiri, yaitu Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2014 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati dan Walikota, pengaturan tentang pembatasan hak pilih anggota TNI dan Polri tidak lagi diatur. Begitu juga ketika Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2014 dicabut melalui Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2014 yang kemudian disahkan menjadi Undang-Undang melalui Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2015, pengaturan pembatasan hak pilih anggota TNI Polri juga tidak diatur.

Dengan demikian, sesuai ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku hari ini, pembatasan penggunaan hak pilih anggota TNI dan Polri

<sup>38</sup> Pasal 318 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah.

<sup>39</sup> Pasal 260 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden.

<sup>40</sup> MK : Anggota TNI-Polri Tak Punya Hak Pilih dalam Pilpres, <http://nasional.kompas.com/read/2014/05/28/1226045/MK.Anggota.TNI.Polri.Tak.Punya.Hak.Pilih.dalam.Pilpres>, diakses tanggal 15 Januari 2016.

dilakukan dalam Pemilu Anggota DPR, DPD dan DPRD, dan pemilu Presiden dan Wakil Presiden. Sedangkan untuk pemilihan kepala daerah serentak tahun 2015, pembatasan hak pilih anggota TNI dan Polri tidak lagi dilakukan.

Hanya, secara faktual sekalipun hak pilih anggota TNI dan Polri tidak dilarang untuk digunakan dalam Pemilu 2014 dan pilkada serentak 2015, anggota TNI dan Polri tetap saja tidak menggunakan hak pilih. Dengan demikian, luputnya pengaturan pembatasan hak pilih dalam Undang-Undang Pilkada lebih karena faktor kelalaian dalam merumuskannya dalam Undang-Undang yang baru.<sup>41</sup> Sementara pilihan kebijakan yang diambil oleh pembentuk undang-undang sesungguhnya masih berada pada ranah membatasi hak pilih anggota TNI dan Polri dalam pemilu dan pilkada.<sup>42</sup>

Merujuk Pasal 39 angka 4 Undang-Undang Nomor 34 Tahun 2004 tentang Tentara Nasional Indonesia, Prajurit dilarang terlibat dalam kegiatan dipilih menjadi anggota legislatif dalam pemilihan umum dan jabatan politis lainnya. Artinya, larangan hanya ditujukan pada keterlibatan dalam menggunakan hak dipilih (*right to be a candidate*), bukan hak untuk memilih. Lalu, mengapa hak pilih anggota TNI dan Polri mesti dibatasi? Salah satu alasan yang dapat dilacak, pembatasan keterlibatan anggota TNI dan Polri dalam pemilu, baik untuk menggunakan hak pilih maupun hak memilihnya adalah untuk membangun dan mengembangkan TNI secara profesional sesuai kepentingan politik negara yang mengacu pada nilai dan prinsip demokrasi, supremasi sipil, hak asasi manusia, ketentuan hukum nasional dan internasional yang telah diratifikasi.<sup>43</sup> Pada saat yang sama, pembatasan hak memilih dan dipilih anggota TNI dan Polri juga ditujukan untuk menjaga independensi penyelenggaraan pemilu.<sup>44</sup>

### C. Pergeseran Batas Pembedaan Hak Pilih dan Konsekuensinya

Terkait pembatasan maupun pembedaan hak pilih antar warga negara, baik dalam penggunaan hak dipilih maupun hak memilih sebagaimana diuraikan di atas sesungguhnya dapat dibenarkan secara konstitusional. Hal itu didasarkan pada ketentuan Pasal 28J ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik

<sup>41</sup> Hal yang sama juga terjadi dalam Pemilu Presiden dan Wakil Presiden Tahun 2014. Ketika pelaksanaan Pemilu Presiden dan Wakil Presiden Tahun 2014 didasarkan pada Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008, jika hak pilih anggota TNI dan Polri tetap ingin dibatasi, seharusnya dilakukan perubahan terhadap Pasal 260 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008. Hanya saja, pembentukan undang-undang tidak melakukannya, melainkan justru terjadi melalui proses pengujian undang-undang oleh masyarakat sipil melalui Mahkamah Konstitusi.

<sup>42</sup> Risalah Sidang Perkara Nomor 22/PUU-XII/2014 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden Terhadap Undang-Undang Dasar 1945. Jakarta: Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2014, h. 3.

<sup>43</sup> Penjelasan Umum Undang-Undang Nomor 34 Tahun 2004 tentang Tentara Nasional Indonesia.

<sup>44</sup> Wahyudi Djafar: Belum Saatnya TNI/Polri Bisa Memilih, <http://www.rumahpemilu.org/in/read/6049/Wahyudi-Djafar-Belum-Saatnya-TNI/Polri-Bisa-Memilih>, diakses tanggal 15 Januari 2016.

Indonesia. Hanya saja, pembedaan dan pembatasan kebebasan seseorang dengan undang-undang haruslah didasarkan atas alasan-alasan yang kuat, masuk akal dan proporsional serta tidak berlebihan.<sup>45</sup> Pembatasan hak dan kebebasan hanya dapat dibenarkan apabila diperlukan demi melindungi kebebasan lainnya dari kelompok yang kurang beruntung.<sup>46</sup> Sementara, pembedaan dapat dibenarkan dalam rangka memenuhi hak atas kesempatan yang sama untuk berpartisipasi dalam pemilu. Dalam konteks itu, pembatasan dan pembedaan hanya boleh dilakukan untuk semata-mata menjamin hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam masyarakat sesuai ketentuan Pasal 28J UUD 1945 di atas.

Oleh karena itu, sejumlah pembatasan hak pilih sebagaimana diuraikan di atas sesungguhnya memiliki landasan konstitusional. Apalagi praktik politik dinasti yang korup, terpilihnya pemimpin politik di pusat maupun daerah yang tidak benar-benar bersih, berwibawa, jujur, memiliki integritas moral yang terjaga dan tidak pernah mengkhianati negara menjadi alasan penting diaturnya pembatasan-pembatasan bagi warga negara yang akan dipilih dalam pemilu maupun pilkada.

Secara teoritik, pembedaan dan pembatasan tersebut juga mendapatkan alasan pembenar. Salah satunya menurut teori keadilan yang dikemukakan John Rawls. Dalam *A Theory of Justice* ia mengemukakan dua prinsip keadilan sebagai berikut :<sup>47</sup>

*"First: each person is to have an equal right to the most extensive scheme of equal basic liberties compatible with a similar scheme of liberties for others. Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone's advantage, and (b) attached to positions and offices open to all".*

Dalam mewujudkan keadilan sebagai *fairness*, terkait pembedaan dan pembatasan kebebasan, John Rawls menekankan bahwa pembatasan memang dapat mengakibatkan ketidaksamaan dalam kebebasan politik, namun ketidaksamaan ini diperbolehkan apabila hal itu penting demi terjaminnya kebebasan dari kelompok yang kurang beruntung.<sup>48</sup> Dalam konteks itu, pembatasan-pembatasan tertentu yang diintroduksi ke dalam Undang-Undang dapat dibenarkan sepanjang dimaksudkan untuk menjamin hak atas partisipasi politik yang sama bagi semua warga negara yang berbeda latar belakang dan sumber daya yang dimilikinya.

<sup>45</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 011-017/PUU-I/2003, *Op.cit.*, h. 35.

<sup>46</sup> Andre Ata Ujan, *Keadilan dan Demokrasi Telaah Filsafat Politik John Rawls*, Yogyakarta: Penerbit Kanisius, 2001, h. 105.

<sup>47</sup> John Rawls, *A Theory Of Justice (Revised Edition)*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1971, h. 53.

<sup>48</sup> Andre Ata Ujan, *Op.cit.*, h. 105.

Hanya saja, dalam perkembangannya berbagai pembatasan terhadap hak dipilih dan memilih warga negara mulai diperlonggar karena dinilai bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945. Pelonggaran tersebut dilakukan melalui proses pengujian undang-undang. Hal itu dapat dibaca dalam sejumlah putusan Mahkamah Konstitusi terkait pengujian Undang-Undang yang berhubungan dengan pemilu dan pilkada.

Untuk pertama kali, pelonggaran dilakukan terhadap syarat bukan bekas anggota organisasi terlarang Partai Komunis Indonesia, termasuk organisasi massanya, atau bukan orang yang terlibat langsung ataupun tak langsung dalam G30S/PKI, atau organisasi terlarang lainnya sebagaimana diatur dalam Pasal 60 huruf g Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2003. Syarat yang menurut pembentuk undang-undang adalah untuk mengantisipasi terpilihnya warga negara yang sebelumnya pernah terlibat secara langsung ataupun tidak dalam tindakan makar atau mengkhianati negara dinilai MK bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945. Sebab, pembatasan yang demikian dinilai berlebihan dan tidak proporsional karena didasarkan atas pertimbangan yang bersifat politis, bukan pertimbangan soal kecakapan seperti faktor usia, keadaan sakit jiwa, serta ketidakmungkinan (*impossibility*) karena telah dicabut hak pilihnya oleh putusan pengadilan.<sup>49</sup> Putusan ini dinilai sebagai momen untuk mengakhiri praktik diskriminasi yang diderita korban dan keluarganya.<sup>50</sup> Putusan tersebut dianggap sebagai salah satu putusan penting (*landmark decisions*) yang dibuat MK karena berani mengambil keputusan yang berlawanan dengan tingginya penolakan terhadap penghapusan syarat dimaksud ketika itu.<sup>51</sup> Putusan tersebut juga dianggap penting karena mempengaruhi hak pilih dan persyaratan menggunakan hak pilih warga negara.<sup>52</sup>

Pelonggaran persyaratan selanjutnya dilakukan terhadap ketentuan tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih melalui Putusan Mahkamah

<sup>49</sup> *Ibid.*, h. 35.

<sup>50</sup> Todung Mulya Lubis, "Putusan Mahkamah Konstitusi Perkara No. 011-017/PUU-1/2003 dari Perspektif Hukum Hak Asasi Manusia Internasional", *Jurnal Konstitusi* Volume 1 Nomor 1, Juli 2004, h. 22.

<sup>51</sup> Tim Meisburger (Ed.), *Demokrasi di Indonesia, Sebuah Survei Pemilih Indonesia 2003*, Asia Foundation, Jakarta, 2003, h. 140. Berdasarkan hasil survey nasional atas pemilih Indonesia oleh Asia Foundation, jajak pendapat dilakukan dari tanggal 25 Juni sampai 10 Agustus 2003 di 32 dari 33 propinsi seluruh Indonesia, dengan melibatkan sebanyak 1.056 sampel yang diambil secara acak dengan memperhatikan aspek keterwakilan secara nasional melalui wawancara diperoleh hasil bahwa 68% responden ketika itu menolak usul penghapusan larangan bagi bekas anggota PKI untuk menjadi calon anggota DPR dalam Pemilu 2004.

<sup>52</sup> Janedjri M. Gaffar, *Hukum Pemilu dalam Yurisprudensi Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Konstitusi Press, 2013, h. 72.

Konstitusi Nomor 14-17/PUU-V/2007<sup>53</sup> dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 4/PUU-VII/2009<sup>54</sup>. Syarat tersebut Menurut MK dapat diiadakan untuk jabatan publik yang dipilih (*elected officials*). Sebab,terkait dengan pemilu secara universal dianut prinsip bahwa peniadaan hak pilih itu hanya karena pertimbangan ketidakcakapan.<sup>55</sup> Oleh karena itu, pembatasan tidak dapat dilakukan terhadap kondisi ketidakmungkinan (*impossibility*) seperti karena dicabut hak pilihnya. Melalui Putusan Nomor 4/PUU-VII/2009, syarat tidak pernah dipidana dimaksud dinyatakan inkonstitusional bersyarat apabila tidak dipenuhi syarat-syarat :*pertama*, berlaku bukan untuk jabatan-jabatan publik yang dipilih (*elected officials*);*kedua*, berlaku terbatas untuk jangka waktu 5 (lima) tahun setelah mantan terpidana selesai menjalani pidana penjara;*ketiga*, kejujuran atau keterbukaan mengenai latar belakang jati dirinya sebagai mantan terpidana;*empat*, bukan sebagai pelaku kejahatan yang berulang-ulang.<sup>56</sup>

Khusus untuk syarat mencalonkan diri sebagai kepala daerah dan wakil kepala daerah, syarat tersebut kembali diperlonggar melalui putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 42/PUU-XIII/2015, di mana, persyaratan tidak pernah dipidana sebagaimana diatur dalam Pasal 7 huruf g Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2015 dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 secara bersyarat sepanjang tidak dimaknai dikecualikan bagi mantan terpidana yang secara terbuka dan jujur mengemukakan kepada publik bahwa yang bersangkutan adalah mantan terpidana.<sup>57</sup>

Lebih lanjut, pelonggaran syarat juga terjadi terhadap ketentuan wajib mengundurkan diri sejak pendaftaran bagi kepala daerah dan/atau wakil kepala daerah yang masih menduduki jabatannya. Awalnya, syarat ini dimaksudkan untuk menghindari penyalahgunaan kekuasaan (*abuse of power*) dan mewujudkan iklim persaingan yang sehat dan setara (*fairness*).<sup>58</sup> Hanya saja, oleh Mahkamah Konstitusi, syarat yang diatur dalam Pasal 58 q Undang-Undang Nomor 12 Tahun

<sup>53</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14-17/PUU-V/2007 terkait pengujian Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2004 tentang Mahkamah Konstitusi, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, dan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2006 tentang Badan Pemeriksa Keuangan.

<sup>54</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 4/PUU-VII/2009 terkait pengujian Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, h. 78.

<sup>55</sup> *Ibid.*, h. 78.

<sup>56</sup> *Ibid.*, h. 80.

<sup>57</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 42/PUU-XIII/2015 *Op.Cit.*, h. 73.

<sup>58</sup> Riri Nazriyah, "Implikasi Putusan MK terhadap Netralitas PNS dalam Pemilihan Kepala Daerah", *Jurnal Konstitusi*, Volume 6, Nomor 2, Juli 2009, h. 65.

2008 ini dinilai sebagai syarat yang berlebihan sehingga merugikan hak-hak seseorang yang dijamin oleh hukum.<sup>59</sup> Lebih lanjut, MK juga menyatakan bahwa dengan adanya syarat tersebut akan mengakibatkan seorang kepala daerah yang berkeinginan mencalonkan diri sebagai kepala daerah pada periode berikutnya akan hilang haknya untuk menduduki jabatan selama lima tahun penuh.<sup>60</sup>

Begitu juga dengan persyaratan tidak memiliki konflik kepentingan dengan petahana. Syarat yang diatur dalam Pasal 7 huruf r Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2015 ini dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 oleh Mahkamah Konstitusi melalui Putusan Nomor 33/PUU-XIII/2015. Persyaratan dimaksud dinilai mengandung muatan diskriminasi karena didasari oleh maksud untuk mencegah kelompok tertentu untuk menggunakan hak konstitusionalnya.<sup>61</sup> Selain itu, pembatasan seharusnya ditujukan kepada kepala daerah petahana, bukan kepada keluarga atau kerabatnya.<sup>62</sup>

Demikian pula dengan syarat harus mengundurkan diri sebagai anggota Tentara Nasional Indonesia, Kepolisian Negara Republik Indonesia, dan Pegawai Negeri Sipil sejak mendaftarkan diri sebagai calon juga dilakukan pelanggaran melalui pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2015. Hanya saja, pelanggaran ini hanya terkait waktu kapan pengunduran diri secara permanen dilakukan. Syarat mengundurkan diri secara permanen sejak mendaftarkan diri dinyatakan inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*) kecuali jika kedua frasa dalam kedua ketentuan *a quo* diartikan “*mengundurkan diri sejak calon ditetapkan memenuhi persyaratan oleh KPU/KIP.*”<sup>63</sup>

Berbagai Putusan Mahkamah Konstitusi yang memperlonggar sejumlah persyaratan untuk dapat melaksanakan hak untuk dipilih berangkat dari semangat bahwa pembatasan hak dipilih dalam pemilu hanya dapat didasarkan atas pertimbangan ketidakcakapan (*impossibility*) seseorang. Pembatasan untuk selain itu tidak dapat dibenarkan. Sebab, hak konstitusional warga negara untuk memilih dan dipilih (*right to vote and right to be candidate*) merupakan hak yang dijamin oleh konstitusi, undang-undang maupun konvensi internasional, maka

<sup>59</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 17/PUU-VI/2008 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah dan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, h. 54.

<sup>60</sup> *Ibid.*, h. 55.

<sup>61</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 33/PUU-XIII/2015 terkait pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2015 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2015 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2014 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota Menjadi Undang-Undang, h. 143.

<sup>62</sup> *Ibid.*, h. 150.

<sup>63</sup> *Ibid.*, h. 158.

pembatasan penyimpangan, peniadaan dan penghapusan akan hak dimaksud merupakan pelanggaran terhadap hak asasi dari warga negara.<sup>64</sup>

Dengan demikian, Mahkamah Konstitusi sesungguhnya menempatkan hak dipilih dan memilih hampir tanpa batas. Sebab, hak pilih dan memilih tidak boleh dibatasi sekalipun untuk maksud ingin menciptakan pemilihan umum yang dapat menghasilkan kepemimpinan politik yang berintegritas dan tidak cacat moral. Artinya, hak pilih yang awalnya diletakkan di titik pembatasan digeser secara bebas ke titik pembatasan dengan spektrum yang lebih luas, yaitu pembatasan yang hanya dapat dilakukan karena alasan ketidakcakapan saja.

Pergeseran tersebut juga berimbas pada perubahan desain pertarungan dalam pemilu. Di mana, aspek-aspek moral (dengan menempatkan sejumlah persyaratan dalam undang-undang) yang awalnya dijadikan saringan awal keterpilihan seseorang digeser menjadi peran publik untuk menentukannya. Publiklah yang memilih dan menentukan apakah kontestan pemilu tertentu yang memiliki catatan hukum yang buruk masih dipercaya atau tidak untuk menduduki jabatan yang dipilih.

Itu artinya, hukum (undang-undang) yang awalnya diposisikan sebagai alat untuk menyaring bakal calon pejabat publik yang dipilih dihilangkan fungsinya digantikan dengan peran pemilih. Dengan begitu, undang-undang sebagai satu instrumen mengawal pemilu agar menghasilkan orang-orang berintegritas dan tidak cacat moral kehilangan perannya ketika MK melakukan pergeseran radikal terkait pembatasan dan pembedaan hak pilih dan pemilu dan pilkada.

Langkah yang ditempuh Mahkamah Konstitusi kalau bukan menihilkan gagasan penyelenggaraan pemilu dan pilkada yang adil dan berintegritas,<sup>65</sup> setidaknya memperluas kesempatan untuk terpilihnya pemimpin politik yang tidak berintegritas, moralitas yang rendah, dan terciptanya kondisi di mana daerah tertentu dikuasai oleh atau jatuh di tangan suatu keluarga tertentu saja. Pada saat yang sama, hal itu juga mengenyampingkan prinsip *diferen* (antar warga negara yang berbeda satu sama lain) sebagai salah satu prinsip keadilan dalam penyelenggaraan pemilu sebagaimana dikemukakan Rawls.

Lebih jauh, pergeseran berupa pelanggaran syarat untuk dapat melaksanakan hak memilih dan dipilih dalam pemilu maupun pilkada yang awalnya dilakukan

<sup>64</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 011-017/PUU-II/2003, *Op.cit.*, h. 35.

<sup>65</sup> Mukhtar Sarman, *Menakar Kualitas Pilkada: "Menstrukturkan Sebuah Kontestasi Politik yang Berintegritas"*, *Jurnal Etika & Pemilu* Vol. 1, Nomor 2, Agustus 2015, h. 7.

MK dengan baik justru bertabrakan dengan tujuan baik lainnya, yaitu menciptakan pemilu yang berintegritas, berkualitas dan adil bagi semua. Dalam sebuah kontestasi yang tidak didesain dengan batas-batas tertentu dalam rangka menciptakan kompetisi yang seimbang, sama saja membiarkan proses pemilu berjalan secara tidak *fair*. Di mana, orang-orang tertentu dengan segala sumberdaya publik yang ada di bawah kekuasaannya justru dibiarkan bertarung dengan yang lainnya bermodal sumber daya yang amat terbatas.

Apabila hal itu dibiarkan, kondisi yang akan terjadi adalah pertarungan yang tidak seimbang dan ketidaksetaraan dalam pemilu dan pilkada. Sementara, prinsip kesetaraan sesungguhnya menghendaki adanya jaminan keadilan yang diterima setiap orang,<sup>66</sup> termasuk aturan hukum yang proporsional dalam penyelenggaraan pemilu.

## KESIMPULAN

Hak memilih dan dipilih (hak pilih) merupakan hak konstitusional warga negara yang di dalam sejumlah Undang-undang Pemilu dan Pilkada diatur dengan sejumlah pembatasan dan perbedaan perlakuan terhadap warga negara. Pengaturan awal ihwal hak pilih tersebut berangkat dari paradigma pembatasan dan perbedaan untuk tujuan menjamin terselenggaranya pemilu dan pilkada yang *fair* guna menghasilkan pemimpin-pemimpin politik yang berintegritas. Hanya saja, perkembangan legislasi, terutama melalui pengujian undang-undang yang dilakukan MK justru menggeser paradigma tersebut. Berbagai pembatasan dan perbedaan hak pilih diperlonggar. Alasan-alasan pembatasan yang ditujukan untuk menjamin integritas hasil pemilu dinilai MK berlebihan, karena pembatasan hak pilih hanya dapat dilakukan dengan alasan ketidakmampuan seseorang. Pergeseran tersebut menempatkan pengaturan hak pilih pada posisi yang sangat liberal, sehingga akan berdampak pada penyelenggaraan pemilu dan pilkada yang tidak dikawal oleh aturan hukum yang memang didesain untuk “menjaga” pemilu agar menghasilkan pemimpin-pemimpin politik yang profesional dan tidak cacat moral.

Sebagai saran, pergeseran paradigma yang terjadi melalui pembentukan undang-undang dan pengujian undang-undang ini perlu dievaluasi kembali. Jika

---

<sup>66</sup> *Ibid.*, h. 10.

hendak memperoleh hasil pemilu yang lebih baik, pembatasan hak pilih tidak dapat hanya disandarkan pada alasan ketidakmampuan semata, melainkan juga harus berdasar pada alasan-alasan objek lain sesuai standar moral dan *fairness* penyelenggaraan pemilu.

## DAFTAR PUSTAKA

### Buku

- Andre Ata Ujan, 2001, *Keadilan dan Demokrasi Telaah Filsafat Politik John Rawls*, Yogyakarta: Penerbit Kanisius.
- Bambang Waluyo, 2002, *Penelitian Hukum dalam Praktik*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, *Risalah Rapat Panitia Khusus RUU tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah*, Sekretariat Jenderal DPR RI, Jakarta 26 September 2007
- Hendarmin Ranadireksa, 2009, *Dinamika Konstitusi Indonesia (Edisi Kedua)*, Bandung: Penerbit Fokusmedia.
- Irvan Mawardi, 2011, *Pemilu dalam Cengkraman Oligarkhi (Fenomena Kegagasan Demokrasi Prosedural)*, Makasar: Pusat Kajian Politik, Demokrasi dan Perubahan Sosial.
- Janedjri M. Gaffar, 2013, *Demokrasi dan Pemilu di Indonesia*, Jakarta: Konstitusi Press.
- John Rawls, 1971, *A Theory Of Justice (Revised Edition)*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press Of Harvard University Press.
- Khairul Fahmi, 2011, *Pemilihan Umum dan Kedaulatan Rakyat*, Jakarta: Rajawali Pers.
- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Risalah Sidang Perkara Nomor 22/PUU-XII/2014 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden Terhadap Undang-Undang Dasar 1945*, Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Jakarta, 2014
- Tim Meisburger (Ed.), 2003, *Demokrasi di Indonesia, Sebuah Survei Pemilih Indonesia 2003*, Jakarta: Asia Foundation.

Munafrizal Manan & Cholidin Nasir, 2015, *Kompilasi Putusan Pengujian UU Oleh MK, Putusan yang Dikabulkan Tahun 2003-2015*, Biro Rekrutmen, Advokasi dan Peningkatan Kapasitas Hakim, Jakarta: Komisi Yudisial RI.

Robert Dahl, 2001, *Perihal Pemilu, Menjelajahi Teori dan Praktek Demokrasi secara Singkat*, diterjemahkan oleh A Rahman Zainuddin, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta.

Saldi Isra, 2009, *Pergeseran Fungsi Legislasi dalam Sistem Pemerintahan Indonesia Setelah Perubahan Undang-Undang Dasar 1945*, Disertasi Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta,

Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, 2006, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Rajagrafindo Persada, Jakarta.

Yusril Ihza Mahendra, 1996, *Dinamika Tata Negara Indonesia, Kompilasi Aktual Masalah Konstitusi Dewan Perwakilan dan Sistem Kepartaian*, Gema Insani Press, Jakarta.

### **Peraturan Perundang-undangan, Putusan Pengadilan dan Perjanjian Internasional**

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 37), diundangkan tanggal 11 Maret 2003.

Undang-Undang Nomor 34 Tahun 2004 tentang Tentara Nasional Indonesia (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 127), diundangkan tanggal 16 Oktober 2004

Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 51), diundangkan tanggal 31 Maret 2008

Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 176), diundangkan tanggal 14 November 2008.

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2012 Nomor 117), diundangkan tanggal 11 Mei 2012.

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2015 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati dan Walikota (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2015 Nomor 57), diundangkan tanggal 18 Maret 2015.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 011-017/PUU-I/2003 terkait Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah terhadap UUD 1945

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14-17/PUU-V/2007 terkait pengujian Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, dan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2006 tentang Badan Pemeriksa Keuangan

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 17/PUU-VI/2008 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah dan Undang-Undang Nomor 12 tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang nomor 32 tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 4/PUU-VII/2009 terkait pengujian Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 47-81/PHPU.A/VII/2009 terkait Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Bupati dan Wakil Bupati Kabupaten Yahukimo

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 33/PUU-XII/2015 terkait pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2015 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2015 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2014 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota Menjadi Undang-Undang

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 42/PUU-XIII/2015 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2015 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2015 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2014 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota Menjadi Undang-Undang

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-XIII/2015 terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2015 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2015 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2014 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota Menjadi Undang-Undang.

### **Jurnal**

Mukhtar Sarman, 2015, “Menakar Kualitas Pilkada : Menstrukturkan Sebuah Kontestasi Politik yang Berintegritas”, *Jurnal Etika & Pemilu* Volume 1, Nomor 2, Agustus, h. 7 – 21.

Riri Nazriyah, 2009, “Implikasi Putusan MK Terhadap Netralitas PNS dalam Pemilihan Kepala Daerah”, *Jurnal Konstitusi*, Volume 6, Nomor 2, Juli, h. 63 - 82.

Todung Mulya Lubis, 2004, “Putusan Mahkamah Konstitusi Perkara No. 011-017/PUU-I/2003 dari Perspektif Hukum Hak Asasi Manusia Internasional”, *Jurnal Konstitusi*, Volume 1, Nomor 1, Juli, h.12 - 29.

### **Internet**

Mahkamah Konstitusi, 2016, “Anggota TNI-Polri Tak Punya Hak Pilih dalam Pilpres”, <http://nasional.kompas.com/read/2014/05/28/1226045/MK.Anggota.TNI.Polri.Tak.Punya.Hak.Pilih.dalam.Pilpres>, diunduh 15 Januari.

Wahyudi Djafar, 2016, “Belum Saatnya TNI/Polri Bisa Memilih”, <http://www.rumahpemilu.org/in/read/6049/Wahyudi-Djafar-Belum-Saatnya-TNIPolri-Bisa-Memilih>, diunduh 15 Januari.

# **Interpretasi Lembaga Negara dan Sengketa Lembaga Negara dalam Penyelesaian Sengketa Kewenangan Lembaga Negara**

## ***Interpretation of State Institutions and Disputes of State Institutions in the Settlement of Disputes Authorities of State Institutions***

**Anna Triningsih dan Nuzul Qur'aini Mardiyah**

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia

Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta

Email: mkri\_annatringsih@yahoo.com; nuzul\_qm@yahoo.com

Naskah diterima: 18/09/2017 revisi: 15/10/2017 disetujui: 05/11/2017

### **Abstrak**

Tulisan ini membahas mengenai penyelesaian sengketa kewenangan antarlembaga negara oleh Mahkamah Konstitusi. Dalam penyelesaian sengketa kewenangan konstitusional antar lembaga negara itu terdapat 2 (dua) hal penting yang harus dieksplorasi yaitu soal konsepsi lembaga negara dan kewenangan konstitusional. Guna memahami lembaga negara terlebih dahulu harus melakukan pengelompokan berdasarkan landasan yuridis pembentukannya. Berdasarkan pembentukannya lembaga negara dapat dikelompokkan menjadi 3 (tiga), yaitu lembaga negara yang dibentuk berdasarkan Keppres, UU, dan UUD. Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 004/SKLN-IV/2006 tanggal 12 Juli 2006 telah merumuskan kata "lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar" dalam Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 dengan menggunakan penafsiran gramatika (*grammatische interpretatie*). Menurut Mahkamah Konstitusi,

dalam menentukan *subjectum litis* atau *objectum litis* perkara sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan UUD 1945 maka ditentukan terlebih dahulu kewenangan-kewenangan yang diberikan dalam Undang-Undang Dasar dan baru kemudian kepada lembaga apa kewenangan-kewenangan tersebut diberikan.

**Kata kunci:** Lembaga negara, Penyelesaian Sengketa Kewenangan antar Lembaga Negara, Mahkamah Konstitusi.

### **Abstract**

*This article is about settlement disputes between authorities of state institutions by the Constitutional Court of Indonesia. In the resolution of disputes between the state institutions there are 2 (two) important things that must be explored, the conception of constitutional state institutions and authority. To understand state institutions once must be done is grouping by the juridical of its formation. Based on its juridical formation state institutions can be grouped into 3 (three), that is institutions formed based on the presidential decree, law, and the constitution. The verdict of The Constitutional Court No 004/SKLN-IV/2006 dated 12 July 2006, Constitutional Court has formulated "state institutions under the authority granted by the constitution" regarding Article 24C Paragraph (1) of the 1945 Constitution by using grammatical interpretation (grammatische interpretatie). According to The Constitutional Court, in order to determine subjectum litis or objectum litis in settlement disputes of authorities of state institutions cases that authority granted by 1945 Constitution, ones must be considered is the existence of certain authorities in the Constitution and then to which institutions those authorities are given.*

**Keywords:** State Institutions, Settlement Disputes of Authorities of State Institutions, Constitutional Court

## **PENDAHULUAN**

Sebagai Negara Hukum<sup>1</sup> Indonesia menempatkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945), sebagai ketentuan tertinggi dalam hierarki peraturan perundang-undangan di Indonesia.<sup>2</sup> UUD NRI

<sup>1</sup> Pernyataan bahwa Indonesia adalah Negara Hukum tertuang dalam ketentuan Pasal 1 ayat (3) UUD 1945

<sup>2</sup> Indonesia, *Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan*, Pasal 7 ayat (1) menetapkan bahwa jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan terdiri atas:

- a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
- c. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
- d. Peraturan Pemerintah;
- e. Peraturan Presiden;
- f. Peraturan Daerah Provinsi; dan
- g. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

1945 sebagai undang-undang dasar, pada prinsipnya harus memuat 3 (tiga) hal pokok,<sup>3</sup> yaitu:

1. adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia dan warga negara;
2. ditetapkannya susunan ketatanegaraan suatu negara yang bersifat fundamental; dan
3. adanya pembagian dan pembatasan tugas ketatanegaraan yang juga bersifat fundamental.

Materi muatan undang-undang dasar yang mirip pendapat di atas dipaparkan oleh Miriam Budiardjo. Menurutnya, setiap undang-undang dasar memuat ketentuan-ketentuan mengenai soal-soal sebagai berikut:<sup>4</sup>

1. Organisasi negara, misalnya pembagian kekuasaan antara badan legislatif, eksekutif dan yudikatif: dalam negara federal, pembagian kekuasaan antara pemerintah federal dan pemerintah negara-bagian; prosedur menyelesaikan masalah pelanggaran yurisdiksi oleh salah satu badan pemerintah dan sebagainya;
2. Hak-hak azasi manusia (biasanya disebut *Bill of Rights* kalau berbentuk naskah tersendiri);
3. Prosedur mengubah undang-undang dasar; dan
4. Adakalanya memuat larangan untuk mengubah sifat tertentu dari undang-undang dasar.

Kelembagaan negara atau organ-organ negara adalah salah satu topik yang menjadi objek kajian dari Hukum Tata Negara. Organ-organ negara beserta fungsinya adalah hakikat dari Hukum Tata Negara itu sendiri.<sup>5</sup> Terkait dengan hal tersebut Paul Scholten menyatakan Hukum Tata Negara itu tidak lain adalah hukum yang mengatur tata organisasi negara.<sup>6</sup> Sedangkan menurut Wade and Phillips, hukum tata negara didefinisikan sebagai hukum yang membicarakan tentang kelembagaan negara yang terdiri dari dua hal yaitu struktur dan fungsi dari organ pemerintah pusat dan daerah (*constitutional law is... body rules wick prescribe that structure and the function of the organ of central and local government*).<sup>7</sup> Oleh karena itu berbicara mengenai lembaga negara berarti berbicara mengenai alat kelengkapan yang ada dalam sebuah negara. Salah satu prinsip negara hukum

<sup>3</sup> Sri Soemantri M., *Prosedur dan Sistem Perubahan Konstitusi*, Bandung: Alumni, 1987, h. 51.

<sup>4</sup> Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2002, h. 101.

<sup>5</sup> Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2009, h. 20

<sup>6</sup> Paul Scholten mengatakan *het recht dat regelt de staatorganisatie*" Dalam Jimly Asshiddiqie, *Ibid.*, h. 14.

<sup>7</sup> Wade and Phillips, *Constitutional Law: An Outline of The Law and Practice of The Constitution, Including Central and Local Government, The Citizen and The State and Administratif Law* London: Longmans, 1965, h. 3.

(*rechtsstaat, rule of law*) yang dikemukakan oleh Julius Stahl adalah adanya prinsip pembagian atau pemisahan kekuasaan.<sup>8</sup>

Pembatasan di sini maksudnya adalah pembatasan yang ditentukan oleh hukum yang kemudian muncul menjadi ide konstitusionalisme modern (*modern constitutionalism*) yaitu negara dibatasi oleh konstitusi.<sup>9</sup> Dalam sistem negara hukum, pembatasan kekuasaan mutlak untuk dibatasi, untuk menghindari kekuasaan yang bersifat absolut. Di samping itu juga pembatasan dan pemisahan kekuasaan juga sangat diperlukan untuk menghindari adanya kekuasaan yang terpusat atau terkonsentrasi pada satu kekuasaan saja.

Menurut Teori Trias Politika yang dicetuskan Montesquieu, bahwa kekuasaan eksekutif (*rule application function*), kekuasaan legislatif (*rule making function*) dan kekuasaan yudikatif (*rule adjudication function*) sebagai alat kelengkapan negara bisa memiliki organ-organ lain untuk membantu melaksanakan fungsinya. Montesquieu membagi kekuasaan pemerintahan menjadi tiga macam kekuasaan yaitu legislatif, eksekutif, dan kekuasaan yudisial.<sup>10</sup> Montesquieu berpendapat bahwa ketiga jenis kekuasaan tersebut haruslah terpisah satu sama lainnya, baik mengenai fungsi (tugas) maupun mengenai alat perlengkapan (organ) yang melaksanakannya.<sup>11</sup> *Trias politica* adalah prinsip normatif bahwa kekuasaan-kekuasaan ini sebaiknya tidak diserahkan kepada orang yang sama untuk menyalahgunakan kekuasaan oleh pihak yang berkuasa.<sup>12</sup> Doktrin ini pertama kali dikemukakan oleh filosof Yunani John Locke dalam bukunya yang berjudul *Two Treaties of Civil Government*. Dalam bukunya tersebut, lembaga kekuasaan negara dibagi menjadi 3 (tiga) yaitu kekuasaan legislatif sebagai *rule making function*, kekuasaan eksekutif sebagai *rule application function*, dan kekuasaan federatif sebagai *rule diplomatic function*.<sup>13</sup>

Pendapat *Montesquieu* di atas tentang pemisahan kekuasaan antara tiga kekuasaan tanpa ada hubungan koordinasi merupakan suatu pendapat yang sangat naif untuk diterapkan dalam negara modern sekarang ini. Karena sesungguhnya ketiga kekuasaan di atas merupakan personifikasi dari negara, yang lebih penting

<sup>8</sup> Menurut Julius Stahl, *Rechtsstaat* mempunyai ciri-ciri sebagai berikut yaitu a). Perlindungan hak asasi manusia, b). Pembagian atau pemisahan kekuasaan, c). Pemerintahan berdasarkan undang-undang, d). Peradilan tata usaha negara. Dalam Ni'matul Huda, *Lembaga Negara Dalam Masa Transisi Demokrasi*, Yogyakarta: FH UII Press, 2007, h. 57, Romi Librayanto, *Trias Politica Dalam Struktur Ketatanegaraan Indonesia*, Makasar: PUKAP, 2008, h. 12, Titik Triwulan Tutik, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesai Pasca amandemen UUD 1945*, Jakarta: Cerdas Pustaka Publisher, 2008, h. 71

<sup>9</sup> Jimly Asshiddiqie, *Pengantar... Op. Cit.* h. 281

<sup>10</sup> Romi Librayanto, *Trias Politica...*, *Op. Cit.* h. 19.

<sup>11</sup> *Ibid*,

<sup>12</sup> Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2002, h. 152.

<sup>13</sup> Romi Librayanto, *Trias Politica...Op.Cit.*, h. 18.

adalah pemisahan pada tataran institusi atau kelembagaan sehingga kekuasaan negara tidak hanya dipegang oleh satu pemegang kekuasaan. Dalam pemisahan kekuasaan hubungan fungsional tetap harus ada dengan tujuan *checks and balances* dan prinsip *power limit power* bisa diterapkan dengan mudah, dimana antar satu kekuasaan dan kekuasaan yang lain saling membatasi kekuasaannya masing-masing.

Hood Phillip mengemukakan pemisahan kekuasaan dengan tidak mengakui *overlapping* dan koordinasi satu sama lain dapat membawa pemerintahan kepada kekuatan (*standstill*), dan itu sama artinya dengan membiarkan satu cabang kekuasaan menjalankan kekuasaan secara eksklusif yang pada gilirannya akan melahirkan penyalahgunaan kekuasaan.<sup>14</sup> Pemisahan kekuasaan tanpa disertai dengan koordinasi akan menyebabkan pemerintahan tanpa kontrol dan menyebabkan pengkotakan kekuasaan dan berpotensi menimbulkan keangkuhan kekuasaan dari masing-masing pemegang kekuasaan negara. Maka perlu dicari konsep keseimbangan dalam pemisahan kekuasaan.<sup>15</sup> Antara satu pemegang kekuasaan mengimbangi pemegang kekuasaan lainnya. Hal ini bertujuan untuk mencegah supaya tidak terjadi *power heavy* di satu kekuasaan dan kekuasaan lainnya hanya sebagai pelengkap saja. Apakah itu eksekutif, legislatif, atau yudisial kekuasaannya harus saling mengimbangi, tidak boleh ada satu kekuasaan yang lebih dominan dari kekuasaan lainnya. Antara ketiga kekuasaan tersebut setara sehingga *checks and balances* bisa berjalan.

Jimly Asshiddiqie menyatakan bahwa pada dasarnya pemisahan kekuasaan (*separation of power*) merupakan perwujudan dari adanya kedaulatan rakyat.<sup>16</sup> Melalui pemisahan kekuasaan maka kedaulatan rakyat diwujudkan melalui adanya kelembagaan yang tidak terpusat dan lebih menjamin adanya mekanisme saling kontrol. Dalam prinsip pemisahan kekuasaan (*separation of power*), kesederajatan dan perimbangan kekuasaan adalah suatu yang bersifat primer atau pokok, karena yang ditekankan adalah hubungan fungsional antar pemegang kekuasaan negara. Sehingga dalam konsep pemisahan kekuasaan, hubungan fungsional didasarkan pada prinsip *checks and balances*. Prinsip saling mengawasi dan saling mengimbangi bertujuan untuk menghindari absolutisme kekuasaan atau mencegah korupsi kekuasaan yang timbul karena kemungkinan kekuasaan tanpa

<sup>14</sup> *Ibid*, h. 22.

<sup>15</sup> Moh.Kusnardi dan Bintan R. Saragih, *Susunan Pembagian Kekuasaan Menurut Sistem Undang-Undang Dasar 1945*, Jakarta: PT Gramedia, 1994, h. 31.

<sup>16</sup> Jimly Asshiddiqie, *Format Kelembagaan Negara dan Pergeseran Kekuasaan Dalam UUD 1945*, Yogyakarta: FH UII Press, 2005, h. 35.

pengawasan.<sup>17</sup> Prinsip pemisahan kekuasaan yang bertumpu pada *checks and balances* bertujuan supaya *power limited power*. Dalam artian, kekuasaan yang satu membatasi kekuasaan negara yang lain.

Dalam membahas sengketa kewenangan antarlembaga negara, ada 2 (dua) hal penting yang harus dieksplorasi yaitu soal konsepsi lembaga negara dan kewenangan konstitusional. Banyak penafsiran muncul dalam memaknai lembaga negara. Sebelum perubahan UUD dikenal istilah lembaga tertinggi dan tinggi negara. Pendekatan kelembagaan pasca amandemen UUD tidak lagi hierarki struktural, melainkan fungsional, dimana lembaga negara dibedakan secara fungsi. Guna memahami lembaga negara terlebih dahulu harus melakukan pengelompokan berdasarkan landasan yuridis pembentukannya. Berdasarkan pembentukannya lembaga negara dapat dikelompokkan menjadi 3 (tiga), yaitu lembaga negara yang dibentuk berdasarkan Keppres, UU, dan UUD.

Ada lembaga negara yang dibentuk dan memperoleh kewenangannya berdasarkan Keputusan Presiden, misalnya Komisi Ombudsman. Keberadaan lembaga-lembaga tersebut sangat tergantung pada keinginan Presiden. Presiden berhak mengadakan atau sebaliknya meniadakannya. Ada lembaga negara yang dibentuk dan memperoleh kewenangannya berdasarkan undang-undang seperti KPPU, KPK, KPI, Komnas HAM. MK dalam Putusan Nomor 004/SKLN-IV/2006 tanggal 12 Juli 2006 telah mencoba merumuskan kata “lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar” dalam Pasal 24C ayat (1) UUD 1945. MK dalam putusan *a quo* melakukan penafsiran gramatika (*grammatische interpretatie*). Menurut MK, untuk menentukan apakah sebuah lembaga sebagai lembaga negara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, maka yang pertama-tama harus diperhatikan adalah adanya kewenangan-kewenangan tertentu dalam UUD dan baru kemudian kepada lembaga apa kewenangan-kewenangan tersebut diberikan. Karena kewenangan sifatnya terbatas dan untuk sesuatu hal yang tertentu, maka sifat kelembagaan negara tidaklah dapat ditentukan secara umum, tetapi terkait dengan kewenangan yang diberikan atau dengan kata lain sebuah lembaga yang disebut dengan nama apapun berkedudukan sebagai lembaga negara menurut pengertian Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 apabila lembaga tersebut mempermasalahkan atau dipermasalahkan kewenangannya yang diberikan oleh UUD 1945.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Agus Wahyudi, "Doktrin Pemisahan Kekuasaan: Akar Filsafat dan Praktek", dalam *Jurnal JENTERA*, edisi 8 Tahun III, Maret 2005, h. 6

<sup>18</sup> Luthfi Widagdo Eddyono, *Penyelesaian Sengketa Kewenangan Lembaga Negara oleh Mahkamah Konstitusi*, Yogyakarta: Insignia Strat, 2013, h. 158-159.

Ketidajelasan parameter *legal standing* dan kewenangan dari masing-masing lembaga negara yang diberikan oleh UUD 1945 menjadikan putusan yang dikeluarkan oleh MK menjadi tidak dapat diterima (*niet ontvankelijke verklaard*). Sehingga Penulis dalam hal ini melakukan pembahasan lebih mendalam untuk perluasan makna lembaga negara dan sengketa kewenangan lembaga negara dengan tidak semata-mata hanya merujuk pada peraturan perundang-undangan semata.

## PEMBAHASAN

Pokok persoalan kewenangan tersebut apakah yang diatur dan ditentukan dalam UUD yang dinisbatkan sebagai fungsi sesuatu organ yang disebut dalam UUD, dan apakah untuk melaksanakan kewenangannya itu terhambat atau terganggu karena adanya keputusan tertentu dari lembaga negara lainnya. Apabila keduanya dapat dijawab dengan jelas, maka kemungkinan semacam ini memang dapat menjadi objek sengketa kewenangan konstitusional di MK. Yang penting dapat dibuktikan dengan jelas apakah lembaga negara pemohon memang memiliki kewenangan yang diberikan oleh UUD, dan apakah kewenangan konstitusional yang dimaksudkan itu memang ternyata dirugikan oleh keputusan tertentu lembaga Negara termohon. Jimly Asshiddiqie berpendapat bahwa yang menjadi isu pokok pada sengketa kewenangan konstitusional lembaga negara bukan terletak pada lembaga negara melainkan pada kewenangan konstitusional yang disengketakan:

*Yang menjadi obyek sengketa antarlembaga negara dalam rangka yurisdiksi Mahkamah Konstitusi adalah persengketaan (dispute) mengenai kewenangan konstitusional antarlembaga negara. Isu pokoknya bukan terletak pada kelembagaan lembaga negaranya, melainkan terletak pada soal kewenangan konstitusional yang dalam pelaksanaannya, apabila timbul sengketa penafsiran antara satu sama lain maka yang berwenang memutuskan lembaga mana yang sebenarnya memiliki kewenangan yang dipersengketakan tersebut adalah Mahkamah Konstitusi.<sup>19</sup>*

Dalam bukunya, Jimly Asshiddiqie mengatakan bahwa kebanyakan orang hanya memperdebatkan aspek subyektifnya yaitu lembaga negara seperti apa yang dapat menjadi Pemohon berdasarkan UU MK. Dengan bertolak dari subyek lembaga negara persoalan definisi lembaga negara yang cenderung diartikan menurut kerangka pemikiran lama tentang lembaga negara yaitu lembaga negara

<sup>19</sup> Jimly Asshiddiqie, *Sengketa Kewenangan Antarlembaga Negara*, Jakarta: Konstitusi Press, 2005, h. 13.

dalam konteks tiga cabang tradisional alat perlengkapan negara yaitu legislatif, eksekutif, dan yudikatif sesuai doktrin *trias politica* Montesquieu padahal UUD 1945 tidak menganut ajaran *trias politica* ala Montesquieu tersebut.<sup>20</sup> Dalam pandangan Montesquieu ketiga cabang kekuasaan terpisah secara tegas dan tidak mencampuri urusan satu sama lain padahal seperti kita ketahui hubungan antarlembaga menurut struktur UUD 1945 saling terikat satu sama lain dan saling mengendalikan sehingga memerlukan sistem pengawasan dan keseimbangan (*check and balances*).

Oleh karena itu, lebih lanjut lagi menurut Jimly Asshiddiqie di samping mendekati persoalan ini dari segi subyek lembaganya kita juga dapat mendekatinya dari segi obyek kewenangan konstitusional yang dipersengketakan diantara lembaga negara yang bersangkutan. Yang menjadi pokok persoalannya apakah yang diatur dan ditentukan dalam UUD 1945 merupakan fungsi dari suatu organ yang disebut dalam UUD 1945 dan apakah untuk melaksanakan kewenangannya itu terhambat atau terganggu karena adanya keputusan tertentu dari lembaga lainnya. Yang penting dapat dibuktikan dengan jelas apakah lembaga Pemohon memiliki kewenangan yang diberikan oleh UUD 1945 dan apakah kewenangan konstitusional dimaksud ternyata dirugikan oleh keputusan tertentu dari lembaga termohon.<sup>21</sup>

## A. Lembaga Negara

Pengertian organ atau lembaga negara secara lebih dalam, dapat mengadopsi pandangan Hans Kelsen mengenai *The Concept of the State Organ* dalam bukunya *General Theory of Law and State*. Hans Kelsen menguraikan bahwa “*whoever fulfills a function determined by the legal order is an organ*”. Siapa saja yang menjalankan suatu fungsi yang ditentukan oleh suatu tata-hukum (*legal order*) adalah suatu organ.<sup>22</sup> Artinya, organ negara itu tidak selalu berbentuk organik. Di samping organ yang berbentuk organik, lebih luas lagi, setiap jabatan yang ditentukan oleh hukum dapat pula disebut organ, asalkan fungsi-fungsinya itu bersifat menciptakan norma (*norm creating*) dan/atau bersifat menjalankan norma (*norm applying*). “*These functions, be they a norm-creating or of a norm-applying character, are all ultimately aimed at the execution of a legal sanction*”.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> *Ibid.*, h. 15.

<sup>22</sup> Hans Kelsen, *General Theory Of Law and State*, Russell & Russell, New York, 1961, diterjemahkan oleh Raisul Muttaqien, *Teori Umum Tentang Hukum dan Negara*, Cetakan I, Bandung: Penerbit Nusamedia dan Nuansa, 2006, h 276.

<sup>23</sup> Hans Kelsen, *Ibid.*, h. 276-277.

Ada satu konsep lain yang lebih sempit, yakni konsep "*material*". Menurut konsep "*material*" ini seseorang disebut "organ" negara jika dia secara pribadi menempati kedudukan hukum tertentu (...*lie personally has a specific legal position*). Transaksi hukum, yakni perjanjian, merupakan tindakan membuat hukum, seperti halnya keputusan pengadilan. Pihak-pihak yang mengadakan perjanjian, dan juga hakim melakukan fungsi membuat hukum, tetapi hakim adalah sebuah organ negara dalam pengertian yang lebih sempit, sedangkan pihak-pihak dalam perjanjian tidak dianggap sebagai organ negara. Hakim adalah organ negara menurut pengertian yang lebih sempit ini karena dia dipilih atau diangkat untuk menduduki fungsinya, karena dia menjalankan fungsinya secara profesional dan karena itu menerima upah reguler, gaji, yang bersumber dari keuangan negara.<sup>24</sup> Ciri-ciri penting organ negara dalam arti sempit ini adalah bahwa (1) organ negara itu dipilih atau diangkat untuk menduduki jabatan atau fungsi tertentu; (2) fungsi itu dijalankan sebagai profesi utama atau bahkan secara hukum bersifat eksklusif; dan (3) karena fungsinya itu, ia berhak untuk mendapatkan imbalan gaji dari negara.<sup>25</sup>

Dari pemaparan di atas dapat disimpulkan bahwa konsep organ negara dan lembaga negara itu sangat luas maknanya, sehingga tidak dapat dipersempit hanya pada pengertian ketiga cabang kekuasaan legislatif, eksekutif, dan yudikatif saja. *Pertama*, dalam arti yang paling luas, (pengertian pertama), organ negara paling luas mencakup setiap individu yang menjalankan fungsi *law-creating* dan *law-applying*; *Kedua*, (pengertian kedua), organ negara yang menjalankan fungsi *law-creating* atau *law-applying* dan juga mempunyai posisi sebagai atau dalam struktur jabatan kenegaraan atau jabatan pemerintahan; *Ketiga*, (pengertian ketiga), organ negara dalam arti lebih sempit, yaitu badan atau organisasi yang menjalankan fungsi *law-creating* dan/atau *law-applying* dalam kerangka struktur dan sistem ketatanegaraan atau pemerintahan. *Keempat*, (dalam pengertian keempat) yang lebih sempit lagi, organ atau lembaga negara itu hanya terbatas pada pengertian lembaga-lembaga negara yang dibentuk berdasarkan UUD, UU, atau oleh peraturan yang lebih rendah. *Kelima*, untuk memberikan kekhususan kepada lembaga-lembaga negara yang berada di tingkat pusat yang pembentukannya diatur dan ditentukan oleh UUD 1945, maka lembaga-lembaga seperti MPR, DPR, MA, MK,

<sup>24</sup> Hans Kelsen, *Ibid.*, h. 277.

<sup>25</sup> Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan Ketatanegaraan Pasca Perubahan UUD 1945 dan Tantangan Pembaharuan Pendidikan Hukum Indonesia*, Makalah disampaikan dalam Seminar Nasional "Perkembangan Ketatanegaraan Pasca Perubahan UUD dan Lokakarya Pembaharuan Kurikulum Pendidikan Tinggi Hukum Indonesia", diselenggarakan oleh Asosiasi Pengajar HTN dan HAN, Jakarta, 7 September 2004, h. 32.

dan BPK dapat pula disebut sebagai lembaga negara yang tersendiri, yaitu lembaga negara dalam arti sempit atau lembaga negara dalam pengertian kelima.<sup>26</sup> Hal ini berarti bahwa, pada prinsipnya, dalam setiap pembahasan mengenai lembaga negara atau organisasi negara, terdapat dua unsur pokok yang saling berkaitan, yaitu *organ* dan *functie*. *Organ* adalah bentuk atau wadahnya, sedangkan *functie* adalah gerakan wadah itu sesuai dengan maksud pembentukannya.<sup>27</sup> Apabila kita mencermati naskah UUD 1945 diketahui bahwa organ-organ yang dimaksud, ada yang disebut secara eksplisit namanya, dan ada pula yang disebutkan eksplisit hanya fungsinya. Terdapat pula lembaga atau organ yang disebut bahwa baik namanya maupun fungsi atau kewenangannya akan diatur dengan peraturan yang lebih rendah.

## **B. Sengketa Kewenangan Lembaga Negara**

Sengketa kewenangan lembaga negara yang memperoleh kewenangannya dari UUD 1945 dapat didefinisikan sebagai *“sengketa yang timbul dalam bidang tata negara sebagai akibat satu lembaga negara menjalankan kewenangannya yang diberikan UUD 1945, telah menghilangkan, merugikan atau mengganggu kewenangan lembaga negara lain”*. Pengertian kewenangan satu lembaga diberikan oleh UUD 1945, tidaklah diartikan bahwa kewenangan tersebut harus secara *expressis verbis* tertulis demikian, karena perkembangan dan dinamika permasalahan yang tidak dapat diantisipasi secara sempurna oleh Pembuat Undang-Undang (Dasar) menyebabkan perlu ada tafsiran yang memberi perluasan untuk melihat wewenang yang sesungguhnya melekat dan tersirat dalam kewenangan yang dituliskan secara tegas tersebut, yang dapat dipandang sebagai kewenangan prinsip. *Implied powers are powers not granted in express terms, but existing because they are necessary and proper to carry into effect some expressly granted powers*. Kewenangan yang tidak secara tegas disebut dalam konstitusi tetapi merupakan hal yang perlu dan patut untuk menjalankan kewenangan konstitusional yang diberikan secara tegas, merupakan dan juga melekat sebagai kewenangan yang diberikan oleh UUD, meskipun kemudian diuraikan secara tegas dalam undang-undang sebagai pelaksanaan UUD 1945. Pengaturan sesuatu materi kewenangan dalam satu undang-undang, tidaklah dengan sendirinya menyebabkan wewenang tersebut bukan wewenang konstitusional. Sebaliknya disebutnya satu wewenang dan undang-undang tidak selalu berarti bahwa undang-undang tersebutlah yang

<sup>26</sup> Jimly Asshiddiqie, *Ibid.*, h. 41-42.

<sup>27</sup> Pendapat Berbeda (*dissenting opinion*) Hakim Konstitusi M. Arsyad Sanusi pada Putusan MK No 27/SKLN-VI/2008.

menjadi sumber kewenangan dimaksud. Permasalahannya terletak pada apakah wewenang tersebut melekat atau tidak, dan harus ada untuk melaksanakan wewenang yang diberikan secara tegas oleh UUD tersebut.<sup>28</sup>

Dari definisi tersebut, maka sengketa kewenangan lembaga negara dapat terjadi karena satu lembaga negara menjalankan wewenangnya secara bertentangan dengan UUD 1945, yang merupakan perbuatan lembaga negara yang dapat disebut Perbuatan Melawan Hukum Konstitusi.<sup>29</sup> Penulis dalam hal ini akan mencermati Pendapat Berbeda (*dissenting opinion*) Hakim Konstitusi Maruarar Siahaan dalam Putusan MK No 004/SKLN-IV/2006, Putusan MK No 027/SKLN-IV/2006, dan Putusan MK No 27/SKLN-VI/2008. Serta Pendapat Berbeda (*dissenting opinion*) Hakim Konstitusi M. Akil Mochtar dalam Putusan MK No 027/SKLN-VI/2008. Keduanya memberikan tafsir terkait sengketa kewenangan lembaga negara.

Hakim Konstitusi Maruarar Siahaan pada Putusan MK No 004/SKLN-IV/2006 menyatakan bahwa Pemerintahan Daerah yaitu Bupati dan DPRD adalah merupakan lembaga negara yang memperoleh kewenangannya untuk menjalankan Pemerintahan Daerah dalam otonomi seluas-luasnya, dari UUD 1945, yang diberikan oleh Pasal 18 ayat (4), yaitu wewenang sebagai kepala daerah untuk memimpin sebagian tugas pemerintahan, dan DPRD mengesahkan Peraturan Daerah. Pada Putusan MK No 027/SKLN-IV/2006, Hakim Konstitusi Maruarar Siahaan menyatakan "...baik *subjectum litis* maupun *objectum litis* perkara *a quo* memenuhi syarat yang disebut dalam Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 dan Pasal 61 ayat (1) UU MK, terutama dengan Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 8 Tahun 2006 yang dalam Pasal 2 menentukan:

- 1) Lembaga negara yang dapat menjadi Pemohon atau Termohon dalam perkara sengketa kewenangan konstitusional lembaga negara adalah:
  - a. Dewan Perwakilan Rakyat (DPR);
  - b. Dewan Perwakilan Daerah (DPD);
  - c. Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR);
  - d. Presiden;
  - e. Badan Pemeriksa Keuangan (BPK);
  - f. Pemerintahan Daerah (Pemda); atau
  - g. Lembaga negara lain yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945.

<sup>28</sup> Pendapat Berbeda (*dissenting opinion*) Hakim Konstitusi Maruarar Siahaan pada Putusan MK No 027/SKLN-IV/2006.

<sup>29</sup> Pendapat Berbeda (*dissenting opinion*) Hakim Konstitusi Maruarar Siahaan pada Putusan MK 004/SKLN-IV/2006.

- 2) Kewenangan yang dipersengketakan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) adalah kewenangan yang diberikan atau ditentukan oleh UUD 1945;

Dari rumusan Pasal 2 tersebut, Ayat (1) huruf g bahwa lembaga negara yang disebutkan tidaklah bersifat limitatif atau *exhaustive* sehingga masih dibuka tafsiran ke arah yang lebih luas.

Kemudian, pada pendapatnya dalam Putusan MK No 027/SKLN-VI/2008 yang menyatakan mengingat dinamika yang terjadi karena kebutuhan untuk memecahkan persoalan bangsa yang tidak dapat diserahkan kepada lembaga lain, maka tafsir yang sempit dan restriktif harus ditinggalkan, untuk menyesuaikan dengan tuntutan kebutuhan dan perkembangan zaman. Apalagi tafsir yang digunakan dalam pandangannya, seolah-olah telah menambahkan satu kata dalam kalimat Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 yang kemudian dijadikan standar rumusan *legal standing* dalam *objectum litis* seolah-olah UUD 1945 menentukan sengketa itu hanya di antara lembaga negara yang setara. Stabilitas pemerintahan harus menjadi faktor yang turut dipertimbangkan dalam menilai sengketa kewenangan lembaga negara, dalam arti jika tidak terdapat satu lembaga negara yang akan menyelesaikan sengketa kewenangan lembaga-lembaga negara yang secara struktural tidak disebut *express verbis* dalam UUD 1945, maka tafsir secara kontekstual dan fungsional harus digunakan, sehingga tidak terjadi suatu perkara konstitusi, yang sangat mendasar dalam kehidupan Negara Kesatuan Republik Indonesia, tidak memperoleh penyelesaian yang tuntas berdasarkan ukuran atau parameter konstitusi itu sendiri. Makna konstitusi harus diangkat ke satu tingkat keumuman (*generality*) yang lebih tinggi dan penerapan prinsip yang lebih umum tersebut disesuaikan kepada keadaan dari tiap masa yang menuntut pemecahan baru. Mahkamah juga harus melihat tugasnya dalam rangka mengalihkan konflik politik menjadi dialog konstitusional, sehingga dengan begitu, Mahkamah dapat mengurangi ancaman terhadap demokrasi dan menjaganya bertumbuh dalam kawalan hukum dan konstitusi. Untuk memainkan peran demikian Mahkamah harus memanfaatkan metode penafsiran sedemikian rupa sehingga sanggup mengadaptasi konstitusi terhadap kebutuhan dan perkembangan zaman. Oleh karenanya, seharusnya Mahkamah lebih fleksibel dalam memberi tekanan pada aspek *legal standing*, sehingga tidak memberi kesan mengelak untuk memberi pemecahan masalah konstitusi secara substansial.

Tafsir tekstual dan pendekatan struktural atas Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 tentang kewenangan Mahkamah untuk “*memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang memperoleh kewenangannya dari UUD 1945*”, mengartikan seolah-olah sengketa tersebut harus “*antara*” lembaga negara yang secara tegas disebut konstitusi, sehingga Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 seolah-olah berbunyi, “sengketa antara lembaga negara yang memperoleh kewenangannya dari UUD 1945”. Padahal tidak ada satu kata pun dalam kalimat Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 tersebut yang menyebut lembaga negara yang bersengketa harus diantara lembaga negara yang setara dan disebut oleh UUD 1945. Tafsir yang bertentangan dengan teks Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 seperti itulah kemudian yang dianut sehingga rumusan demikian menjadi muatan Pasal 10 UU MK yang memberi syarat *legal standing* dengan tekanan lebih pada Pemohon. Hal tersebut diikuti pula dengan ketat sebagaimana terlihat dalam rumusan Pasal 61 ayat (1) dan ayat (2) UU MK dan PMK 08/2006, sehingga telah menyebabkan Mahkamah tidak mampu memainkan perannya untuk mengawal konstitusi secara optimal dalam sengketa lembaga negara sesuai dengan yang diamanatkan oleh UUD 1945.

Pendekatan yang menekankan pada formalisme dan analisis struktural terhadap lembaga negara dan sengketa kewenangan melalui tafsir tekstual atas kriteria “*diberikan oleh UUD 1945*”, tidak serasi dengan tugas Mahkamah mengawal konstitusi dan demokrasi, untuk turut menjaga terselenggaranya pemerintahan yang stabil melalui mekanisme *checks and balances*. Pendekatan demikian juga tidak menyumbang terhadap peletakan posisi konstitusi sebagai faktor integrasi bangsa, sehingga seyogianya paradigma negara kesejahteraan dalam Negara Hukum Indonesia yang demokratis, harus dijadikan titik tolak untuk mampu mengayomi, melindungi dan memberi kebahagiaan bagi segenap bangsa dan tumpah darah, sebagai konteks riil dalam menafsirkan konsep *subjectum litis* dan *objectum litis* yang disebut dalam Pasal 24C ayat (1) UUD 1945.

Sedangkan, Hakim Konstitusi M. Akil Mochtar pada Pendapat Berbeda (*Dissenting Opinion*) dalam Putusan MK No 027/SKLN-VI/2008 juga memberikan tafsir terkait sengketa kewenangan lembaga negara. Menurutnya, untuk memahami lembaga negara, tidak dapat ditafsirkan secara sempit sebagaimana pendapat Montesquieu dengan doktrin *trias politica*-nya yang mengatakan bahwa lembaga negara adalah institusi kenegaraan yang menjalankan salah satu cabang kekuasaan negara, yang mencakup lembaga eksekutif, legislatif, dan yudikatif. Dalam teori,

lembaga-lembaga yang ada dalam suatu negara dikenal dengan Alat Perlengkapan Negara (*die Staatsorgane*). Selanjutnya, Alat Perlengkapan Negara di definisikan sebagai hal yang menentukan atau membentuk kehendak ataupun kemauan negara (*staatswill*) serta ditugaskan oleh hukum dasar untuk melaksanakannya. Dengan kata lain, Alat Perlengkapan Negara dibentuk untuk melaksanakan fungsi negara dan biasanya kedudukan dan kewenangannya diatur dalam UUD.

Pasal 2 ayat (1) PMK Nomor 08 Tahun 2006 telah menentukan dan memberikan tafsir lebih luas mengenai lembaga negara. Adapun ketentuan Pasal 2 ayat (1) PMK Nomor 08 Tahun 2006 menyatakan, "*Lembaga Negara yang dapat menjadi pemohon atau termohon dalam perkara sengketa kewenangan konstitusional lembaga negara adalah:*

- a. Dewan Perwakilan Rakyat (DPR);
- b. ... "
- g. Lembaga negara lain yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945;

Dengan dirumuskannya "*Lembaga negara lain yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945*" sebagai subjek dalam sengketa kewenangan lembaga negara, ini menunjukkan bahwa subjek sengketa kewenangan lembaga negara dimaksud tidak terbatas hanya pada DPR, DPD, MPR, Presiden, BPK, dan Pemda.

Perluasan makna lembaga negara telah pula diteguhkan dalam Putusan Nomor 004/SKLN-IV/2006 bertanggal 12 Juli 2006 yang menyatakan, "*Dalam menentukan isi dan batas kewenangan yang menjadi objectum litis suatu sengketa kewenangan lembaga negara, Mahkamah tidak hanya semata-mata menafsirkan secara tekstual bunyi dari ketentuan UUD yang memberikan kewenangan kepada lembaga negara tertentu, tetapi juga melihat kemungkinan adanya kewenangan-kewenangan pokok serta kewenangan yang diperlukan (necessary and proper) guna menjalankan kewenangan pokok tertentu tersebut. Kewenangan-kewenangan tersebut dapat saja dimuat dalam sebuah undang-undang*". Kategori lembaga negara tidak hanya semata-mata didasarkan kepada kewenangan yang bersifat nasional, melainkan juga harus melihat apakah lembaga dimaksud melaksanakan fungsi penyelenggara Pemilu sebagaimana ditentukan dalam UUD 1945. Ukuran untuk menentukan apakah lembaga dimaksud termasuk lembaga negara atau bukan, tidak hanya berdasarkan kepada kedudukan struktural lembaga yang bersangkutan dalam UUD 1945 dan bukan pula nama resminya, melainkan juga harus melihat kepada fungsi dari lembaga negara itu dalam UUD 1945.

Perkara-perkara tentang Sengketa Kewenangan Lembaga Negara yang telah dibahas di atas masuk ke Mahkamah Konstitusi dinyatakan putusannya tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*).<sup>30</sup> Yang menjadi obyek sengketa antarlembaga negara dalam rangka yurisdiksi Mahkamah Konstitusi adalah persengketaan (*dispute*) mengenai kewenangan konstitusional antarlembaga negara. Isu pokoknya bukan terletak pada kelembagaan lembaga negaranya, melainkan terletak pada soal kewenangan konstitusional yang dalam pelaksanaannya, apabila timbul sengketa penafsiran antara satu sama lain, maka yang berwenang memutuskan lembaga mana yang sebenarnya memiliki kewenangan yang dipersengketakan tersebut adalah MK.

Kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD, dapat disebut dengan lebih sederhana dengan sengketa kewenangan konstitusional antarlembaga negara. Dalam pengertian sengketa kewenangan konstitusional itu terdapat dua unsur yang harus dipenuhi, yaitu (i) adanya kewenangan konstitusional yang ditentukan dalam UUD; dan (ii) timbulnya sengketa dalam pelaksanaan kewenangan konstitusional tersebut sebagai akibat perbedaan penafsiran diantara dua atau lebih lembaga negara yang terkait.

**Tabel 1.**  
**Ketentuan Mengenai Sengketa Kewenangan Konstitusional Lembaga Negara Menurut Mahkamah Konstitusi<sup>31</sup>**

| No. | Posisi  | Penafsiran Mahkamah Konstitusi dalam PMK Nomor 08/PMK/2006  |
|-----|---|---|
| 1.  | <i>Subjectum Litis</i><br>Pemohon atau Termohon | Pasal 2 ayat (1) Lembaga Negara yang dapat menjadi Pemohon atau Termohon dalam perkara sengketa kewenangan konstitusional lembaga negara, adalah:<br>a. Dewan Perwakilan Rakyat (DPR)<br>b. Dewan perwakilan Daerah (DPD)<br>c. Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR)<br>d. Presiden<br>e. Badan Pemeriksa Keuangan (BPK)<br>f. Pemerintah Daerah (Pemda)<br>g. Lembaga Negara lain yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945 |

<sup>30</sup> Jimly Asshiddiqie, *Sengketa .. Op.Cit.*, h.12-13.

<sup>31</sup> Mahkamah Konstitusi, *Peraturan Mahkamah Konstitusi tentang Pedoman Beracara dalam Sengketa Kewenangan Konstitusional Lembaga Negara*, PMK Nomor 08/PMK/2006, Ps. 2.

|   |   |   |
|---|---|---|
| 2 | <i>Objectum Litis</i><br>Objek Sengketa | Pasal 2 ayat (2)<br>Kewenangan yang dipersengketakan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) adalah kewenangan yang diberikan atau ditentukan oleh UUD 1945. |
|---|---|---|

Penyebutan lembaga negara lain yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945 sebagai *subjectum litis* dalam Pasal 2 ayat (1) huruf g PMK 08/2006 membuka kembali kualifikasi lembaga negara yang memiliki *legal standing* untuk menjadi pihak dalam sengketa kewenangan tersebut. Hal ini terjadi karena adanya perbedaan pendapat atau tafsiran atas penyebutan lembaga negara tertentu dalam UUD 1945 yang sebagian menganggap kewenangannya diatur secara tegas dalam UUD 1945 dan sebagian menganggap tidak.

Frasa “kewenangan yang diberikan UUD 1945” sebagaimana dimaksud oleh Pasal 61 UU MK mengandung makna kewenangan atribusi, yaitu kewenangan yang diciptakan dan diberikan oleh UUD 1945 bukan kewenangan yang diciptakan dan diberikan oleh peraturan perundang-undangan di bawah UUD 1945. Namun menurut MK kewenangan-kewenangan konstitusional tersebut dapat saja dimuat atau diturunkan ke sebuah undang-undang asalkan yang diturunkan itu diperlukan untuk menjalankan kewenangan konstitusionalnya yang terdapat dalam UUD 1945.<sup>32</sup> Meskipun disebut dan diatur dalam UUD 1945, lembaga negara yang memiliki *legal standing* untuk menjadi Pemohon sengketa kewenangan lembaga negara di depan MK mendapatkan kewenangannya dari UUD 1945. Syarat *legal standing* Pemohon sengketa kewenangan konstitusional lembaga negara ditentukan dalam Pasal 3 PMK 08/2006:

1. Pemohon adalah lembaga negara yang menganggap kewenangan konstitusionalnya diambil, dikurangi, dihalangi, diabaikan, dan/atau dirugikan oleh lembaga negara yang lain.
2. Pemohon harus mempunyai kepentingan langsung terhadap kewenangan yang dipersengketakan.
3. Termohon adalah lembaga negara yang dianggap telah mengambil, mengurangi, mengabaikan dan/atau merugikan Pemohon.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Hal ini dinyatakan dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 004/SKLN-IV/2006 tanggal 12 Juli 2006 yang akan dibahas dalam Bab selanjutnya dalam makalah ini. Dalam putusan tersebut dinyatakan bahwa dalam menentukan isi dan batas kewenangan yang menjadi *objectum litis* suatu sengketa kewenangan lembaga negara, Mahkamah tidak hanya semata-mata menafsirkan secara tekstual bunyi dari ketentuan UUD 1945 yang memberikan kewenangan kepada lembaga negara tertentu, tetapi juga melihat kemungkinan adanya kewenangan-kewenangan implisit yang terdapat dalam suatu kewenangan pokok dan kewenangan yang diperlukan (*necessary and proper*) guna menjalankan kewenangan pokok tersebut. Kewenangan-kewenangan tersebut dapat saja dimuat dalam sebuah undang-undang.

<sup>33</sup> Mahkamah Konstitusi, *Op.Cit.*, Ps. 3.

Syarat-syarat di atas dapat ditafsirkan bahwa kriteria *legal standing* lembaga negara untuk dapat mengajukan perkara sengketa kewenangan lembaga negara juga adanya hubungan kausal kerugian yang dialami dalam melaksanakan kewenangannya dengan kewenangan yang dilaksanakan lembaga lain.<sup>34</sup>

Untuk menilai apakah lembaga negara mempunyai *legal standing* atau tidak dapat digunakan kriteria yang ketat atau yang longgar. Jika kriteria yang dipakai bersifat *prudential* dan ketat, maka kriterianya adalah:<sup>35</sup>

1. Apakah lembaga negara yang mengajukan permohonan memang sungguh-sungguh merupakan salah satu lembaga negara seperti yang dimaksud oleh undang-undang dasar.
2. Apakah kewenangan yang dipersoalkan lembaga negara pemohon itu memang benar merupakan kewenangan yang bersumber dari pemberian undang-undang dasar kepada lembaga atau lembaga-lembaga yang bersangkutan.
3. Apakah memang benar bahwa keberadaan kewenangan konstitusionalnya itu telah nyata-nyata terganggu atau dapat diperkirakan pasti akan terganggu, atau dapat diperkirakan pasti akan terganggu, atau terhambat pelaksanaannya, atau kewenangannya itu menjadi dikurangi atau tidak dapat dilaksanakan sepenuhnya sesuai dengan ketentuan undang-undang dasar.
4. Gangguan atau hambatan yang dimaksudkan tersebut mempunyai hubungan kausal atau *causal-verband* dengan kewenangan atau pelaksanaan kewenangan lembaga negara yang lain, dan memang terbukti disebabkan oleh adanya kewenangan atau pelaksanaan kewenangan dari lembaga negara lain yang juga menganggap dirinya berwenang mengenai hal itu.
5. Sejauhmana potensi perkara yang diajukan itu memang masuk akal untuk dikabulkan, tidak bersifat asalan atau untuk maksud-maksud yang lain dari harapan untuk dikabulkan, misalnya sekedar untuk mencari popularitas atau sekedar untuk menjadikan hal itu sebagai isu nasional, dan sebagainya.
6. Sejauhmana putusan Mahkamah Konstitusi yang mengabulkan seperti yang diharapkan, memang akan ternyata bernilai positif bagi pemohon sendiri dan bagi upaya menegakkan undang-undang dasar.
7. Apabila keenam kriteria tersebut di atas telah terpenuhi, barulah diadakan penilaian substantif mengenai sejauhmana kewenangan konstitusional yang dipersoalkan atau yang menjadi objek persengketaan tersebut adalah

<sup>34</sup> Maruarar Siahaan, *Hukum Acara...*, *Op.Cit.*, h. 195.

<sup>35</sup> Jimly Asshiddiqie, *Op.Cit.*, h. 31-32.

kewenangan yang menurut undang-undang dasar memang merupakan kewenangan konstitusional lembaga A, lembaga B, atau lembaga C atau kewenangan konstitusional yang terbagi diantara lembaga-lembaga negara yang bersangkutan.

Kriteria *legal standing* tersebut dapat dibandingkan dengan ketentuan mengenai soal ini dalam sistem hukum Amerika Serikat. Dari kriteria pertama, sebagaimana dapat dipahami dari ketentuan *Article III* Konstitusi Amerika Serikat, dapat dikemukakan tiga hal berikut:<sup>36</sup>

1. *Pemohon haruslah mengalami kerugian yang nyata (injury in fact) dalam arti "an invasion of a legally protected interest which is (a) concrete and particularized, and (b) actual or imminent, rather than conjectural or hypothetical"*
2. *Adanya hubungan sebab-akibat atau "a causal relationship between the injury and the challenged conduct" dalam arti bahwa "the injury is fairly traceable to the challenged action of the defendant, and not the result of the independent action of some third party who is not before the court" dan*
3. *"A likelihood that the injury will be redressed by a favorable decision, which means that the prospect of obtaining relief from the injury as a result of a favorable ruling is not too speculative"*

Sedangkan dari kriteria kedua, sebagai tambahan atas persyaratan konstitusional tersebut diatas, ada pula pertimbangan lain yang ditentukan sendiri oleh pengadilan. Di Amerika Serikat, pengadilan biasanya membatasi persyaratan *legal standing* itu lebih jauh dengan tiga persyaratan lainnya yang lebih *prudential*, yaitu:<sup>37</sup>

1. *"Claims are restricted to parties injured directly rather than third parties asserting the claims of others, excepts where the third party has interchangeable economic interest with the party, or a person unprotected by a particular law sues to challenge the oversweeping of the law it the rights of others";*
2. *"The courts will not adjudicate generalized grievances more appropriately addressed in representative branches";*
3. *A plaintiff's complaint must fall within the zone of interests protected by the law invoked.*

<sup>36</sup> *Ibid.*, h. 33.

<sup>37</sup> *Ibid.*, h. 33-34.

Kriteria *legal standing* tersebut bisa menjadi alternatif untuk menilai apakah lembaga negara mempunyai *legal standing* atau tidak dapat digunakan sebagai parameter menilai lembaga-lembaga negara tersebut apakah memiliki kewenangan konstitusional yang diberikan oleh UUD 1945.

## KESIMPULAN

Parameter penentuan lembaga negara harus memperhatikan: (1) apakah nama lembaga negara disebut secara eksplisit, (2) apakah eksplisit hanya disebut fungsinya saja, (3) ada pula lembaga atau organ yang disebut baik namanya maupun fungsi atau kewenangannya diatur dengan peraturan yang lebih rendah. Sehingga untuk itu diperlukan penafsiran secara luas oleh Mahkamah untuk dapat melihat kedudukan struktural, nama resmi lembaga negara tersebut, dan konteks fungsi dari lembaga negara itu sendiri.

Bila tafsir mengenai lembaga negara yang dapat menjadi pihak (*subjectum litis*) dan *objectum litis*-nya masih terbuka penafsiran yang lebih luas, tidak terpaku pada pengaturan rigid terpenuhinya syarat formil sebagaimana diatur dalam Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, Pasal 61 ayat (1) UU MK, dan Pasal 2 PMK No. 8/2006. Mahkamah melalui Putusannya diharapkan dapat menggunakan terobosan pemikiran dan penafsiran yang lebih luas terkait parameter lembaga negara yang dapat menjadi *subjectum litis* dalam sengketa kewenangan lembaga negara dengan mengikuti perubahan ketatanegaraan yang semakin dinamis dan membutuhkan penyelesaian atas sengketa kewenangan yang muncul. Mahkamah dapat mengakomodir perubahan ataupun penambahan dari perluasan lembaga negara (*subjectum litis*) tersebut melalui Putusan dan revisi Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 08 Tahun 2006 tentang Pedoman Beracara Dalam Sengketa Kewenangan Konstitusional Lembaga Negara.

## DAFTAR PUSTAKA

### Buku

Agus Wahyudi, 2005, "Doktrin Pemisahan Kekuasaan: Akar Filsafat dan Praktek", *Jurnal JENTERA*, Edisi 8 Tahun III, Maret.

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

- Jimly Asshiddiqie, 2009, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jakarta: Raja Grafindo Persada.
- \_\_\_\_\_, 2005, *Format Kelembagaan Negara dan Pergeseran Kekuasaan Dalam UUD 1945*, Yogyakarta: FH UII Press.
- \_\_\_\_\_, 2004, *Perkembangan Ketatanegaraan Pasca Perubahan UUD 1945 dan Tantangan Pembaharuan Pendidikan Hukum Indonesia*, Makalah disampaikan dalam Seminar Nasional “*Perkembangan Ketatanegaraan Pasca Perubahan UUD dan Lokakarya Pembaharuan Kurikulum Pendidikan Tinggi Hukum Indonesia*”, diselenggarakan oleh Asosiasi Pengajar HTN dan HAN, Jakarta, 7 September.
- \_\_\_\_\_, 2005, *Sengketa Kewenangan Antarlembaga Negara*, Jakarta: Konstitusi Press.
- Luthfi Widagdo Eddyono, 2013, *Penyelesaian Sengketa Kewenangan Lembaga Negara oleh Mahkamah Konstitusi*, Yogyakarta: Insignia Strat.
- Maruarar Siahaan, 2012, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Miriam Budiardjo, 2002, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.
- Moh. Kusnardi dan Bintang R. Saragih, *Susunan Pembagian Kekuasaan Menurut Sistem Undang-Undang Dasar 1945*, Jakarta: Gramedia Pustaka.
- Ni'matul Huda, 2007, *Lembaga Negara Dalam Masa Transisi Demokrasi*, Yogyakarta: FH UII Press.
- Raisul Muttaqien, 2006, *Teori Umum Tentang Hukum Dan Negara*, Cetakan I, Bandung: Nusamedia dan Nuansa.
- Romi Librayanto, 2008, *Trias Politica Dalam Struktur Ketatanegaraan Indonesia*, Makasar: PUKAP.
- Sri Soemantri M., 1987, *Prosedur dan Sistem Perubahan Konstitusi*, Bandung: Alumni.
- Titik Triwulan Tutik, 2008, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesai Pasca Amandemen UUD 1945*, Jakarta: Cerdas Pustaka Publisher.
- Wade and Phillips, 1965, *Constitutional Law: An Outline Of The Law and Practice of The Constitution, Including Central and Local Government, The Citizen and The State and Administratif Law* London: Longmans.

## **Perundang-undangan**

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana Telah Diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 08/PMK/2006 tentang Pedoman Beracara dalam Sengketa Kewenangan Konstitusional Lembaga Negara.

## **Putusan Mahkamah Konstitusi**

Putusan MK Nomor 27/SKLN-VI/2008 tentang Sengketa Kewenangan Lembaga Negara (SKLN) antara Komisi Pemilihan Umum (KPU) Provinsi Maluku Utara Melawan Presiden Republik Indonesia.

Putusan MK Nomor 027/SKLN-IV/2006 tentang Perkara Permohonan Sengketa Kewenangan Lembaga Negara yang Kewenangannya Diberikan oleh UUD 1945.

Putusan MK Nomor 004/SKLN-IV/2006 tentang Sengketa Kewenangan antara Drs. H.M. Saleh Manaf & Drs. Solihin Sari terhadap Presiden RI, Menteri Dalam Negeri, DPRD Bekasi.

# **Analisis Kritis terhadap Perjanjian Perkawinan dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015**

## ***Critical Analysis on Marital Agreement in the Decision of Constitutional Court Number 69/PUU-XIII/2015***

**Damian Agata Yuvens**

Fakultas Hukum Universitas Indonesia

Jl. Prof. Mr. Djokosoetono, Kampus Universitas Indonesia Depok 16424

E-mail: agata.yuvens@gmail.com

Naskah diterima: 18/09/2017 revisi: 15/10/2017 disetujui: 05/11/2017

### **Abstrak**

Pengujian terhadap beberapa ketentuan dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria dan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan ditujukan untuk memastikan agar warga negara Indonesia yang menikah dengan warga negara asing bisa tetap memiliki hak atas tanah dengan titel Hak Milik maupun Hak Guna Bangunan. Hasil akhirnya, Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, melalui Putusan No. 69/PUU-XIII/2015, menolak sebagian permohonan yang diajukan dan memberikan tafsir sehubungan dengan perjanjian perkawinan, sehingga perjanjian perkawinan juga bisa dibuat selama dalam ikatan perkawinan. Namun demikian, terdapat masalah nyata dalam Pertimbangan Hukum yang disusun, yaitu falasi, kurangnya pertimbangan dan tidak adanya analisis dampak. Di sisi lain, penilaian yang dilakukan secara terpisah oleh Mahkamah Konstitusi terhadap objek yang diujikan menyebabkan tidak tampaknya perdebatan komprehensif mengenai isu pokok yang diujikan. Terlepas dari kekurangan tersebut, tak dapat pula disangkal bahwa Putusan No. 69/PUU-XIII/2015 memberikan alternatif jalan keluar.

**Kata kunci:** Perjanjian Perkawinan, Pertimbangan Hukum, Putusan No. 69/PUU-XIII/2015.

### **Abstract**

*Review on some provisions in Law of the Republic of Indonesia Number 5 of 1960 concerning Basic Regulations on Agrarian Principles as well as Law of the Republic of Indonesia Number 1 of 1974 concerning Marriage were submitted in order to ensure that Indonesian citizen who marries foreign citizen could still hold land right with title of the Right of Ownership and the Right of Building. As a result, Constitutional Court of the Republic of Indonesia, through Decision No. 69/PUU-XIII/2015, rejected part of the petition and provided interpretation in relation to marital agreement, so that marital agreement could be drafted during the marriage relation. Nevertheless, there are visible problems in the Legal Consideration, namely fallacy, lack of consideration and no impact analysis. On the other hand, assessment conducted separately by Constitutional Court of the Republic of Indonesia caused the invisibility of comprehensive debate on the main issue that is contested. Apart from the said shortcomings, it is undeniable that Decision No. 69/PUU-XIII/2015 provided alternative way out.*

**Keywords:** *Marital Agreement, Legal Consideration, Decision No. 69/PUU-XIII/2015.*

## **PENDAHULUAN**

Dengan adanya ikatan perkawinan antara laki-laki dan perempuan, maka demi hukum terjadi percampuran harta di antara keduanya.<sup>1</sup> Percampuran harta ini menyebabkan munculnya harta bersama, yaitu keseluruhan harta yang diperoleh selama masa perkawinan.<sup>2</sup> Namun demikian, ada pengecualian terhadap percampuran harta ini, yaitu terhadap harta yang diperoleh sebelum perkawinan, harta yang diperoleh berdasarkan pemberian dan harta yang diperoleh berdasarkan pewarisan.<sup>3</sup>

Meskipun percampuran harta terjadi demi hukum, tak berarti keadaan ini tidak bisa dihindari. Hukum positif memberikan jalan keluar, yaitu dengan membuat perjanjian perkawinan yang secara tegas memisahkan harta suami dan istri dalam perkawinan.<sup>4</sup> Dengan perjanjian semacam ini, maka ada pemisahan harta antara suami dan istri.

<sup>1</sup> Indonesia (1), *Undang-Undang tentang Perkawinan*, UU No. 1 Tahun 1974 (LN No. 1 Tahun 1974, TLN No. 3019) Pasal 35 ayat (1).

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*, Pasal 35 ayat (2).

<sup>4</sup> Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan ("UU Perkawinan") tidak mengatur mengenai apa saja yang bisa diatur dalam perjanjian perkawinan. Aturan main yang diberikan hanya seputar larangan dari isi perjanjian perkawinan. Dengan mengacu pada Pasal 66 UU Perkawinan, ketentuan mengenai isi dari perjanjian perkawinan bisa merujuk pada ketentuan dalam *Burgerlijk Wetboek voor Indonesië* ("BW"), sebab isi dari perjanjian perkawinan bukan merupakan hal yang diatur dalam UU Perkawinan. Pasal 139 BW secara tegas mengatur bahwa perjanjian perkawinan bisa mengesampingkan perihal percampuran harta akibat perkawinan. Lihat, Indonesia (1), *Undang-Undang tentang Perkawinan*, Pasal 29 dan Pasal 66. Lihat juga, *Burgerlijk Wetboek voor Indonesië* (Staatsblad 1846 No. 23) Pasal 139.

Kondisi hukum ini berlaku secara tanpa kecuali bagi setiap warga negara Indonesia (“WNI”), termasuk WNI yang kawin dengan warga negara asing (“WNA”),<sup>5</sup> maupun WNI yang melangsungkan perkawinan di luar Indonesia<sup>6</sup>. Permasalahannya kemudian adalah, percampuran harta yang terjadi antara WNI dan WNA menyebabkan gugurnya hak dari WNI yang bersangkutan untuk memiliki tanah dengan titel hak milik (“HM”) hak guna bangunan (“HGB”) maupun Hak Guna Usaha (“HGU”).

Permasalahan inilah yang kemudian diujikan di hadapan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (“MKRI”) oleh Ny. Ike Farida. Ketentuan yang dimohonkan untuk diuji adalah ketentuan-ketentuan dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (“UUPA”) dan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (“UU Perkawinan”). Permohonan yang diajukan pada pokoknya bertujuan untuk merincikan status hukum dari WNI sebagai pihak yang berhak memegang tanah dengan titel HM dan HGB,<sup>7</sup> mengubah ketentuan mengenai masa pembuatan perjanjian perkawinan<sup>8</sup> dan perubahannya<sup>9</sup>, serta memberikan batasan terhadap percampuran harta (dengan mengecualikan HM dan HGB ketika perkawinan terjadi antara WNI dan WNA)<sup>10</sup>.

Menanggapi permohonan yang diajukan, MKRI memutuskan—melalui Putusan No. 69/PUU-XIII/2015—untuk mengubah ketentuan mengenai masa pembuatan perjanjian perkawinan<sup>11</sup>, pengakhirannya<sup>12</sup> serta masa berlakunya.<sup>13</sup> Konsep percampuran harta dalam perkawinan, yang mencakup HM serta HGB yang diperoleh selama perkawinan, tetap dipertahankan tanpa perkecualian. Perubahan yang terjadi adalah, diperluasnya jalan keluar untuk melakukan pemisahan harta dalam perkawinan.

Tulisan ini mencoba untuk memberikan analisis kritis terhadap pertimbangan yang diberikan oleh MKRI dalam Putusan No. 69/PUU-XIII/2015 sembari memberikan gambaran umum mengenai pilihan yang diambil oleh MKRI dalam Putusan No. 69/PUU-XIII/2015.

<sup>5</sup> Ketentuan Pasal 56 ayat (1) UU Perkawinan menyatakan bahwa perkawinan yang dilakukan oleh warga negara Indonesia di luar Indonesia tidak boleh melanggar ketentuan di dalam UU Perkawinan. Lihat, Indonesia (1), *Undang-Undang tentang Perkawinan*, Pasal 56 ayat (1).

<sup>6</sup> *Ibid*, Pasal 57.

<sup>7</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (1), *Putusan Nomor 69/PUU-XIII/2015*, h. 13, 16 dan 33.

<sup>8</sup> *Ibid*, h. 28 dan 33.

<sup>9</sup> *Ibid*, h. 28 dan 34.

<sup>10</sup> *Ibid*, h. 28, 31 dan 34.

<sup>11</sup> *Ibid*, h. 154 dan 156.

<sup>12</sup> *Ibid*, h. 157.

<sup>13</sup> *Ibid*, h. 154 dan 156-157.

## PEMBAHASAN

Dalam Putusan No. 69/PUU-XIII/2015, MKRI membagi pertimbangan hukum sehubungan dengan pokok perkara dalam 2 bagian, yaitu pertimbangan mengenai pengujian Pasal 21 ayat (1) dan Pasal 36 ayat (1) UUPA dan pertimbangan mengenai pengujian Pasal 29 ayat (1), Pasal 29 ayat (3), Pasal 29 ayat (4) dan Pasal 35 ayat (1) UU Perkawinan. Oleh sebab itu, analisis kritis terhadap pertimbangan hukum MKRI dalam tulisan ini pun akan dibagi ke dalam 2 bagian. Bagian selanjutnya dari tulisan ini akan memberikan gambaran umum terhadap isu utama yang diujikan oleh Ny. Ike Farida yang pembahasannya tidak dilakukan secara menyeluruh oleh MKRI dalam Putusan No. 69/PUU-XIII/2015.

### A. Komentar terhadap Pertimbangan MKRI sehubungan dengan Pengujian Pasal 21 ayat (1) dan Pasal 36 ayat (1) UUPA

Permohonan yang diajukan oleh Ny. Ike Farida menginginkan adanya rincian status hukum dari WNI sebagai pihak yang berhak memegang tanah dengan titel HM dan HGB, sehingga frasa “WNI” dalam Pasal 21 ayat (1) dan Pasal 36 ayat (1) UUPA harus dimaknai sebagai “WNI tanpa terkecuali dalam segala status perkawinan, baik WNI yang tidak kawin, WNI yang kawin dengan sesama WNI maupun WNI yang kawin dengan WNA”.<sup>14</sup> Permohonan ini dianggap oleh MKRI mempersempit pengertian WNI yang diatur dalam Pasal 2 dan Pasal 4 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan (“UU Kwn”), dan karenanya MKRI menyatakan bahwa permohonan Ny. Ike Farida sehubungan dengan UUPA tidaklah beralasan menurut hukum.<sup>15</sup> Berikut adalah kutipan dari kedua Pasal tersebut.

Pasal 2 UU Kwn:

*“Yang menjadi Warga Negara Indonesia adalah orang-orang bangsa Indonesia asli dan orang-orang bangsa lain yang disahkan dengan undang-undang sebagai warga negara.”<sup>16</sup>*

Pasal 4 UU Kwn:

*“Warga Negara Indonesia adalah:*

- a. setiap orang yang berdasarkan peraturan perundang-undangan dan/atau berdasarkan perjanjian Pemerintah Republik Indonesia dengan negara lain sebelum Undang-Undang ini berlaku sudah menjadi Warga Negara Indonesia;*

<sup>14</sup> *Ibid*, h. 13, 16 dan 33.

<sup>15</sup> *Ibid*, h. 150.

<sup>16</sup> Indonesia (2), *Undang-Undang tentang Kewarganegaraan*, UU No. 12 Tahun 2006 (LN No. 63 Tahun 2006, TLN No. 4634) Pasal 2.

- b. *anak yang lahir dari perkawinan yang sah dari seorang ayah dan ibu Warga Negara Indonesia;*
- c. *anak yang lahir dari perkawinan yang sah dari seorang ayah Warga Negara Indonesia dan ibu warga negara asing;*
- d. *anak yang lahir dari perkawinan yang sah dari seorang ayah warga negara asing dan ibu Warga Negara Indonesia;*
- e. *anak yang lahir dari perkawinan yang sah dari seorang ibu Warga Negara Indonesia, tetapi ayahnya tidak mempunyai kewarganegaraan atau hukum negara asal ayahnya tidak memberikan kewarganegaraan kepada anak tersebut;*
- f. *anak yang lahir dalam tenggang waktu 300 (tiga ratus) hari setelah ayahnya meninggal dunia dari perkawinan yang sah dan ayahnya Warga Negara Indonesia;*
- g. *anak yang lahir di luar perkawinan yang sah dari seorang ibu Warga Negara Indonesia;*
- h. *anak yang lahir di luar perkawinan yang sah dari seorang ibu warga negara asing yang diakui oleh seorang ayah Warga Negara Indonesia sebagai anaknya dan pengakuan itu dilakukan sebelum anak tersebut berusia 18 (delapan belas) tahun atau belum kawin;*
- i. *anak yang lahir di wilayah negara Republik Indonesia yang pada waktu lahir tidak belasan status kewarganegaraan ayah dan ibunya;*
- j. *anak yang baru lahir yang ditemukan di wilayah negara Republik Indonesia selama ayah dan ibunya tidak diketahui;*
- k. *anak yang lahir di wilayah negara Republik Indonesia apabila ayah dan ibunya tidak mempunyai kewarganegaraan atau tidak diketahui keberadaannya;*
- l. *anak yang dilahirkan di luar wilayah negara Republik Indonesia dari seorang ayah dan ibu Warga Negara Indonesia yang karena ketentuan dari negara tempat anak tersebut dilahirkan memberikan kewarganegaraan kepada anak yang bersangkutan;*
- m. *anak dari seorang ayah atau ibu yang telah dikabulkan permohonan kewarganegaraannya, kemudian ayah atau ibunya meninggal dunia sebelum mengucapkan sumpah atau menyatakan janji setia.”<sup>17</sup>*

Benarkah demikian? Benarkah hal yang diminta oleh Ny. Ike Farida justru mempersempit ruang lingkup WNI?

Mari bandingkan pengertian WNI yang ada dalam UU Kwn dengan apa yang dimohonkan oleh Ny. Ike Farida. Dalam UU Kwn, yang diatur adalah siapa saja yang menjadi WNI dengan menguraikan kondisi-kondisi yang bisa menjadikan seseorang sebagai WNI. Sedangkan yang klasifikasi yang dibuat oleh Ny. Ike

<sup>17</sup> *Ibid*, Pasal 4.

Farida membicarakan mengenai tipe-tipe WNI berdasarkan perkawinannya. Yang dimohonkan oleh Ny. Ike Farida adalah agar WNI dalam konteks Pasal 21 ayat (1) dan Pasal 36 ayat (1) UUPA harus dimaknai tanpa memperhatikan status perkawinannya.

Meski hal yang dimohonkan oleh Ny. Ike Farida tidak sama dengan hal yang diatur dalam UU Kwn, namun keduanya memiliki hubungan. Hal yang diatur dalam UU Kwn merupakan premis untuk menentukan hal yang dimohonkan oleh Ny. Ike Farida. *Pertama*, penentuan kewarganegaraan seseorang. Dalam tahap ini, ditentukan apakah yang bersangkutan adalah WNI atau bukan. *Kedua*, penentuan status perkawinan dalam kapasitasnya sebagai WNI. Setelah status kewarganegaraannya dipastikan sebagai WNI, barulah pertanyaan “apakah WNI yang bersangkutan telah menikah atau belum?” bisa dicari jawabannya.

Meskipun logika di atas dibalik—dengan menjadikan status perkawinan sebagai premis—hasilnya tidak berubah: bahwa hal yang diatur dalam UU Kwn tidaklah sama dengan yang dimohonkan oleh Ny. Ike Farida, dan bahwa yang dimohonkan oleh Ny. Ike Farida tidaklah mempersempit pengertian WNI. Umumnya, status perkawinan tidak mempengaruhi status kewarganegaraan seseorang. Perkecualian terhadap keadaan ini diatur dalam Pasal 26 UU Kwn yang intinya menyatakan bahwa perkawinan bisa menyebabkan hilangnya status seseorang sebagai WNI jika menurut hukum negara asal suami/istri non-WNI, kewarganegaraan pasangan WNI mengikuti kewarganegaraan suami/istri non-WNI.<sup>18</sup>

Bahkan dengan memperhitungkan perkecualian di atas, klaim MKRI bahwa status perkawinan WNI adalah sama dengan keadaan yang menyebabkan munculnya status WNI tidaklah terbukti. Perkecualian dalam Pasal 26 UU Kwn justru membuktikan bahwa status perkawinan tidak sama dengan status kewarganegaraan, meski keduanya bisa berhubungan secara negatif.

Uraian di atas menunjukkan bahwa pertimbangan yang disampaikan oleh MKRI tidaklah tepat. Kendatipun demikian, apakah permohonan yang diajukan oleh Ny. Ike Farida beralasan menurut hukum?

Dengan mencermati tujuan pengajuan permohonan, maka yang hendak dituju oleh Ny. Ike Farida adalah agar WNI tetap bisa memegang hak atas tanah dengan titel HM dan/atau HGB kendati telah menikah dengan WNA.<sup>19</sup> Berdasarkan

<sup>18</sup> *Ibid*, Pasal 26.

<sup>19</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (1), *Putusan Nomor 69/PUU-XIII/2015*, h. 10.

konstruksi yang demikian, sebenarnya permohonan Ny. Ike Farida agar MKRI memberikan penafsiran terhadap Pasal 21 ayat (1) dan Pasal 36 ayat (1) UUPA tidaklah tepat. Mengapa? Sebab yang menyebabkan “hilangnya” hak WNI untuk memiliki tanah dengan titel HM dan HGB adalah terjadinya percampuran harta dengan WNA akibat perkawinan.

Meskipun frasa WNI dimaknai sebagaimana dikehendaki oleh Ny. Ike Farida, tetap saja WNI yang hartanya bercampur dengan WNA akibat perkawinan tidak bisa memiliki tanah dengan titel HM dan HGB. Penyebabnya tak lain adalah ketentuan-ketentuan mengenai HM dan HGB yang diatur dalam UUPA.

Pasal 21 ayat (3) UUPA secara tegas menyatakan bahwa percampuran harta akibat perkawinan antara WNI dan WNA menimbulkan kewajiban hukum bagi WNA yang bersangkutan untuk melepaskan HM yang dimilikinya dalam jangka waktu 1 tahun sejak percampuran harta terjadi.<sup>20</sup>

Dalam konteks tanah dengan titel HGB, keadaannya cukup berbeda. Pasal 36 ayat (2) UUPA hanya menyatakan bahwa orang yang tak lagi memenuhi syarat untuk memegang titel HGB wajib melepaskan atau mengalihkan haknya.<sup>21</sup> Syarat yang ditentukan dalam Pasal 36 ayat (1) UUPA hanyalah kewarganegaraan: untuk perorangan maka harus WNI, sedangkan untuk badan hukum haruslah didirikan menurut hukum Indonesia dan berkedudukan di Indonesia.<sup>22</sup> Dengan adanya percampuran harta antara WNI dan WNA (melalui perkawinan), maka tanah dengan titel HGB yang semula dimiliki sendiri oleh WNI, menjadi dimiliki bersama dengan WNA.<sup>23</sup> Artinya, syarat bahwa HGB hanya bisa dimiliki oleh WNI menjadi tak lagi terpenuhi.

Uraian di atas menunjukkan bahwa yang menjadi masalah dalam hal kepemilikan terhadap tanah dengan titel HM dan HGB bukanlah status perkawinannya, melainkan ada tidaknya percampuran harta dalam perkawinan yang bersangkutan. Bagi WNI yang tidak/belum kawin, poin percampuran harta bukan merupakan isu. Bagi WNI yang kawin dengan WNI, meski percampuran harta terjadi, namun hal tersebut juga tidak menjadi masalah karena keduanya adalah WNI. Namun bagi WNI yang kawin dengan WNA dan hartanya bercampur,

<sup>20</sup> Indonesia (3), *Undang-Undang tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria*, UU No. 5 Tahun 1960 (LN No. 104 Tahun 1960, TLN No. 2043) Pasal 21 ayat (3).

<sup>21</sup> *Ibid*, Pasal 36 ayat (2).

<sup>22</sup> *Ibid*, Pasal 36 ayat (1).

<sup>23</sup> Surat Direktorat Jenderal Hak Asasi Manusia Nomor HAM2-HA.01.02-10 tertanggal 20 Januari 2015 menyatakan: “...harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama, sehingga disini ada percampuran harta, dan suami yang berstatus WNA akan turut menjadi pemilik atas harta tersebut.”

maka barulah masalah kepemilikan terhadap tanah dengan titel HM dan HGB menjadi soal. Artinya, hal yang dimohonkan oleh Ny. Ike Farida ternyata pun tak tepat sasaran.

## **B. Komentar terhadap Pertimbangan MKRI sehubungan dengan Pengujian Pasal 29 ayat (1), Pasal 29 ayat (3), Pasal 29 ayat (4) dan Pasal 35 ayat (1) UU Perkawinan**

Dalam pertimbangan hukumnya, MKRI mendalilkan adanya kebutuhan untuk mengakomodir pihak-pihak yang hendak membuat perjanjian perkawinan selama dalam ikatan perkawinan.<sup>24</sup> Larangan terhadap hal ini—sebagaimana termuat dalam Pasal 29 ayat (1) UU Perkawinan—merupakan pembatasan terhadap kebebasan untuk membuat perjanjian.<sup>25</sup> Logika yang sama diterapkan oleh MKRI terhadap pengujian frasa “selama perkawinan berlangsung” dalam Pasal 29 ayat (4) UU Perkawinan, dan karenanya, frasa tersebut—menurut MKRI—harus dimaknai selama dalam ikatan perkawinan.<sup>26</sup>

Hal yang menarik untuk dicermati adalah petitem yang disusun oleh MKRI. Ada 3 poin penafsiran yang diberikan oleh MKRI terhadap UU Perkawinan, yang masing-masingnya adalah sebagai berikut (beserta dengan versi asli UU Perkawinan):

|                   | <b>Versi asli UU Perkawinan</b>  | <b>Penafsiran oleh MKRI</b>   |
|-------------------|--|---|
| Pasal 29 ayat (1) | Pada waktu atau sebelum perkawinan dilangsungkan, kedua pihak atas persetujuan bersama dapat mengadakan perjanjian tertulis yang disahkan oleh pegawai pencatat perkawinan, setelah mana isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga sepanjang pihak ketiga tersangkut.* | Pada waktu, sebelum dilangsungkan atau selama dalam ikatan perkawinan kedua belah pihak atas persetujuan bersama dapat mengajukan perjanjian tertulis yang disahkan oleh pegawai pencatat perkawinan atau notaris, setelah mana isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga |

\* Indonesia (1), *Undang-Undang tentang Perkawinan*, Pasal 29 ayat (1).

<sup>24</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (1), *Putusan Nomor 69/PUU-XIII/2015*, h. 153.

<sup>25</sup> *Ibid.*, h. 154.

<sup>26</sup> *Ibid.*

|                   |  |   |
|-------------------|--|---|
|                   |  | sepanjang pihak ketiga tersangkut.**  |
| Pasal 29 ayat (3) | Perjanjian tersebut mulai berlaku sejak perkawinan dilangsungkan.***   | Perjanjian tersebut mulai berlaku sejak perkawinan dilangsungkan, kecuali ditentukan lain dalam Perjanjian Perkawinan.****  |
| Pasal 29 ayat (4) | Selama perkawinan berlangsung, perjanjian tersebut tidak dapat diubah, kecuali bila dari kedua belah pihak ada persetujuan untuk mengubah dan perubahan tidak merugikan pihak ketiga.***** | Selama perkawinan berlangsung, perjanjian perkawinan dapat mengenai harta perkawinan atau perjanjian lainnya, tidak dapat diubah atau dicabut, kecuali bila dari kedua belah pihak ada persetujuan untuk mengubah atau mencabut, dan perubahan atau pencabutan itu tidak merugikan pihak ketiga.***** |

\*\* Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (1), *Putusan Nomor 69/PUU-XIII/2015*, h. 156.

\*\*\* Indonesia (1), *Undang-Undang tentang Perkawinan*, Pasal 29 ayat (3).

\*\*\*\* Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (1), *Putusan Nomor 69/PUU-XIII/2015*, h. 156-157.

\*\*\*\*\* Indonesia (1), *Undang-Undang tentang Perkawinan*, Pasal 29 ayat (4).

\*\*\*\*\* Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (1), *Putusan Nomor 69/PUU-XIII/2015*, h. 157.

Dalam penafsirannya terhadap Pasal 29 ayat (1) UU Perkawinan, MKRI tak hanya menambahkan frasa “selama dalam ikatan perkawinan”, namun juga mengubah kata “mengadakan” menjadi “mengajukan” serta menambahkan frasa “atau notaris”. Menariknya adalah, hal yang dibahas dalam pertimbangan Putusan No. 69/PUU-XIII/2015 hanyalah mengenai penambahan frasa “selama dalam ikatan perkawinan”.<sup>27</sup> Tidak ada penjelasan mengapa kata “mengadakan” harus dimaknai menjadi “mengajukan”. Tidak ada pula uraian yang menjelaskan alasan penambahan frasa “atau notaris”.

<sup>27</sup> *Ibid*, h. 154.

Secara logis, bisa dipahami bahwa kata “mengajukan” dan frasa “atau notaris” diperkenalkan untuk mengakomodir perjanjian perkawinan yang dibuat selama dalam ikatan perkawinan. Bahwa ketika perkawinan telah berjalan, maka perjanjian perkawinan tak lagi bisa “diadakan” di hadapan pegawai pencatat perkawinan; sedangkan perjanjian perkawinan tetap bisa “diajukan” pada saat atau sebelum perkawinan dilangsungkan. Keadaan ini pula yang memunculkan opsi baru, yaitu notaris.

Pemberian kewenangan kepada pejabat pencatat perkawinan untuk mengesahkan perjanjian perkawinan secara logis dimaksudkan agar perjanjian yang bersangkutan menjadi 1 kesatuan dari keseluruhan dokumen perkawinan. Artinya, desain awal dari Pasal 29 ayat (1) UU Perkawinan adalah menciptakan tertib administrasi. Dengan dibukanya opsi baru, yaitu notaris, maka tujuan ini *belum tentu* bisa tercapai.

Selanjutnya MKRI memberikan penafsiran terhadap Pasal 29 ayat (3) UU Perkawinan dan menambahkan frasa “kecuali ditentukan lain dalam Perjanjian Perkawinan”. Lagi-lagi, tak ada pertimbangan yang secara khusus diberikan oleh MKRI sehubungan dengan penambahan frasa ini. Namun, frasa ini, tak ayal, memang dibutuhkan untuk mengakomodir tambahan frasa “selama dalam ikatan perkawinan” yang ditambahkan dalam Pasal 29 ayat (1) UU Perkawinan. Hal yang perlu diperhatikan adalah, tambahan perkecualian ini juga berlaku bagi perjanjian perkawinan yang dibuat pada saat atau sebelum perkawinan berlangsung.

Keadaan mengenai kebebasan untuk menentukan masa mulai berlakunya perjanjian perkawinan memunculkan perdebatan baru. Apakah perjanjian perkawinan bisa berlaku surut?

Dengan tambahan frasa “selama dalam ikatan perkawinan” dalam Pasal 29 ayat (1) UU Perkawinan dikombinasikan dengan tambahan frasa “kecuali ditentukan lain dalam Perjanjian Perkawinan” dalam Pasal 29 ayat (3) UU Perkawinan, bagi pasangan suami-istri yang baru membuat perjanjian perkawinan setelah sudah menikah dan tidak mengatur mengenai masa mulai berlakunya perjanjian mereka, maka perjanjian yang bersangkutan demi hukum harus dilihat mulai berlaku sejak perkawinan dilangsungkan. Sederhananya, perjanjian perkawinan yang demikian berlaku surut (retroaktif). Keadaan ini, berdasarkan pemaknaan yang diberikan oleh MKRI adalah dibenarkan.

Pertanyaannya: tepatkah? Bolehkah?

Ada beberapa variabel yang bisa digunakan untuk menganalisis keadaan ini. *Pertama*, tidak ada pengaturan yang melarang untuk membuat perjanjian yang berlaku surut. Buku III *Burgerlijk Wetboek voor Indonesie* (“**BW**”) yang mengatur mengenai perjanjian secara umum, tidak memberikan larangan mengenai perjanjian yang retroaktif. Larangan retroaktif ada dalam ranah hukum publik. Dimulai dari Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang mengakui adanya hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut.<sup>28</sup> Hak ini diafirmasi dalam Pasal 4 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.<sup>29</sup> Ketentuan serupa juga diatur dalam Pasal 1 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana<sup>30</sup> dan Pasal 2 *Algemene Bepalingen van wetgeving voor Indonesie*<sup>31</sup> (“**AB**”).

Larangan retroaktif yang seolah hanya ada dalam ranah hukum publik ini juga diafirmasi oleh MKRI dalam Putusan No. 69/PUU-II/2004, yang mana bagian dari pertimbangannya adalah sebagai berikut:

*“...suatu ketentuan adalah mengandung pemberlakuan hukum secara retroaktif (ex post facto law) jika ketentuan dimaksud:*

- a. menyatakan seseorang bersalah karena melakukan suatu perbuatan yang ketika perbuatan tersebut dilakukan bukan merupakan perbuatan yang dapat dipidana;*
- b. menjatuhkan hukuman atau pidana yang lebih berat daripada hukuman atau pidana yang berlaku pada saat perbuatan itu dilakukan.”*<sup>32</sup>

Ketiadaan larangan dalam ranah hukum privat ini tentu tidak serta-merta melegitimasi adanya perjanjian yang berlaku surut karena masih ada klausula dalam Pasal 1337 BW yang melarang adanya perjanjian jika bertentangan dengan kesusilaan maupun ketertiban umum.<sup>33</sup> Permasalahannya, tidak ada cukup bukti untuk menyatakan bahwa perjanjian yang retroaktif bertentangan dengan kesusilaan maupun ketertiban umum. Sebaliknya, tak ada pula bukti yang menyatakan bahwa perjanjian yang retroaktif tidak bertentangan dengan kesusilaan maupun ketertiban umum.

<sup>28</sup> Indonesia (3), *Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, Pasal 28I ayat (1).

<sup>29</sup> Indonesia (4), *Undang-Undang tentang Hak Asasi Manusia*, UU No. 39 Tahun 1999 (LN No. 165 Tahun 1999, TLN No. 3886) Pasal 4.

<sup>30</sup> Lihat, *Wetboek van Strafrecht* (Staatsblad 1915 No. 732) Pasal 1 ayat (1). Lihat juga, Indonesia (5), *Undang-Undang tentang Peraturan Hukum Pidana*, UU No. 1 Tahun 1946, Pasal 6.

<sup>31</sup> *Algemene Bepalingen van wetgeving voor Indonesie* (Staatsblad 1847 No. 23) Pasal 2.

<sup>32</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (2), *Putusan Nomor 69/PUU-II/2004*, h. 73.

<sup>33</sup> *Burgerlijk Wetboek voor Indonesie*, Pasal 1337.

*Kedua*, penggunaan penafsiran sistematis.<sup>34</sup> Dengan mengaitkan ketentuan Pasal 1338 BW dan Pasal 2 AB, akan muncul larangan untuk memberlakukan perjanjian, termasuk perjanjian perkawinan, secara surut. Pasal 1338 BW menyatakan bahwa: “*Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.*”<sup>35</sup> Terminologi “undang-undang” dalam Pasal 1338 BW mencoba untuk menggambarkan bahwa perjanjian berlaku mengikat dan harus dipatuhi. Selanjutnya, Pasal 2 AB menyatakan: “*Undang-undang hanya berlaku untuk waktu kemudian dan tidak berlaku surut.*”<sup>36</sup> Dengan juga memaknai terminologi “undang-undang” dalam Pasal 2 AB dalam konteks kekuatan mengikatnya dan keharusan untuk mematuhinya, maka kesimpulan yang muncul adalah: oleh karena perjanjian adalah “undang-undang”, maka perjanjian tidak bisa berlaku surut.

Pemaknaan semacam ini mendapatkan justifikasi dengan memperhatikan ketentuan Pasal 1 AB yang menyatakan: “*Ketentuan-ketentuan yang ditetapkan oleh Raja dan oleh Gouverneur Generaal atas namanya, berlaku sebagai undang-undang di Indonesia, setelah diumumkan dalam bentuk yang ditetapkan dalam peraturan tentang kebijaksanaan Pemerintah.*”<sup>37</sup> Terminologi “undang-undang” dalam Pasal 1 AB juga menggambarkan konteks kekuatan mengikat dari aturan dan karenanya aturan tersebut harus dipatuhi. Dengan demikian, konteks “undang-undang” yang ada dalam Pasal 2 AB menjadi serupa dengan konteks “undang-undang” dalam Pasal 1338 BW.

Permasalahan dari konstruksi di atas adalah bahwa kesimpulan sebagaimana disebutkan baru bisa tercapai dengan mengasumsikan makna “undang-undang” dalam Pasal 1338 BW dan Pasal 2 AB. Dengan mengubah asumsi mengenai makna “undang-undang”, maka kesimpulan yang dicapai akan berbeda. Misalnya, dengan memaknai “undang-undang” dalam Pasal 2 AB sebagai undang-undang dalam arti formal, maka perjanjian tidak masuk ke dalam kategori undang-undang dan karenanya larangan berlaku surut pun tak berlaku bagi perjanjian.

*Ketiga*, keberlakuan surut dan kerugian pihak ketiga. Ada tidaknya pemisahan harta antara suami-istri memiliki dampak pada pihak ketiga, khususnya dalam lingkungan hukum harta kekayaan. Dampak terhadap pihak ketiga, yang bisa

<sup>34</sup> Penafsiran sistematis merupakan metode penafsiran yang mengaitkan 1 peraturan dengan peraturan lain. Ide dasarnya adalah hukum merupakan 1 kesatuan sistem aturan dan karenanya sebuah undang-undang tidak bisa dilihat sebagai peraturan yang berdiri sendiri. Lihat, Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum: Upaya Mewujudkan Hukum yang Pasti dan Berkeadilan*. Yogyakarta: UII Press, 2006, h. 86.

<sup>35</sup> *Ibid.*, Pasal 1338.

<sup>36</sup> *Algemene Bepalingen van wetgeving voor Indonesie*, Pasal 2.

<sup>37</sup> *Ibid.*, Pasal 1.

berbentuk kerugian, telah diantisipasi dalam Pasal 29 ayat (4) UU Perkawinan. Dengan logika yang demikian, ada pula kemungkinan bahwa keberlakuan surut perjanjian perkawinan bisa menimbulkan kerugian bagi pihak ketiga. Sehubungan dengan hal tersebut, perlu dilihat ketentuan Pasal 1340 BW yang menyatakan bahwa perjanjian tidak bisa merugikan pihak ketiga.<sup>38</sup> Dengan konstruksi ini, keberlakuan surut perjanjian perkawinan dibatasi oleh kepentingan pihak ketiga. Namun, ada 3 masalah dari konstruksi ini.

Konstruksi perlindungan terhadap pihak ketiga tidak menjawab pertanyaan mengenai apakah perjanjian yang berlaku surut, khususnya perjanjian perkawinan, bisa dibenarkan. Argumen yang ada adalah kerugian terhadap pihak ketiga menyebabkan perjanjian yang retroaktif tidak boleh dibuat. Argumennya bukanlah perjanjian yang retroaktif tidak boleh dibuat karena merugikan pihak ketiga. Perbedaan antara argumen pertama dan kedua adalah keadaan umum dan khusus. Dalam argumen pertama, adanya kerugian merupakan keadaan khusus yang memunculkan larangan terhadap perjanjian retroaktif. Sedangkan dalam argumen kedua, kerugian adalah keadaan umum yang memunculkan larangan terhadap perjanjian retroaktif.

Permasalahan selanjutnya adalah konteks keberlakuan Pasal 1340 BW. Untuk memaknai Pasal 1340 BW, maka ketentuan ini harus dibaca dan dipahami sebagai suatu kesatuan. Lengkapnya, Pasal 1340 BW menyatakan:

*“Persetujuan hanya berlaku antara pihak-pihak yang membuatnya. Persetujuan tidak dapat merugikan persetujuan tidak dapat memberi keuntungan kepada pihak ketiga selain dalam hal yang ditentukan dalam Pasal 1317.”<sup>39</sup>*

Sedangkan Pasal 1317 BW menyatakan:

*“Dapat pula diadakan perjanjian untuk kepentingan pihak ketiga, bila suatu perjanjian yang dibuat untuk diri sendiri, atau suatu pemberian kepada orang lain, mengandung syarat semacam itu. Siapa pun yang telah menentukan suatu syarat, tidak boleh menariknya kembali, jika pihak ketiga telah menyatakan akan mempergunakan syarat itu.”<sup>40</sup>*

<sup>38</sup> *Burgerlijk Wetboek voor Indonesie*, Pasal 1340.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> *Ibid.*, Pasal 1317.

Ketentuan dalam Pasal 1340 BW merupakan manifestasi dari asas kepribadian dari perjanjian<sup>41</sup>, yang pada pokoknya mendalilkan bahwa perjanjian hanya berlaku bagi para pihak yang membuatnya. Perjanjian tidak diperkenankan merugikan atau menguntungkan pihak ketiga, kecuali sebagaimana diatur dalam Pasal 1317 BW. Dalam alam pemikiran ini, “pihak ketiga” yang dimaksud dalam Pasal 1340 BW adalah pihak yang memang dimaksudkan untuk mendapatkan sesuatu dari perjanjian yang tidak dibuatnya. “Pihak ketiga” dalam konteks ini spesifik dan memiliki hubungan hukum (mendapatkan hak) dari perjanjian yang dibuat. Pihak ketiga dalam perjanjian perkawinan tidaklah spesifik dan perjanjian perkawinan tidak memberikan hak apa pun kepada pihak ketiga. Artinya, pola ini tidak berlaku bagi perjanjian perkawinan yang tidak memiliki pihak ketiga dalam konteks yang demikian.

Permasalahan selanjutnya adalah mengenai konstruksi “kerugian” itu sendiri. Pasal 1340 BW tidak memberikan penjelasan apapun sehubungan dengan “kerugian terhadap pihak ketiga” yang dimaksud. Menjadi menarik ketika melihat bahwa konstruksi “kerugian” yang ada pada ketentuan-ketentuan lain dalam BW maupun yang dibahas oleh para ahli hanya merujuk pada kerugian yang terjadi akibat wanprestasi.<sup>42</sup> Dengan keadaan ini, larangan pembuatan perjanjian yang merugikan pihak ketiga menjadi larangan yang tanpa makna, karena penilaian baru bisa dilakukan ketika perjanjian sudah dibuat dan dilanggar.

Terhadap Pasal 29 ayat (4) UU Perkawinan, ada 2 frasa yang ditambahkan oleh MKRI, yaitu “dapat mengenai harta perkawinan atau perjanjian lainnya” dan “atau mencabut/pencabutan”. Menariknya, pertimbangan yang diberikan oleh MKRI sehubungan dengan Pasal 29 ayat (4) UU Perkawinan hanyalah “...frasa ‘selama perkawinan berlangsung’ dalam Pasal 29 ayat (4) UU 1/1974 adalah bertentangan dengan UUD 1945 secara bersyarat sepanjang tidak dimaknai termasuk pula selama dalam ikatan perkawinan.”<sup>43</sup>

Merujuk pada pertimbangan di atas, muncullah beberapa pertanyaan. Apa faedah memaknai “selama perkawinan berlangsung” menjadi “selama dalam ikatan perkawinan”? Keduanya memiliki makna yang sama. Pertanyaan selanjutnya,

<sup>41</sup> Taufiq El Rahman dkk., “Asas Kebebasan Berkontrak dan Asas Kepribadian dalam Kontrak-Kontrak Outsourcing”, *Mimbar Hukum*. Vol. 23, No. 3, Oktober 2011 h. 586.

<sup>42</sup> Konstruksi kerugian dalam BW diatur dalam Buku III Bab I Bagian 4 yang isinya menguraikan mengenai penggantian biaya, kerugian dan bunga karena tidak dipenuhinya suatu perikatan. Hal ini pun selaras dengan pandangan dari para ahli yang menguraikan bahwa kerugian dalam konteks hukum perdata adalah akibat dari tidak dilaksanakannya suatu perjanjian (wanprestasi). Lihat, *Burgerlijk Wetboek voor Indonesië*, Buku III Bab I Bagian 4. Lihat juga, R. Setiawan, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, Bandung: Binacipta, 1977, h. 17. Lihat juga, M. Yahya Harahap, *Segi-Segi Hukum Perjanjian*, Bandung: Alumni, 1986, h. 66. Lihat juga, Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perikatan*, Bandung: Alumni, 1982, h. 41.

<sup>43</sup> *Ibid.*

mengapa hal yang dipertimbangkan tidak nampak dari hasil tafsir yang diberikan? Mengapa justru hal-hal yang tidak dipertimbangkan yang malah muncul dalam penafsiran?

Secara lebih spesifik, kenapa MKRI menambahkan frasa “dapat mengenai harta perkawinan atau perjanjian lainnya”? Fokus dari tambahan frasa ini adalah “mengenai harta perkawinan” dan “perjanjian lainnya”. Penambahan frasa “mengenai harta perkawinan” tentu dimaksudkan agar pihak yang membaca penafsiran ini sadar bahwa perjanjian perkawinan bisa dibuat untuk mengatur mengenai pemisahan harta dalam perkawinan, yang mana merupakan persoalan utama dalam permohonan yang diajukan oleh Ny. Ike Farida. Namun, penambahan frasa “perjanjian lainnya” justru menimbulkan ambiguitas. Pemisahan harta merupakan salah satu hal yang diperjanjikan; bukan perjanjian itu sendiri. Dengan kata lain, frasa “mengenai harta perkawinan” tentu tak dapat disamakan dengan frasa “perjanjian lainnya”. Pilihan terminologi “perjanjian lainnya” oleh MKRI membuka peluang untuk membuat perjanjian dalam perjanjian.

Ditambahkannya kata “mencabut/pencabutan” oleh MKRI dalam konstruksi penafsiran Pasal 29 ayat (4) juga tidak didasari pertimbangan hukum apa pun. Tidak ada kejelasan mengenai yang dimaksud dengan “mencabut/pencabutan” oleh MKRI. Apakah maknanya sama dengan pengakhiran/hapusnya perjanjian sebagaimana dimaksud dalam Bab IV Buku III BW? Atau justru yang dimaksud dengan “mencabut/pencabutan” adalah metode untuk mengakhiri perjanjian perkawinan?

Perjanjian perkawinan merupakan salah 1 bentuk perjanjian. Sama halnya dengan jual beli, tukar menukar, sewa menyewa, maupun perjanjian bernama lainnya, perjanjian perkawinan memiliki karakteristiknya tersendiri. Dengan memperhatikan ketentuan yang mengatur mengenai perjanjian perkawinan dalam UU Perkawinan, sebelum adanya Putusan MKRI No. 69/PUU-XIII/2015, setidaknya ada 5 karakteristik dari perjanjian perkawinan, yaitu:

1. Para pihak

Untuk bisa membuat perjanjian perkawinan, para pihaknya haruslah laki-laki dan perempuan.<sup>44</sup> Pihaknya tidak bisa laki-laki dan laki-laki, maupun perempuan dan perempuan. Selain itu, pihak dalam perjanjian perkawinan

<sup>44</sup> Oleh karena perjanjian perkawinan hanya bisa dibuat oleh mereka yang hendak/sedang melangsungkan perkawinan, maka pihak yang bisa membuatnya pun haruslah mengikuti pihak yang bisa melangsungkan perkawinan. Pasal 1 UU Perkawinan secara tegas menyatakan bahwa perkawinan di Indonesia hanya bisa dilakukan oleh laki-laki dan perempuan. Lihat, Indonesia (1), *Undang-Undang tentang Perkawinan*, Pasal 1.

hanyalah 2 saja: 1 laki-laki dan 1 perempuan.<sup>45</sup> Perjanjian perkawinan tidak bisa dibuat antara 1 laki-laki dengan 2 perempuan, maupun 2 laki-laki dengan 1 perempuan. Bahkan, perempuan yang menjadi pihak dalam perjanjian perkawinan, bisa saja belum dewasa secara hukum.<sup>46</sup>

## 2. Masa pembuatannya

Perjanjian perkawinan hanya bisa dibuat pada masa tertentu saja, yaitu pada saat atau sebelum perkawinan dilangsungkan.<sup>47</sup>

## 3. Isi

Isi dari perjanjian perkawinan bisa sangat variatif. Batasannya hanyalah hukum, agama dan kesusilaan.<sup>48</sup> Bahkan isi dari perjanjian perkawinan, bisa mengesampingkan ketentuan mengenai percampuran harta dalam UU Perkawinan.<sup>49</sup>

## 4. Mulai berlakunya

Perjanjian perkawinan mulai berlaku sejak perkawinan dilangsungkan.<sup>50</sup> Meski perjanjian tersebut dibuat sebelum perkawinan, namun masa mulai berlakunya tetap sejak perkawinan dilangsungkan.

## 5. Sebab berakhirnya

Perjanjian perkawinan ada dalam rangka perkawinan. Perjanjian perkawinan tidak bisa dibuat tanpa adanya perkawinan. Namun demikian, tidak ada ketentuan yang menyatakan bahwa perjanjian perkawinan menjadi hapus/berakhir ketika perkawinan berakhir. Bahkan tidak ada ketentuan yang mengatur mengenai pengakhiran perjanjian perkawinan dalam UU Perkawinan. Hal yang diperjanjikan dalam perjanjian perkawinan, misalnya mengenai

<sup>45</sup> Pasal 1 UU Perkawinan menyatakan bahwa "Perkawinan ialah ikatan lahir bathin antara seorang pria dan seorang wanita..." Hal tersebut menunjukkan bahwa pihak dalam perjanjian perkawinan juga adalah seorang laki-laki dan seorang perempuan saja. Lihat, Indonesia (1), *Undang-Undang tentang Perkawinan*, Pasal 1.

<sup>46</sup> Pasal 1330 BW menyatakan bahwa salah satu hal yang menyebabkan seseorang tidak cakap untuk membuat perjanjian adalah kebelum-dewasaan. Sementara itu, batas usia untuk tidak lagi dikategorikan sebagai anak-anak di Indonesia adalah 18 tahun. Artinya, sebelum menginjak usia 18 tahun, seseorang tidaklah cakap untuk membuat perjanjian. Namun, Pasal 7 ayat (1) UU Perkawinan dinyatakan bahwa usia minimum bagi perempuan untuk kawin adalah 16 tahun. Oleh karena perjanjian perkawinan merupakan bagian dari perkawinan yang mana pengaturan mengenai usia kawinnya bagi perempuan menyimpangi ketentuan mengenai kedewasaan, maka bagi perempuan yang berusia 16 tahun dan melangsungkan perkawinan, berlaku pula pengecualian usia untuk membuat perjanjian perkawinan. Perlu dicatat, bahwa pengecualian ini tentu hanya berlaku bagi perjanjian perkawinan yang dibuat sebelum perkawinan dilangsungkan, karena jika perjanjian dibuat saat perkawinan dilangsungkan, maka perempuan yang bersangkutan—dengan statusnya yang sudah kawin—demi hukum dianggap telah cakap hukum. Pendapat di atas bisa disanggah dengan menyatakan bahwa batas usia minimal bagi perempuan untuk kawin tidak berlaku dalam pembuatan perjanjian perkawinan karena tidak adanya ketentuan yang mengorelasikan keduanya. Kendatipun demikian, tidak terpenuhinya syarat pembuatan perjanjian berupa kecakapan, tidak menyebabkan perjanjian yang bersangkutan menjadi batal demi hukum. Artinya, selama para pihak (suami-istri) tidak memohonkan pembatalannya, perjanjian perkawinan yang dibuat ketika sang istri berusia 16 tahun, masih bisa dipertahankan dan berlaku.

Lihat *Burgerlijk Wetboek voor Indonesië*, Pasal 1330. Lihat, Indonesia (1), *Undang-Undang tentang Perkawinan*, Pasal 7. Lihat, Indonesia (4), *Undang-Undang tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak*, UU No. 35 Tahun 2014 (LN No. 297 Tahun 2014, TLN No. 5606), Pasal 1 angka 1.

<sup>47</sup> Indonesia (1), *Undang-Undang tentang Perkawinan*, Pasal 29 ayat (1).

<sup>48</sup> *Ibid*, Pasal 29 ayat (2).

<sup>49</sup> Lihat, Indonesia (1), *Undang-Undang tentang Perkawinan*, Pasal 29 dan Pasal 66. Lihat juga, *Burgerlijk Wetboek voor Indonesië*, Pasal 139.

<sup>50</sup> Indonesia (1), *Undang-Undang tentang Perkawinan*, Pasal 29 ayat (3).

pengasuhan anak pasca-perceraian maupun hak untuk melakukan kunjungan terhadap anak, bisa saja justru baru berlaku setelah perceraian.

Melalui Putusan No. 69/PUU-XIII/2015, MKRI mengubah 3 dari 5 karakteristik di atas, yaitu mengenai masa pembuatan, mulai berlaku dan sebab berakhirnya. Bisa dikatakan bahwa perjanjian perkawinan pasca-Putusan No. 69/PUU-XIII/2015 merupakan perjanjian yang benar-benar berbeda dengan perjanjian perkawinan yang diatur dalam UU Perkawinan sebelum Putusan No. 69/PUU-XIII/2015. Sederhananya, perjanjian perkawinan yang semula dimaknai sebagai *prenuptial agreement*, kini menjadi *prenuptial agreement* dan *postnuptial agreement*.

Selanjutnya MKRI mempertimbangkan bahwa perihal inkonstitusionalitas Pasal 35 ayat (1) UU Perkawinan—ketentuan yang memunculkan percampuran harta—tidak lagi relevan untuk dibahas karena perjanjian perkawinan—yang bisa memunculkan pemisahan harta—bisa dibuat kapan pun, selama dalam ikatan perkawinan.<sup>51</sup> Dalam konteks ini, MKRI menggunakan konstruksi *argumentum a contrario* guna mencapai kesimpulan perihal konstitusionalitas percampuran harta tanpa perkecualian dalam perkawinan.

Titik tolak pemikiran MKRI adalah adanya “jalan keluar” berupa perjanjian perkawinan. Dari titik ini, MKRI kemudian menegaskan eksistensi fiksi hukum berupa percampuran harta dalam perkawinan. Permasalahannya adalah, dengan menjawab konstitusionalitas Pasal 35 ayat (1) UU Perkawinan menggunakan perkecualian sebagai titik awal, MKRI kehilangan kesempatan untuk menggambarkan dan mendalami hubungan antara percampuran harta akibat perkawinan dan tanah dengan titel HM dan HGB (dalam kaitannya dengan WNA).

### C. Adonan Kue dan Batu?

Dalam Putusan No. 69/PUU-XIII/2015, MKRI membagi Pertimbangan Hukumnya ke dalam 2 bagian, yaitu pertimbangan terhadap UUPA dan pertimbangan terhadap UUPA. Pembagian ini tentu dilakukan karena memang ada 2 undang-undang yang dilakukan. Masalahnya, MKRI tak hanya melakukan pemisahan pengujian ini dalam struktur putusan, namun juga memisahkan/memutus hubungan antara status perkawinan dengan hak untuk memiliki hak atas tanah. Padahal, inilah isu utama dalam permohonan yang diajukan oleh Ny. Ike Farida. Akibatnya, pertimbangan yang diberikan tidak memberikan gambaran utuh mengenai isu yang diujikan.

<sup>51</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (1), *Putusan Nomor 69/PUU-XIII/2015*, h. 157.

Bayangkan proses pembuatan kue. Bahan-bahan dicampur dan diaduk hingga menjadi adonan. Apa yang terjadi ketika ada batu di antara bahan-bahan yang dicampur? Adonan akan tetap menjadi kue setelah dipanggang, dengan atau tanpa batu di dalamnya. Yang jadi pertanyaan, bagaimana “nasib” dari batu yang ada dalam kue? 1) Apakah harus dianggap menjadi 1 kesatuan dengan kue karena berada di dalam kue? 2) Ataukah harus dianggap tetap terpisah dengan kue karena batu bukan bahan dari kue?

Analogi di atas merupakan penggambaran dari masalah hukum yang dibawakan oleh Ny. Ike Farida ke hadapan MKRI. Proses pembuatan adonan kue adalah percampuran harta yang terjadi akibat perkawinan. Batu adalah tanah dengan titel HM dan HGB yang turut masuk ke dalam adonan karena ada unsur asing (baca: WNA).

Dalam konstruksi hukum Indonesia berdasarkan UUPA dan UU Perkawinan—dan ditegaskan oleh MKRI—konstruksi yang digunakan adalah konstruksi pertama. Bahwa batu merupakan 1 kesatuan dengan kue. Oleh karena itu, ketika percampuran harta terjadi antara WNI dan WNA, tanah dengan titel HM dan HGB dianggap turut bercampur dan menyebabkan WNI yang bersangkutan kehilangan haknya untuk bisa memiliki tanah dengan titel HM dan HGB.<sup>52</sup> Akibat hukumnya adalah, WNI yang bersangkutan harus melepaskan haknya.<sup>53</sup> Jalan keluar yang diberikan adalah membuat perjanjian perkawinan.

Dengan melihat analogi di atas, sebenarnya ada 1 konstruksi lagi yang bisa digunakan, yaitu dengan menganggap bahwa batu bukan merupakan bagian dari kue. Konstruksi ini yang ditawarkan oleh Ny. Ike Farida.

Dalam petitumnya terhadap Pasal 35 ayat (1) UU Perkawinan, Ny. Ike Farida memohon agar MKRI menafsirkan frasa “harta bersama” menjadi “harta bersama kecuali harta benda berupa HM dan HGB yang dimiliki oleh WNI yang kawin dengan WNA”.<sup>54</sup> Permasalahan dari hal yang dimohonkan oleh Ny. Ike Farida adalah:

1. Permohonannya hanya diajukan terhadap Pasal 35 ayat (1) UU Perkawinan, sementara Pasal 21 ayat (3) mengatur mengenai percampuran harta sehubungan dengan HM akibat perkawinan antara WNI dan WNA.<sup>55</sup> Sehingga, jika permohonan Ny. Ike Farida dikabulkan, justru akan menimbulkan perbenturan antar norma hukum.

<sup>52</sup> Lihat, Indonesia (3), *Undang-Undang tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria*, Pasal 21 ayat (3).

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (1), *Putusan Nomor 69/PUU-XIII/2015*, h. 13, 16 dan 33.

<sup>55</sup> Indonesia (3), *Undang-Undang tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria*, Pasal 21 ayat (3).

2. Permohonan yang diajukan hanya meliputi HM dan HGB, sementara titel hak atas tanah yang ditujukan hanya untuk WNI tidak cuma HM dan HGB, namun meliputi juga HGU.<sup>56</sup> Dengan kata lain, jika permohonan Ny. Ike Farida dikabulkan, maka akan ada perbenturan konsep percampuran harta dalam konteks pertanahan.

Terlepas dari ketidaksempurnaan petitem yang disusun oleh Ny. Ike Farida, konsep yang ditawarkan menarik untuk dibahas. Konstruksi berpikir dari konsep ini dilandaskan pada syarat untuk memiliki HM dan HGB (serta HGU). Hanya WNI yang bisa memilikinya. WNA tidak bisa memiliki HM dan HGB (serta HGU). Dengan demikian, meski perkawinan terjadi dan mengakibatkan adanya percampuran harta, maka HM dan HGB (serta HGU) tidak bisa turut tercampur ke dalam bundel harta bersama.

Pertanyaan selanjutnya adalah: mana konsep yang lebih baik?

Keunggulan dari konsep pertama sudah jelas. Konsep ini sudah diterapkan selama lebih dari 50 tahun dan karenanya sudah dikenal. Jalan keluar yang ditawarkan pun—perjanjian perkawinan—merupakan sesuatu yang saat ini telah banyak dikenal dan acap digunakan. Dengan adanya perubahan yang dibuat oleh MKRI, jalan keluar ini juga menutup kemungkinan terjadinya kehilangan tanah dengan titel HM, HGB maupun HGU karena tidak dibuatnya perjanjian perkawinan pada saat maupun sebelum perkawinan dilangsungkan.

Sedangkan untuk konsep kedua, tentu keunggulannya adalah sederhana. Mereka yang hendak kawin, tidak perlu repot untuk menyiapkan perjanjian perkawinan hanya untuk memisahkan harta dalam perkawinan. Namun, oleh karena perjanjian perkawinan bisa digunakan untuk mengatur hal-hal selain dari pemisahan harta, sebetulnya keunggulan ini menjadi tidak terlalu signifikan. Sebab mereka yang hendak mengatur hal-hal lain *toh* pada akhirnya tetap harus membuat perjanjian perkawinan. Selain itu, karena konsep ini segera mengecualikan harta yang tidak bisa tercampur akibat perkawinan, maka sebelum bisa diwujudkan, perlu ada inventarisasi terlebih dahulu mengenai harta benda yang hanya bisa dimiliki oleh WNI, dan tidak bisa dimiliki oleh WNA. Tanpa adanya daftar lengkap mengenai hal ini, maka masalah niscaya akan muncul di kemudian hari.

<sup>56</sup> *Ibid*, Pasal 30 ayat (1).

## KESIMPULAN

Dalam perkara No. 69/PUU-XIII/2015, MKRI menilai pengujian yang diajukan oleh Ny. Ike Farida mengenai Pasal 21 ayat (1) dan Pasal 36 ayat (1) UUPA serta Pasal 29 ayat (1), Pasal 29 ayat (3), Pasal 29 ayat (4) dan Pasal 35 ayat (1) UU Perkawinan. Hasilnya, MKRI menyatakan bahwa pengujian sehubungan dengan UUPA tidak beralasan menurut hukum. Sedangkan pada pengujian terhadap UU Perkawinan, MKRI memberikan tafsir terhadap Pasal 29 ayat (1), Pasal 29 ayat (3) dan Pasal 29 ayat (4), yang membuka peluang bagi pasangan suami-istri untuk membuat perjanjian perkawinan selama dalam ikatan perkawinan.

Pertimbangan Hukum dalam Putusan No. 69/PUU-XIII/2015 yang disusun oleh MKRI ternyata memiliki 3 masalah krusial. *Pertama*, pertimbangan sehubungan pengujian UUPA mengandung falasi karena menyamakan hal yang berbeda, yaitu status perkawinan WNI dan klasifikasi mengenai siapa yang bisa menjadi WNI. *Kedua*, MKRI banyak tidak memberikan pertimbangan mengenai hal-hal yang diputuskan dan diformulasikan dalam Petitemnya, khususnya sehubungan dengan penafsiran terhadap Pasal 29 ayat (1), Pasal 29 ayat (3) dan Pasal 29 ayat (4) UU Perkawinan. *Ketiga*, MKRI tidak mempertimbangkan dampak dari perubahan karakteristik perjanjian perkawinan.

Masalah lainnya dalam Putusan MKRI No. 69/PUU-XIII/2015 adalah pemisahan pertimbangan antara pengujian terhadap UUPA dan UU Perkawinan. Dalam konteks ini MKRI memutus rantai hubungan antara pengaruh perkawinan terhadap kepemilikan terhadap hak atas tanah. Dengan melakukan ini, Putusan No. 69/PUU-XIII/2015 tidak berhasil untuk menjawab permasalahan utama yang diujikan dalam permohonan yang diajukan oleh Ny. Ike Farida.

## DAFTAR PUSTAKA

### Buku

Abdulkadir Muhammad, 1982, *Hukum Perikatan*, Bandung: Alumni.

Bambang Sutiyoso, 2006, *Metode Penemuan Hukum: Upaya Mewujudkan Hukum yang Pasti dan Berkeadilan*, Yogyakarta: UII Press. M. Yahya Harahap, 1986, *Segi-Segi Hukum Perjanjian*, Bandung: Alumni.

R. Setiawan, 1977, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, Bandung: Binacipta.

Taufiq El. Rahman, dkk. 2011, "Asas Kebebasan Berkontrak dan Asas Kepribadian dalam Kontrak-Kontrak Outsourcing" *Mimbar Hukum*, Vol. 23, No. 3, Oktober, 583-596.

### **Peraturan Perundang-Undangan**

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Undang-Undang tentang Peraturan Hukum Pidana. UU No. 1 Tahun 1946.

Undang-Undang No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1960 No. 104, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia No. 2043).

Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 No. 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia No. 3019).

Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 No. 165, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia No. 3886).

Undang-Undang No. 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan. UU, LN, TLN. (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 No. 63, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia No. 4634).

Undang-Undang No. 35 Tahun 2014 tentang Perubahan atas Undang-Undang tentang No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 No. 297, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia No. 5606).

*Algemene Bepalingen van wetgeving voor Indonesie*, Staatsblad 1847 No. 23.

*Burgerlijk Wetboek voor Indonesie*, Staatsblad 1846 No. 23.

*Wetboek van Strafrecht*, Staatsblad 1915 No. 732.

### **Putusan**

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-II/2004.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015.

# **Kemungkinan Penerapan *Preliminary Ruling Procedure* sebagai *Media Constitutional Complaint* di Mahkamah Konstitusi**

## ***The Possibility of Implementation of Preliminary Ruling Procedure as a Media of Constitutional Complaint in The Constitutional Court***

**Gautama Budi Arundhati**

FH Universitas Jember

Jl. Kalimantan No.37, Kampus Tegalboto, Sumbersari, Jember

Email: arundhati\_rev\_gb@yahoo.co.id

Naskah diterima: 05/01/2017 revisi: 21/09/2017 disetujui: 27/11/2017

### **Abstrak**

*Preliminary ruling procedure* seperti yang diterapkan di Uni Eropa dapat menjadi metode alternatif dalam pelaksanaan *constitutional complaint* di Indonesia. Undang-Undang Dasar 1945 sebagai hukum tertinggi di Indonesia dikawal oleh lembaga yang bernama Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, dan dalam *preliminary ruling procedure* untuk pemberlakuan *constitutional complaint* maka dibutuhkan Peran Pengadilan Negeri dimana melalui *preliminary ruling procedure* tersebut dapat melakukan *constitutional question* kepada Mahkamah Konstitusi, dan berlanjut sampai dengan memutuskan perkara *constitutional complaint* tersebut atas nama Mahkamah Konstitusi, jadi secara tidak langsung Mahkamah Konstitusi memutuskan perkara melalui Pengadilan Negeri. Hal ini untuk menjamin konsistensi antara Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga peradilan yang berwenang mengawal konstitusi serta menjamin akan adanya kepastian hukum yang harus diterima oleh warga negara secara efektif. Sehingga konstitusi memiliki *direct effect* secara individual dalam kehidupan sehari-hari rakyat Indonesia.

**Kata kunci:** *Constitutional Complaint, Preliminary Ruling Procedure*, Mahkamah Konstitusi

### **Abstract**

*Preliminary ruling procedure as applied in the European Union can be an alternative method for the implementation of the constitutional complaint in Indonesia. Constitution of Republic of Indonesia of 1945 can be assumed as the highest law in Indonesia which been guarded by the institution called the Constitutional Court of Republic of Indonesia, the preliminary ruling procedure for the implementation of the constitutional complaint required the seminal role of the District Court which can exercise the constitutional question to the Constitutional Court and continues it into the judgement of the constitutional complaint on behalf of the Constitutional Court indirectly. This method is to ensure not only the consistency between the Constitutional Court as the guardian of the constitution but also to guarantee the legal certainty which can be accepted by citizens effectively. So the constitution has a direct effect on an individual basis in the daily life of the people of Indonesia.*

**Keywords:** *Constitutional Complaint, Preliminary Ruling Procedure, Constitutional Court*

## **PENDAHULUAN**

Meningkatnya ekspektasi rakyat Indonesia terhadap peradilan yang mampu mengakomodir kepentingan dan menjaga hak-hak konstitusionalnya semakin meningkat beriringan dengan meningkatnya kuantitas maupun kualitas pendidikan masyarakat dan berkembangnya akses informasi yang semakin bersifat global. Ekspektasi rakyat akan keadilan tersebut merupakan indikator kemajuan akan meningkatnya kesadaran masyarakat mengenai hak-hak konstitusionalnya, kesadaran mengenai bagaimana upaya untuk mempertahankan hak-hak konstitusional tersebut terwacanakan dalam konsep *constitutional complaint*. *Constitutional complaint* merupakan wacana yang cukup menarik saat ini, karena di samping dapat dipahami sebagai instrumen untuk mempertahankan hak-hak konstitusional rakyat di satu sisi, sekaligus dapat memberikan batasan kekuasaan pada pejabat negara secara lebih konkrit di sisi lain.

Namun, terdapat kendala yang bersifat natural yang merupakan suatu keniscayaan yang tidak mungkin untuk dihindari, yaitu fakta yang menunjukkan bahwa jumlah penduduk Indonesia pada tahun 2010 adalah sebanyak 237 641 326 jiwa, yang mencakup mereka yang bertempat tinggal di daerah perkotaan sebanyak 118 320 256 jiwa (49,79 persen) dan di daerah perdesaan sebanyak 119 321 070 jiwa (50,21 persen),<sup>1</sup> dan meningkat menjadi 253,609,643 jiwa per

<sup>1</sup> Sensus Penduduk Indonesia per 2010 menurut Badan Pusat Statistik, <http://sp2010.bps.go.id/>

2014. Fakta lain menunjukkan bahwa peradilan konstitusi hanya ada 1 (satu), yaitu Mahkamah Konstitusi dengan jumlah Hakim konstitusi yang hanya terdiri dari 9 (sembilan) orang hakim konstitusi. Perbedaan antara jumlah individu warga negara Indonesia adalah sangat besar dibandingkan dengan jumlah peradilan yang menangani *constitutional complaint* menjadi suatu permasalahan tersendiri yang cukup pelik.

Masalah perimbangan tersebut sangatlah krusial, mengingat apabila diwujudkan nantinya, *constitutional complaint* adalah bersifat individual dan melekat sebagai hak tiap-tiap warga negara di Indonesia dan lebih jauh, problematika hukumnya adalah belum adanya pengaturan tersebut secara spesifik dan prosedural.

## **PEMBAHASAN**

### **1. Elemen Hak dan Kewajiban dalam *Constitutional Complaint***

Hak asasi manusia yang bersifat universal telah menjadi bagian integral dari *Undang-Undang Dasar 1945*, hal ini termaktub dalam pengaturan hak asasi manusia yang tidak hanya terbatas dalam satu bab tersendiri, yaitu Bab XIA tentang Hak Asasi Manusia, namun pasal tentang hak asasi manusia seperti halnya hak beragama dan kepercayaan diatur dalam pasal yang lain, yaitu Pasal 28E ayat (2), Pasal 28I ayat (1), dan Pasal 29 serta pembatasannya dalam Pasal 28J, serta pasal-pasal lainnya yang berimplikasi pada pembatasan kekuasaan, jadi *Undang-Undang Dasar 1945* mencakup mulai dari hak hak dasar sebagai manusia beserta derivasi dari hak-hak dasar tersebut sampai dengan klausul yang secara spesifik termuat dalam hak-hak politik warga negara.

Hak merupakan antinomi dari kewajiban, dimana keduanya berlaku seperti dua sisi mata uang. Kewajiban tidak dapat dipisahkan dari hak dan sebaliknya, hak tidak dapat pula terpisah dari kewajiban. Dalam konsep ini terdapat pula subyek yang berada dalam keadaan yang serupa, yaitu warga negara di satu sisi dan negara di sisi lain.

Negara memiliki kewajiban untuk melindungi rakyatnya, kewajiban ini secara jelas dapat dilihat pada pembukaan *Undang-Undang Dasar 1945* yang menyatakan bahwa:

*"Kemudian dari pada 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,..."*

Lantas, bagaimana kedudukan negara itu sendiri terkait dengan pelaksanaan pemenuhan dan perlindungan hak rakyat?. Negara dapat dikatakan sebagai institusi yang relatif statis, yang hanya dapat berjalan berdasarkan instrumen yang berada didalamnya, yaitu aparat pemerintah.

Dalam kaitannya antara aparat negara (*state apparatus*) dengan kewajiban untuk melindungi dan memenuhi hak hak warga negara oleh negara, terdapat prinsip yang tidak bisa dielakkan yaitu prinsip atribusi. Prinsip atribusi merupakan prinsip yang mendasar untuk memberikan kaitan tanggung jawab aparat negara dalam melaksanakan kewenangan, tugas dan fungsinya sebagai pelindung warga negara.

Menurut *Commentary Chapter II*<sup>2</sup> Paragraph (2) dari *Draft Articles on State Responsibilities*, menyatakan bahwa secara teoritis, perilaku semua manusia, perusahaan atau kolektivitas terkait dengan negara berdasarkan kebangsaan, tempat tinggal kebiasaan atau penggabungan dapat dikaitkan negara, apakah mereka memiliki koneksi ke Pemerintah. Dalam hukum internasional, pendekatan semacam itu dihindari, baik dengan maksud untuk membatasi tanggung jawab untuk melakukan yang bergerak negara sebagai organisasi, dan juga agar mengakui otonomi orang yang bertindak sendiri dan tidak atas dorongan otoritas publik. Dengan demikian, aturan umum adalah bahwa hanya perilaku dikaitkan dengan Negara di tingkat internasional adalah bahwa organ pemerintahannya, atau orang lain yang telah bertindak di bawah arahan, dorongan atau kontrol dari organ-organ, yaitu sebagai agen negara.<sup>3</sup>

Logika ini menunjukkan bahwa negara memiliki kewajiban dalam memberikan perlindungan dan pemenuhan hak-hak warga negara, dan aparat negara memiliki kewajiban untuk menjalankannya. Di samping itu, dalam kaitannya dengan kewajiban negara untuk memberikan perlindungan dan pemenuhan hak-hak warga negara, penting untuk dipahami bahwa negara memiliki kewajiban untuk

<sup>2</sup> *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Teks diadopsi Komisi Hukum Internasional PBB pada sesi ke lima puluh tiga, pada tahun 2001, dan diserahkan pada Majelis Umum PBB sebagai bagian dari laporan Komisi Hukum Internasional PBB (A/56/10). Berisikan pula commentaries dalam draft articles, tertera dalam Buku Tahunan Komisi Hukum Internasional PBB tahun 2001 Volume ke-II, Bagian ke-II.

<sup>3</sup> *In theory, the conduct of all human beings, corporations or collectivities linked to the State by nationality, habitual residence or incorporation might be attributed to the State, whether or not they have any connection to the Government. In international law, such an approach is avoided, both with a view to limiting responsibility to conduct which engages the State as an organization, and also so as to recognize the autonomy of persons acting on their own account and not at the instigation of a public authority. Thus, the general rule is that the only conduct attributed to the State at the international level is that of its organs of government, or of others who have acted under the direction, instigation or control of those organs, i.e. as agents of the State.*

membangun instrumen-instrumen pendukung lainnya yang diperlukan dalam rangka perlindungan dan pemenuhan hak-hak warga negara. Selanjutnya, aparat negara memiliki kewajiban untuk mengimplementasikan kewajiban negara yang telah termanifestasikan dalam instrumen-instrumen perlindungan dan pemenuhan hak-hak warga negara tersebut.

## 2. Pendekatan 'Power With' dalam Kedudukan dan Kewenangan MK

Mahkamah Konstitusi merupakan salah satu lembaga negara yang melakukan kekuasaan kehakiman yang merdeka untuk menyelenggarakan pengadilan guna menegakkan hukum dan keadilan, dan apabila dilihat dari kewenangannya, Mahkamah Konstitusi memiliki 4 (empat) kewenangan dan 1 (satu) kewajiban sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Dasar 1945. Adapun kewenangan Mahkamah Konstitusi yaitu untuk mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk:

1. Menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945;
2. Memutus Sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
3. Memutus pembubaran partai politik, dan
4. Memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.<sup>4</sup>

Sedangkan kewajiban Mahkamah Konstitusi adalah memberikan putusan atas pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden diduga:

1. Telah melakukan pelanggaran hukum berupa
  - a. pengkhianatan terhadap negara;
  - b. korupsi;
  - c. penyuapan;
  - d. tindak pidana lainnya;
2. atau perbuatan tercela, dan/atau
3. tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden sebagaimana dimaksud dalam UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Pasal 24C ayat (1), menyatakan: "Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum."

<sup>5</sup> Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Pasal 24C ayat (2) menyatakan: "Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar." dan Pasal 7B dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menyatakan:

(1) Usul pemberhentian Presiden dan/atau Wakil Presiden dapat diajukan oleh Dewan Perwakilan Rakyat kepada Majelis Permusyawaratan Rakyat hanya dengan terlebih dahulu mengajukan permintaan kepada Mahkamah Konstitusi untuk memeriksa, mengadili, dan memutus pendapat Dewan Perwakilan Rakyat bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela; dan/atau pendapat bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden.

Namun demikian peranan Mahkamah Konstitusi sebagai pelindung hak asasi manusia terkesan secara tidak langsung / *indirect*. Hal ini terbukti bahwa meskipun pada hakikatnya Mahkamah Konstitusi dalam rangka menjalankan kewenangan dan kewajibannya berujung pada perlindungan hak asasi warga negara Indonesia, namun sifat dari perlindungannya adalah tidak serta merta dapat dirasakan secara langsung oleh warga negara berkaitan dengan haknya secara individual.

Dalam pendekatan hak asasi manusia modern, dikenal adanya pendekatan partisipatorik, yang pada implementasinya melibatkan secara aktif seluruh anggota masyarakat untuk mengawasi dan menegakkan hak-hak asasi mereka. Pendekatan ini dikenal dengan '*Approach of Power With*'. Dinyatakan oleh para ahli hukum hak asasi manusia sebagai berikut "*Power with approaches replace competition with coordination, and focus on creating network for information exchange, solidarity, and encouragement. Participation facilities individuals discovering who they are and what they want...*" selanjutnya dikatakan pula bahwa: "*Also known as 'social empowerment', 'power with' uses a vision of equality and self knowledge to advance civil, political, economic, social and cultural rights*".<sup>6</sup> Artinya '*power with*' adalah pendekatan yang ditujukan untuk menciptakan kesadaran hak asasi manusia dalam masyarakat, dan sebagai pelindung hak asasi manusia, selain sebagai pelindung konstitusi, Mahkamah Konstitusi seharusnya memberikan fasilitas secara individual bagi seluruh anggota masyarakat Indonesia. Dengan demikian Mahkamah Konstitusi dapat berjalan berbarengan dengan masyarakat untuk menciptakan kesadaran yang berujung pada penegakan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia secara lebih konkrit dengan cara yang lebih bersifat partisipatorik.

Dengan demikian diperlukan suatu metode yang lebih efektif dan konkrit untuk mewujudkan konsep tersebut, konsep tersebut hanya dapat dijalankan apabila diberikan suatu bentuk yang tepat sebagai media pelaksanaannya, bentuk yang tepat yang diperuntukkan sebagai media yang efektif untuk menjalankannya

(3) Pengajuan permintaan Dewan Perwakilan Rakyat kepada Mahkamah Konstitusi hanya dapat dilakukan dengan dukungan sekurang-kurangnya 2/3 dari jumlah anggota Dewan Perwakilan Rakyat yang hadir dalam sidang paripurna yang dihadiri oleh sekurang-kurangnya 2/3 dari jumlah anggota Dewan Perwakilan Rakyat.

(4) Mahkamah Konstitusi wajib memeriksa, mengadili, dan memutus dengan seadil-adilnya terhadap pendapat Dewan Perwakilan Rakyat tersebut paling lama sembilan puluh hari setelah permintaan Dewan Perwakilan Rakyat itu diterima oleh Mahkamah Konstitusi

(5) Apabila Mahkamah Konstitusi memutuskan bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden terbukti melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela; dan/atau terbukti bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden, Dewan Perwakilan Rakyat menyelenggarakan sidang paripurna untuk meneruskan usul pemberhentian Presiden dan/atau Wakil Presiden.

<sup>6</sup> Julie Mertus, *Politics Dalam International Human Rights Law* (Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Shandesh Shivakumar (Eds)), Oxford University Press, 2010, h. 93

adalah melalui *constitutional complaint*, karena dengan adanya *constitutional complaint* perlindungan hak asasi warga negara akan lebih terjamin, konkrit dan lebih terukur beriringan dengan penegakan konstiusionalitas di Indonesia. *constitutional complaint* menjadikan Indonesia tidak sekadar sebagai negara hukum dalam artian formil semata, namun menjadikan Indonesia sebagai negara hukum yang berkeadilan (*rule of just law*) yang dibangun bersama rakyat.

### 3. *Preliminary Ruling Procedure*

Berkaitan dengan upaya terwujudnya negara hukum yang berkeadilan, yang berlandaskan konstitusi melalui *constitutional complaint*, maka tulisan ini dimaksudkan untuk mencari bentuk terbaik praktik pelaksanaan *constitutional complaint*. Membandingkan praktek ketatanegaraan yang relevan di negara lain merupakan salah satu cara untuk memberikan bentuk yang kemungkinan tepat untuk praktek *constitutional complaint* di Indonesia. Namun demikian perlu untuk disadari bahwa preferensi perbandingan tidak dapat begitu saja digunakan tanpa mengindahkan kondisi faktual yang mendasarinya, yaitu kuantitas individu dalam suatu teritori dan jumlah lembaga pendukungnya (pengadilan).

Dari dua hal tersebut, maka tidaklah dimungkinkan adanya perbandingan yang setara, yang membandingkan Indonesia dengan negara lain secara langsung, namun demikian berpijak dari dua kondisi faktual tersebut sangatlah memungkinkan untuk membandingkan Indonesia dengan organisasi kawasan yang kerapatannya hampir menyerupai negara (*strict knit structure*), yakni Uni Eropa.

Secara struktural, terdapat perbedaan yang sangat mendasar antara Uni Eropa, yang merupakan bentuk kenegaraan dan terdiri atas negara-negara anggota yang masing-masing berdaulat dan Indonesia yang merupakan suatu negara yang berbentuk kesatuan. Namun demikian untuk memperoleh gambaran yang lebih komprehensif mengenai bagaimana hak warga negara diatur dan dijamin secara individual merupakan titik tolak dalam upaya mencari bentuk yang lebih efektif dalam wacana *constitutional complaint* di Indonesia dengan bentuk yang lebih konkrit nantinya.

Sebagai gambaran, diantara negara-negara dengan jumlah penduduk terbesar di dunia, Indonesia menempati posisi kelima setelah Cina, India, Uni Eropa dan Amerika Serikat. Data menunjukkan jumlah estimasi per Juli 2014 masing-masing negara tersebut sebagai berikut: Pada urutan pertama, Republik Rakyat China

sebesar 1,355,692,576 jiwa, kedua India sebesar 1,236,344,631 jiwa, ketiga Uni Eropa sebesar 511,434,812 jiwa, keempat ditempati Amerika Serikat sebesar 318,892,103 jiwa; dan pada urutan kelima, Indonesia sebesar 253,609,643 jiwa.<sup>7</sup> Jumlah tersebut bukanlah angka nominal semata yang tidak memiliki urgensi.

Uni Eropa adalah suatu organisasi kawasan dengan jumlah anggota 28 negara anggota, yang terdiri dari Austria, Belgia, Bulgaria, Cyprus, Kroasia, Republik Czech, Denmark, Estonia, Finlandia, Perancis, Jerman, Yunani, Hungaria, Irlandia, Italia, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, Belanda, Polandia, Portugal, Romania, Slovakia, Slovenia, Spanyol, Swedia, Inggris, dengan lima negara kandidat anggota yaitu Albania, Republik Macedonia, Montenegro, Serbia dan Turki dan dua negara potensial sebagai kandidat anggota, yaitu Bosnia Herzegovina dan Kosovo.<sup>8</sup>

Permasalahan yang ada, yang berhubungan dengan hak-hak warga negara Uni Eropa yang berkaitan dengan *substantive laws*. *Substantive laws* adalah hukum bersama yang secara serta merta diaplikasikan oleh tiap-tiap negara anggota Uni Eropa dan mengikat pada Uni Eropa itu sendiri sebagai organisasi, negara-negara maupun tiap-tiap individu warga negara Uni Eropa, yang berisikan mengenai *free movement of person*,<sup>9</sup> *free movement of goods*<sup>10</sup> and *services* dan *free movement of capital*<sup>11</sup> yang diatur secara institusional dalam *Treaty on European Union* (TEU) dan *Treaty on the Functioning of European Union* (TFEU) dalam pengaturannya yang lebih spesifik<sup>12</sup>.

Hal ikhwal yang berkenaan dengan pengaturan tersebut hanya dapat diputuskan oleh *Court of Justice on European Union* (CJEU) yang terdiri dari 28 hakim yang masing-masing berasal dari tiap-tiap negara anggota Uni Eropa.

Dilihat dari hal ini terdapat selisih yang begitu besar antara jumlah penduduk Uni Eropa sebesar 511,434,812 jiwa dengan jumlah pengadilan yang berwenang untuk menginterpretasikan sumber hak warga negara Uni Eropa berkaitan dengan *substantive laws* nya, yaitu 1 (satu) buah pengadilan, yaitu *Court of Justice of European Union* dan berisikan hakim yang hanya berjumlah 28 orang hakim. Kondisi inilah yang dapat dijadikan dasar pembanding antara Republik Indonesia

<sup>7</sup> <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/rankorder/2119rank.html> diunduh tanggal 5 September 2015

<sup>8</sup> [http://europa.eu/about-eu/countries/index\\_en.htm](http://europa.eu/about-eu/countries/index_en.htm) diunduh tanggal 5 September 2015

<sup>9</sup> Lihat Non-economically active persons (Art. 18 TFEU + Art. 20-24 TFEU), Lihat Free movement of workers (Art. 45-48 TFEU), Lihat Freedom of establishment (Art. 49-54 TFEU), Lihat Free movement of services (Art. 56-62 TFEU)

<sup>10</sup> Lihat Characteristics of a Customs Union (Article 28 TFEU dan Article 207 TFEU serta Art. 34 dan 36 TFEU), Lihat pula Lihat pula: Case 8/74, Dassonville case; Case 120/78, Cassis de Dijon case; Joined Cases C-267 & C-268/91, Keck & Mithouard case.

<sup>11</sup> Lihat Article 63 TFEU

<sup>12</sup> Lihat Article 26 Paragraph (2) TFEU

dan Uni Eropa dalam masalah *Constitutional Complaint*. Indonesia memiliki jumlah penduduk sebesar 253,609,643 jiwa dengan 1 (satu) pengadilan yang berwenang menginterpretasikan Undang-Undang Dasar 1945, yaitu Mahkamah Konstitusi, dan Mahkamah Konstitusi ini beranggotakan sejumlah 9 (sembilan) orang hakim konstitusi.

Namun demikian, CJEU sebagai satu-satunya pengadilan di Uni Eropa yang memiliki antara lain mandat untuk menginterpretasikan hukum dasar Uni Eropa (TEU dan TFEU) dalam praktiknya tidak mungkin menangani sendiri permasalahan yang kompleks yang dihadapi secara individual warga Uni Eropa berkaitan dengan hak-haknya dalam hal-hal tertentu yang diatur dalam TEU dan TFEU, oleh karena itu terdapat kaitan antara CJEU dengan pengadilan-pengadilan negara anggotanya. Pengaturan tersebut berbasiskan pada *Article 267 Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)* mengatur bagaimana *Court of Justice on European Union (CJEU)* berhubungan dengan pengadilan-pengadilan negara anggota.<sup>13</sup>

*Preliminary ruling procedure* adalah prosedur yang dilakukan oleh CJEU. Prosedur ini memungkinkan pengadilan nasional menanyakan validitas hukum Uni Eropa pada CJEU. Fungsi *preliminary ruling procedure* tidak lain adalah untuk menjamin kepastian hukum dalam penyeragaman penerapan hukum Uni Eropa di seluruh negara anggota.<sup>14</sup>

CJEU dapat meninjau legalitas peraturan legislatif, peraturan Dewan, Komisi dan Bank Sentral Eropa, selain rekomendasi, dan opini, dan Parlemen Eropa dan Dewan Eropa serta badan, kantor atau instansi Uni Eropa. Hal ini bertujuan untuk memastikan kompetensi, memastikan tidak adanya pelanggaran persyaratan prosedural penting, memastikan tidak adanya pelanggaran dari Perjanjian atau pelanggaran aplikasi dari setiap aturan hukum, maupun penyalahgunaan kekuasaan. Setiap orang atau badan hukum dapat, di bawah kondisi tersebut dapat menjadi pihak terhadap tindakan badan, kantor atau instansi yang dimaksudkan untuk menghasilkan efek hukum. Hal ini diatur dalam *Article 263 TFEU (ex Article*

<sup>13</sup> *Article 267 TFEU (ex Article 234 TEC, sebelumnya adalah Art. 177 EEC)* menyatakan: *The Court of Justice of the European Union shall have jurisdiction to give preliminary rulings concerning:*

(a) *the interpretation of the Treaties;*

(b) *the validity and interpretation of acts of the institutions, bodies, offices or agencies of the Union;*

*Where such a question is raised before any court or tribunal of a Member State, that court or tribunal may, if it considers that a decision on the question is necessary to enable it to give judgment, request the Court to give a ruling thereon. Where any such question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law, that court or tribunal shall bring the matter before the Court. If such a question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State with regard to a person in custody, the Court of Justice of the European Union shall act with the minimum of delay.*

<sup>14</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV:l14552> diunduh pada tanggal 23 September 2015

230 TEC)<sup>15</sup> beserta kompensasi bagi pihak yang terugikan.<sup>16</sup> Dalam hal kewajiban non-kontraktual, Uni Eropa sesuai dengan prinsip-prinsip hukum umum Negara Anggota, setiap kerusakan atau kerugian yang ditimbulkan oleh lembaga atau oleh pegawai lembaga dalam melaksanakan tugas mereka. Menimbulkan kewajiban pribadi pegawai / aparat yang telah diatur oleh ketentuan-ketentuan dalam aturan yang relevan.<sup>17</sup> Selain pengaturan *preliminary ruling procedure* dalam TEU maupun TFEU, Uni Eropa juga membuat ketentuan lebih lanjut dalam *Recommendations to national courts in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings*<sup>18</sup>, dan *Rules of Procedure of the Court of Justice*<sup>19</sup> sebagaimana diubah pada tanggal 18 Juni 2013.<sup>20</sup>

Prasyarat mengajukan *Constitutional/Treaty Complaint* berdasarkan *Preliminary ruling procedure* di CJEU, Meminjam prasyarat yang telah ada untuk mengajukan *Preliminary ruling procedure* tidak dapat dilakukan tanpa dengan merujuk pada putusan CJEU dalam kasus CILFIT, Berkaca dari pengalaman Uni Eropa dalam kasus CILFIT,<sup>21</sup> CJEU Menyatakan bahwa syarat-syarat diadakannya *Preliminary ruling procedure* adalah antara lain: *pertama*, adanya sengketa yang memunculkan hak dan kewajiban yang diatur dalam Hukum Eropa. *Kedua*, pertanyaan yang diajukan bukan bersifat *hypothetical* dengan disertai fakta dan informasi hukum yang memadai. Namun demikian, sebaliknya *preliminary ruling procedure* tidak dapat dilakukan apabila:

<sup>15</sup> *The Court of Justice of the European Union shall review the legality of legislative acts, of acts of the Council, of the Commission and of the European Central Bank, other than recommendations and opinions, and of acts of the European Parliament and of the European Council intended to produce legal effects vis-à-vis third parties. It shall also review the legality of acts of bodies, offices or agencies of the Union intended to produce legal effects vis-à-vis third parties. It shall for this purpose have jurisdiction in actions brought by a Member State, the European Parliament, the Council or the Commission on grounds of lack of competence, infringement of an essential procedural requirement, infringement of the Treaties or of any rule of law relating to their application, or misuse of powers. The Court shall have jurisdiction under the same conditions in actions brought by the Court of Auditors, by the European Central Bank and by the Committee of the Regions for the purpose of protecting their prerogatives. Any natural or legal person may, under the conditions laid down in the first and second paragraphs, institute proceedings against an act addressed to that person or which is of direct and individual concern to them, and against a regulatory act which is of direct concern to them and does not entail implementing measures. Acts setting up bodies, offices and agencies of the Union may lay down specific conditions and arrangements concerning actions brought by natural or legal persons against acts of these bodies, offices or agencies intended to produce legal effects in relation to them. The proceedings provided for in this Article shall be instituted within two months of the publication of the measure, or of its notification to the plaintiff, or, in the absence thereof, of the day on which it came to the knowledge of the latter, as the case may be.*

<sup>16</sup> Article 268 TFEU (ex Article 235 TEC) menyatakan *The Court of Justice of the European Union shall have jurisdiction in disputes relating to compensation for damage provided for in the second and third paragraphs of Article 340.*

<sup>17</sup> Article 340 TFEU (ex Article 288 TEC) menyatakan: *The contractual liability of the Union shall be governed by the law applicable to the contract in question. In the case of non-contractual liability, the Union shall, in accordance with the general principles common to the laws of the Member States, make good any damage caused by its institutions or by its servants in the performance of their duties. Notwithstanding the second paragraph, the European Central Bank shall, in accordance with the general principles common to the laws of the Member States, make good any damage caused by it or by its servants in the performance of their duties. The personal liability of its servants towards the Union shall be governed by the provisions laid down in their Staff Regulations or in the Conditions of Employment applicable to them.*

<sup>18</sup> Official Journal C 338 of 6.11.2012

<sup>19</sup> Official Journal L 265 of 29.9.2012

<sup>20</sup> Official Journal L 173 of 26.6.2013

<sup>21</sup> Judgment of the Court of 6 October 1982. - Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health. - reference for a preliminary ruling: Corte suprema di Cassazione - Italy. - Obligation to request a preliminary ruling. - Case 283/81.

1. Pertanyaan bukanlah pertanyaan yang relevan dengan kasus yang ditangani;<sup>22</sup>
2. Tanpa adanya substansi yang dipertanyakan (*Da Costa doctrine*);<sup>23</sup>
3. Telah ada kejelasan mengenai hal yang akan ditanyakan (*acte clair*).<sup>24</sup>

#### 4. *Preliminary Ruling Procedure* dalam *Constitutional Complaint* di Indonesia

Bercermin pada penerapan *preliminary ruling procedure* di Uni Eropa, terdapat hal yang dapat digarisbawahi, yaitu:

1. adanya pengakuan hak untuk subyek hukum secara individual (*substantive laws*);
2. pengakuan hak tersebut tertuang dalam suatu dokumen hukum yang bersifat suprematif (TEU dan TFEU);
3. adanya lembaga peradilan yang tertinggi yang bersifat permanen dan berfungsi sebagai pengawal hukum tersebut (CJEU);
4. kewenangan lembaga peradilan yang tertinggi tersebut (CJEU) memiliki kewenangan untuk menginterpretasikan hukum tersebut (TEU dan TFEU).

Selanjutnya, apabila kita transformasikan hal tersebut diatas dalam kaitannya dengan kondisi di Indonesia, maka akan didapatkan beberapa hal sebagai berikut:

1. adanya pengakuan hak untuk subyek hukum secara individual (hak asasi manusia warga negara);
2. pengakuan hak tersebut tertuang dalam suatu dokumen hukum yang bersifat suprematif (UUD NRI Tahun 1945);
3. adanya lembaga peradilan yang tertinggi yang bersifat permanen dan berfungsi sebagai pengawal hukum tersebut (Mahkamah Konstitusi);
4. kewenangan lembaga peradilan yang tertinggi tersebut (Mahkamah Konstitusi) memiliki kewenangan untuk menginterpretasikan hukum tersebut (UUD NRI Tahun 1945).

<sup>22</sup> *Ibid*, Paragraph. 10. Menyatakan "... it follows from the relationship between the second and third paragraphs of article 177 that the courts or tribunals referred to in the third paragraph have the same discretion as any other national court or tribunal to ascertain whether a decision on a question of community law is necessary to enable them to give judgment. accordingly, those courts or tribunals are not obliged to refer to the court of justice a question concerning the interpretation of community law raised before them if that question is not relevant, that is to say, if the answer to that question, regardless of what it may be, can in no way affect the outcome of the case."

<sup>23</sup> *Ibid*, Paragraph 13 menyatakan "it must be remembered in this connection that in its judgment of 27 march 1963 in joined cases 28 to 30/62 (*da costa v nederlandse belastingadministratie* (1963) ecr 31) the court ruled that: "although the third paragraph of article 177 unreservedly requires courts or tribunals of a member state against whose decisions there is no judicial remedy under national law . . . to refer to the court every question of interpretation raised before them, the authority of an interpretation under article 177 already given by the court may deprive the obligation of its purpose and thus empty it of its substance."

<sup>24</sup> *Ibid*, Paragraph 16 finally, the correct application of community law may be so obvious as to leave no scope for any reasonable doubt as to the manner in which the question raised is to be resolved. before it comes to the conclusion that such is the case, the national court or tribunal must be convinced that the matter is equally obvious to the courts of the other member states and to the court of justice. only if those conditions are satisfied, may the national court or tribunal refrain from submitting the question to the court of justice and take upon itself the responsibility for resolving it.

Kedua kumpulan variabel tersebut di atas memiliki kualifikasi yang sama, sehingga syarat pemenuhan kriteria yang pertama dapat diasumsikan sebagai setara dan sebanding. Sedangkan apabila dilihat kondisi faktual antara Uni Eropa dan Indonesia adalah besaran jumlah penduduk dan sebuah lembaga peradilan yang berfungsi sebagai interpreter hukum yang tertinggi.

Sedangkan mengenai hubungan antara CJEU dengan pengadilan nasional, pada dasarnya sama halnya dengan hubungan antara Mahkamah Konstitusi dengan Pengadilan Negeri, Pertama harus dipahami bahwa CJEU memiliki perbedaan ruang dan struktur dari pengadilan nasional yang begitu variatif yang dilandasi oleh sistem hukum masing-masing negara anggota yang berbeda satu sama lain, sebagai perbandingan Inggris menggunakan sistem hukum *common law*, sedangkan Jerman maupun sebagian besar negara Eropa kontinental menggunakan sistem hukum *civil law*. Perbedaan ruang dan struktur ini menjadi relatif ketika dihadapkan pada "*acquis communautaire*" atau hukum Uni Eropa sebagai hukum bersama yang berpuncak (dalam hal ini) kepada TEU dan TFEU.

Sama halnya dengan Indonesia, ketika Mahkamah Konstitusi dihadapkan dengan fakta munculnya ekspektasi dari masyarakat mengenai eksistensi *constitutional complaint*, maka Mahkamah Konstitusi tidak dapat melakukannya sendiri, melainkan harus ada pengadilan lain di bawahnya yang tersebar di penjuru tanah air sebagai *supporter* penyelamat hak-hak konstitusional warga negara. Namun dapat dipastikan akan munculnya pertanyaan mengenai perbedaan ruang dan struktur antara Mahkamah Konstitusi dan Pengadilan Negeri, karena Pengadilan Negeri merupakan pengadilan *sub-ordinate* yang berpuncak pada Mahkamah Agung Republik Indonesia.<sup>25</sup> Serupa halnya dengan Uni Eropa, perbedaan ruang dan struktur ini menjadi relatif ketika dihadapkan pada hak-hak konstitusional yang telah diatur dalam Undang-Undang Dasar 1945. Undang-Undang Dasar 1945 sebagai hukum tertinggi di Indonesia dikawal oleh lembaga yang bernama Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.

Jadi bukanlah pertanyaan mengenai ruang dan struktur yang harus mengemuka dalam hal ini, namun lebih kepada pertanyaan mengenai 1. hak-hak macam apa; 2. hak-hak siapa; dan 3. dimana hak tersebut dijamin, dan dapat dipastikan bahwa jawabannya adalah hak konstitusional warga negara yang dijamin dalam

<sup>25</sup> Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Pasal 24A ayat (1) menyatakan: *Mahkamah Agung berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh undang-undang. Selanjutnya ayat (5) menyatakan: Susunan, kedudukan, keanggotaan, dan hukum acara Mahkamah Agung serta badan peradilan di bawahnya diatur dengan undang-undang.*

Undang-Undang Dasar 1945, dan sekali lagi, pernyataan tersebut membawa konsekuensi bahwa satu-satunya lembaga peradilan yang memiliki fungsi dalam hal pengawalan konstitusi melalui interpretasinya adalah Mahkamah Konstitusi.

Secara lebih aplikatif, dalam *preliminary ruling procedure* untuk pemberlakuan *constitutional complaint* maka dibutuhkan Peran Pengadilan Negeri. Pengadilan Negeri memiliki peran yang sangat signifikan terkait dengan laporan warga negara ketika hak-hak konstitusionalnya dirugikan oleh institusi maupun pejabat negara. Pengadilan negeri melalui *preliminary ruling procedure* dapat melakukan *constitutional question* kepada Mahkamah Konstitusi, namun tidak berhenti sampai di sini, melainkan berlanjut sampai dengan memutuskan perkara *constitutional complaint* tersebut atas nama Mahkamah Konstitusi. Hal ini untuk menjamin adanya konsistensi antara 'lembaga peradilan apa yang berwenang mengawal konstitusi' dan kepastian hukum yang harus diterima oleh warga negara secara seragam. Keuntungan lain yang dapat diambil dari penerapan *preliminary ruling procedure* dalam masalah *constitutional complaint* di Indonesia adalah terciptanya peradilan yang efektif dan relatif cepat.

## 5. Terakhir dan Mengikat

Problematika tetap berlanjut ketika terdapat pertanyaan hipotetikal dalam hal pengadilan-pengadilan negeri diberikan kewenangan untuk memutus perkara *constitutional complaint* secara mandiri, maka tiap-tiap putusan *constitutional complaint* tersebut masih dapat diujikan kembali di pengadilan di atasnya. Sehingga putusan *constitutional complaint* tersebut belum merupakan putusan akhir yang mengikat. Namun demikian apabila dikaitkan dengan posisi Mahkamah Konstitusi yang memutus secara tidak langsung dalam *preliminary ruling procedure*, maka hal ini bisa dinyatakan bukan hanya bersifat *constitutional question*, namun putusan yang telah merujuk pada putusan Mahkamah Konstitusi tersebut adalah mengikat dan bersifat akhir.

Perbedaan yang cukup kuat dalam *preliminary ruling procedure* yang berkaitan dengan sifat final dan mengikatnya adalah apabila diperbandingkan dengan sistem peradilan bertingkat. Paul Craig dan Grainne de Burca membandingkannya dengan sistem peradilan Amerika Serikat sebagai berikut: "...the crucial difference is that the US is an appellate system, and the EU is the referral system."<sup>26</sup> Atau dengan kalimat lain peradilan Uni Eropa bukan merupakan peradilan dengan sistem

<sup>26</sup> Paul Craig dan Grainne de Burca, *EU Law, Text, Cases and Materials* (Edisi Kelima), Oxford: University Press, 2011, h. 479.

banding, namun peradilan Uni Eropa lebih merupakan sistem rujukan. Sedangkan dalam sistem banding *a la* Amerika Serikat, Mahkamah Agung Amerika Serikat merupakan puncak banding (kasasi) dari pengadilan federal atau pengadilan lain yang lebih rendah hierarkinya. Uni Eropa memiliki sistem yang berbeda, Pengadilan nasional, sebelum memutuskan suatu kasus harus mempertanyakan pada CJEU, dan CJEU dapat menolak untuk menjawab karena tidak cukup penting (*empty in substance*) untuk dijawab atau terdapat keputusan CJEU sebelumnya dalam kasus yang sama. Hal ini menunjukkan bahwa melalui *preliminary ruling procedure*, suatu putusan dapat dikatakan final karena ketika Pengadilan Negeri menggunakan sistem *referral* yang merujuk pada putusan Mahkamah Konstitusi sama artinya dengan Mahkamah Konstitusi memutuskan perkara itu sendiri. Penting untuk di pahami pula bahwa sistem tersebut merupakan sistem yang integral dalam sudut pandang *constitutional complaint* semata. Pengadilan Negeri tetap berada dalam wilayah Mahkamah Agung dan tidak akan beralih fungsi sebagai peradilan yang bersifat *sub-ordinate* dari Mahkamah Konstitusi hanya karena didasarkan asumsi sempit kelembagaan.

Sebagai pembanding pula merujuk pada pendapat Craig dan Burca, sebagai berikut: "*Many of the developments (CJEU) have transformed this from a horizontal and bilateral to a vertical and multilateral relationship. These include: the assertion of EU law supremacy, the development of precedent...*" selanjutnya dikatakan "*these changes evidence the evolution of an EU judicial hierarchy in which the ECJ (dalam hal yang lebih luas adalah CJEU) sits at the apex, as the ultimate Constitutional Court for the EU, assisted by national courts, which apply and interpret EU Law.*"<sup>27</sup> Jadi pada dasarnya terdapat konsistensi antara capaian yang ingin diraih oleh Uni Eropa dalam hal kepastian hukum melalui *preliminary ruling procedure*, dan dalam hal ini dapat dipersamakan antara CJEU dengan Mahkamah Konstitusi sebagai pengawal hukum tertinggi melalui interpretasinya. Karena TEU dan TFEU merupakan dua dari hukum tertinggi di Uni Eropa,<sup>28</sup> dan seperti halnya yang dikemukakan oleh de Waele "*EU Courts (CJEU) once again act as gatekeepers, exercising control over the influx of external norms,...*"<sup>29</sup> ini menunjukkan peran signifikan dari CJEU sebagai pengawal EU Law.

Sedangkan syarat-syarat *Preliminary ruling procedure* adalah antara lain: *pertama*, adanya sengketa yang memunculkan hak dan kewajiban yang diatur

<sup>27</sup> *Ibid*, h. 482

<sup>28</sup> *Joined Cases C-402/05 P. Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council.*

<sup>29</sup> Henry de Waele, *Layered Global Player, Legal Dynamics of EU External Relations*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2011, h. 144

dalam Undang-Undang Dasar 1945. *Kedua*, pertanyaan yang diajukan bukan bersifat *hypothetical* dengan disertai fakta dan informasi hukum yang memadai. Namun demikian, sebaliknya *preliminary ruling procedure* tidak dapat dilakukan apabila:

1. Pertanyaan bukanlah pertanyaan yang relevan dengan kasus nyata yang ditangani;
2. Tanpa adanya substansi yang dipertanyakan (*Da Costa doctrine*)

Sedangkan *Acte Clair* dalam Uni Eropa tidak dapat diterapkan.

Selanjutnya, apabila dilihat dari bentuknya, *Constitutional Complaint* dengan mekanisme *Preliminary Ruling Procedure* memiliki dua sisi sebagai *Constitutional Complaint* sekaligus sebagai *Constitutional Question*. Merujuk pada pendapat Jazim Hamidi dan Mustafa Lutfi<sup>30</sup> yang memberikan pembedaan antara *Constitutional Complaint* dan *Constitutional Question* sebagai berikut: Pengaduan konstitusional atau *Constitutional Complaint* adalah: *Pertama*, dilakukan dan diajukan oleh perorangan atau sekelompok warga negara atau badan hukum dengan alasan bahwa hak asasi konstitusionalnya telah dilanggar oleh pejabat publik; *Kedua*, Mekanisme pengajuan dapat dilakukan baik setelah diatur maupun sebelum diatur dalam konstitusi, adapun Persoalan atau pertanyaan konstitusional/*Constitutional Question* adalah dilakukan oleh warga negara atau seorang hakim yang sedang mengadili suatu perkara dimana hakim tersebut ragu-ragu akan konstitusionalitas suatu Undang-Undang atau terdapat benturan antar pasal dalam konstitusi; dan mekanisme pertanyaan konstitusional diajukan ke mahkamah Konstitusi.

## KESIMPULAN

Ekspektasi rakyat Indonesia terhadap peradilan yang mampu mengakomodir kepentingan dan menjaga hak-hak konstitusionalnya semakin meningkat, namun terdapat kendala yang bersifat alamiah yaitu terdapat selisih yang besar antara jumlah individu warga negara Indonesia adalah sangat besar dibandingkan dengan jumlah peradilan yang menangani *constitutional complaint* menjadi suatu permasalahan tersendiri yang cukup pelik.

Bercermin pada penerapan *preliminary ruling procedure* di Uni Eropa, yaitu ketika hak-hak warga negara uni eropa yang berkaitan dengan *substantive laws* yang wajib diaplikasikan oleh tiap-tiap negara anggota Uni Eropa dan mengikat

<sup>30</sup> Jazim Hamidi dan Mustafa Lutfi, "Constitutional Questions (Antara Realitas Politik dan Implementasi Hukumnya)", *Jurnal Konstitusi*, Volume 7, Nomor 1, Februari 2010, h. 37-38

pada Uni Eropa itu sendiri sebagai organisasi, negara-negara maupun tiap-tiap individu warga negara uni eropa, yang berisikan mengenai *free movement of person, free movement of goods and services* dan *free movement of capital* yang diatur secara institusional dalam Treaty on European Union (TEU) dan Treaty on the Functioning of European Union (TFEU) dalam pengaturannya yang lebih spesifik dilanggar (*infringed*) oleh negara ataupun institusi Uni Eropa atau pejabat negara maupun pejabat Uni Eropa, maka warga negara Uni Eropa dapat mengajukan kasus tersebut ke pengadilan nasionalnya melalui *preliminary ruling procedure*, dan selanjutnya CJEU berdasarkan pertanyaan dari Pengadilan Nasional masing-masing negara memberikan putusan yang terkait dengan validitas tindakan nasional melalui pengadilan nasional masing-masing negara. Hal ini dikarenakan CJEU berperan sebagai *interpreter* TEU dan TFEU (hukum Uni Eropa) dan Serupa halnya dengan Uni Eropa, perbedaan ruang dan struktur ini menjadi relatif ketika dihadapkan pada hak-hak konstitusional yang telah diatur dalam *Undang-Undang Dasar 1945*. *Undang-Undang Dasar 1945* sebagai hukum tertinggi di Indonesia dikawal oleh lembaga yang bernama Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, dan secara lebih aplikatif, dalam *preliminary ruling procedure* untuk pemberlakuan *constitutional complaint* maka dibutuhkan Peran Pengadilan Negeri, dimana melalui *preliminary ruling procedure* dapat melakukan *constitutional question* kepada Mahkamah Konstitusi, dan berlanjut sampai dengan memutuskan perkara *constitutional complaint* tersebut atas nama Mahkamah Konstitusi, jadi secara tidak langsung Mahkamah Konstitusi memutuskan perkara melalui Pengadilan Negeri. Hal ini untuk menjamin konsistensi antara Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga peradilan yang berwenang mengawal konstitusi serta menjamin akan adanya kepastian hukum yang harus diterima oleh warga negara secara efektif dan relatif cepat.

Penting pula menjadi pertimbangan pemberlakuan *preliminary ruling procedure* dalam *constitutional complaint* adalah tujuan membumikan konstitusi, sehingga konstitusi memiliki akibat langsung / *direct effect* secara individual dalam kehidupan sehari-hari rakyat Indonesia. Setiap orang dapat berlindung dan merasa diayomi oleh *Undang-Undang Dasar 1945* tanpa pandang bulu, karena pada kenyataannya sampai saat ini konstitusi hanya seakan-akan berlaku sebagai sarana pembagian dan distribusi kekuasaan lembaga-lembaga negara, sedangkan masalah perlindungan hak asasi manusia tidak menyentuh langsung pada yang dilindunginya, yaitu rakyat Indonesia.

## DAFTAR PUSTAKA

### Buku

Henry De Waele, 2011, *Layered Global Player, Legal Dynamics of EU External Relations*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg.

Julie Mertus, 2010, *Politics dalam International Human Rights Law* (Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Shandesh Shivakumaran (Eds)), Oxford University Press.

Jazim Hamidi dan Mustafa Lutfi, "Constitutional Questions (antara Realitas dan Implementasi Hukumnya)" *Jurnal Konstitusi*, Volume 7, Nomor 1, Februari 2010

Paul Craig dan Grainne de Burca, 2011, *EU Law, Text, Cases and Materials* (Edisi Kelima), Oxford University Press.

### PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

*Treaty on European Union*

*Treaty on the Functioning of European Union.*

*Official Journal C 338 of 6.11.2012 recommendations to national courts and tribunals in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings 2012/c 338/01*

*Official Journal L 265 of 29.9.2012 rules of procedure of the court of justice*

*Official Journal L 173 of 26.6.2013 amendment of the rules of procedure of the court of justice, amendment of the rules of procedure of the general court.*

*Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.*

### PUTUSAN PENGADILAN (CJEU):

*Case 8/74, Dassonville case.*

*Case 120/78, Cassis de Dijon case.*

*Joined Cases C-267 & C-268/91, Keck & Mithouard case.*

*Judgment of the Court of 6 October 1982. - Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health. - reference for a preliminary ruling: Corte suprema di Cassazione - Italy. - Obligation to request a preliminary ruling. - Case 283/81.*

*Joined Cases C-402/05 P. Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council.*

## **Internet**

Sensus Penduduk Indonesia per 2010 menurut Badan Pusat Statistik, <http://sp2010.bps.go.id/>

<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/rankorder/2119rank.html> diunduh tanggal 5 September 2015

[http://europa.eu/about-eu/countries/index\\_en.htm](http://europa.eu/about-eu/countries/index_en.htm) diunduh tanggal 5 September 2015

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV:l14552> diunduh pada tanggal 23 September 2015

# **Upaya Menemukan Konsep Ideal Hubungan Pusat-Daerah Menurut Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945**

## ***Efforts to Find the Ideal Concept of Central-Local Relations Based on the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia***

**Muhammad Ridwansyah**

Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum  
Universitas Gadjah Mada

Jl. Jl. Sosio Justisia. Bulaksumur, Yogyakarta, 55281  
Email: muhammadridwansyah188@yahoo.com

Naskah diterima: 05/10/2016 revisi: 11/10/2017 disetujui: 27/11/2017

### **Abstrak**

Penelitian ini bertujuan mengetahui pengaturan tentang pemerintahan daerah terkait dengan asas desentralisasi asimetris sehingga lebih leluasa mengurus rumah tangga sendiri. Penelitian ini merupakan penelitian konseptual berupaya menemukan konsep-konsep hubungan pusat dan daerah menurut UUDNRI Tahun 1945. Berdasarkan hasil pembahasan yang ada, hasil penelitian ini sebagai berikut: *pertama*, konsep desentralisasi asimetris ini sudah lama dicari formatnya karena amanah konstitusi perlu interpretasi lebih jauh sehingga benar-benar menemukan konsep ideal bagi Pemerintah Indonesia. *Kedua*, kehadiran Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah memang sudah menggunakan prinsip otonomi seluas-luasnya sehingga ada keluasaan untuk mengatur daerahnya sendiri. Namun peneliti berupaya mencari format baru, yang peneliti tawarkan ialah desentralisasi asimetris bagi semua daerah Indonesia walaupun hal ini terkesan sulit namun hal itu apabila dilakukan secara bersama maka akan mudah untuk dilaksanakan. *Ketiga*, terkait desentralisasi asimetris untuk Indonesia ini sudah diterapkan terhadap empat daerah yakni DKI Jakarta, Daerah Istimewa

Yogyakarta, Aceh dan Papua namun ke depan Indonesia akan dengan mudah melakukan perubahan lagi terhadap Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintah Daerah. *Keempat*, terkait dengan kewenangan daerah yang nanti menjadi sangat luas tentunya metode pengawasan akan jauh lebih diperketat dari pada sebelumnya karena desentralisasi memperkenankan ke level kekuasaan pemerintahan yang lebih rendah atau di bawah untuk menentukan sejumlah isu yang langsung mereka perhatikan.

**Kata kunci:** Konsep, Hubungan Pusat dan Daerah.

### ***Abstract***

*This study aims to understand the local governance arrangements in relate to asymmetric decentralization principles which allows them to take care of their own concerns more freely. This study is a conceptual attempt to discover the concepts of central-region relations by The 1945 Constitution of Republic of Indonesia. Based on the discussions available, the results of this study are: first, the concept of asymmetric decentralization has long been sought for its format as a constitutional mandate needs further interpretation to find the ideal concept for the Government of Indonesia; second, the presence of the Law no. 23 year 2014 about Regional Government has already used the principle of broad autonomy so there are discretions to manage their own regions. Yet, the researcher is willing to find a new format, in this case is asymmetric decentralization to all areas of Indonesia. Although it seems difficult to implement, in fact it can be easier to be applied together; third, asymmetric decentralization in Indonesia has actually been implemented to four regions (Jakarta, Yogyakarta, Aceh, and Papua), but the researcher is expecting more that in the future Indonesia will be easily made further changes to the Law no. 23 year 2014 about Regional Government; fourth, related to the regional authority which will be more comprehensive, the monitoring methods will automatically be much tighter than before. That is because decentralization allows lower government power level to determine the issues they directly notice.*

**Keywords:** *Concepts, Central and Local Relations.*

## **PENDAHULUAN**

Menurut Djohermansyah Djohan proses mencari format pemerintahan daerah yang ideal di Indonesia telah berlangsung sejak diproklamasikannya kemerdekaan yang diawali dengan dikeluarkannya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1945 tentang Peraturan Kedudukan Komite Nasional Daerah, dan disusul silih berganti dengan diterbitkannya beberapa undang-undang dan peraturan lainnya, hingga saat ini Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan

Daerah yang merupakan pengganti dari UU No. 32 Tahun 2004.<sup>1</sup> Setiap undang-undang Pemerintahan Daerah yang baru pada dasarnya merupakan koreksi dan penyempurnaan dari undang-undang dan peraturan lama, yang dianggap tidak sesuai lagi dengan amanah konstitusi dan perkembangan zaman. Begitu seterusnya, undang-undang pemerintahan daerah baru selalu memuat ketentuan-ketentuan baru guna memenuhi tuntutan faktual masyarakat lokal sebagai *stakeholder* dan kehendak pemerintah pemerintah pusat sebagai *shareholder*. Dampaknya, implementasi kebijakan otonomi daerah dipenuhi dengan aneka eksperimen.

Sejalan dengan pemahaman di atas Bagir Manan juga selalu ingin menemukan konsep ideal antara hubungan pusat dan daerah hal ini bisa dilihat dari disertasi beliau yang berjudul "Hubungan Antara Pusat dan Daerah menurut UUD 1945."<sup>2</sup> Hal ini karena ditengarai kegalauan beliau pada saat itu melihat pemerintahan Orde Lama dan Orde Baru sangat sentralistis. Ditambah lagi selama ini di masa Orde Lama dan Orde Baru tidak ada keseimbangan antara perbedaan dan kesatuan, yang ada hanya serba kesatuan. Setiap perbedaan dianggap ancaman yang membahayakan.<sup>3</sup> Latar belakang pemikiran ini sebenarnya upaya untuk menemukan atau mengembangkan hubungan yang serasi antara pemerintah pusat dan pemerintah daerah. Jika dilihat ke masa lalu acuan dari hubungan pusat dan daerah ini masih tertuang di dalam GBHN mulai dari tahun 1978, 1983, dan 1988. Hal ini mempertegas dalam pernyataan GBHN yakni<sup>4</sup>:

*"Dalam rangka memperlancar pembangunan yang tersebar dan merata di seluruh pelosok tanah air dalam rangka membina persatuan dan kesatuan bangsa maka hubungan kerja yang serasi antara pemerintah pusat dan pemerintah daerah perlu terus dikembangkan atas dasar keutuhan negara kesatuan dan diarahkan pada pelaksanaan otonomi yang nyata, dinamis dan bertanggungjawab. Upaya ini perlu dilakukan bersama-sama dengan dekonsentrasi dan kebijaksanaan lainnya yang mendorong kemajuan dan pembangunan daerah".*

Amanah otonomi daerah memang sudah diatur di dalam konstitusi bangsa ini. Jika kita lihat UUD 1945, Pasal 18 yang menjadi sumber penyelenggaraan otonomi dapatlah dipahami untuk mendorong terwujudnya ide yang dicita-citakan

<sup>1</sup> Lihat Lili Romli, *Potret Otonomi Daerah dan Wakil Rakyat di Tingkat Lokal*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2007, h. v.

<sup>2</sup> Disertasi ini diselesaikan di Program Pascasarjana Ilmu Hukum UNPAD, Bandung, beliau mengulas mulai dari desentralisasi di beberapa negara antara lain Inggris, Perancis, Belanda. Hingga menjadi pembahasan utamanya adalah di Indonesia. Hal yang paling penting dalam pembahasan ini ialah bagaimana agar konsep yang sentralisasi pada orda lama dan orde baru segera diakhiri dan memberikan daerah peluang untuk mengurus rumah tangga sendiri. Lihat Bagir Manan, *Hubungan Antara Pusat dan Daerah Menurut UUD 1945*, Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1994, h. 1-10.

<sup>3</sup> Bagir Manan, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2004, h. vii.

<sup>4</sup> Lihat TAP No. II/MPR/1988 tentang Garis-Garis Besar Haluan Negara. Dikutip oleh Bagir Manan, 1994, *Op.Cit.*, h. 1.

yaitu otonomi. Definisi otonomi merupakan kebebasan dan kemandirian (*vrijheid* dan *zelfstandigheid*) satuan pemerintahan yang lebih rendah untuk mengatur dan mengurus urusan pemerintahan.<sup>5</sup> Untuk itu pendiri negara kesatuan ini jauh-jauh hari sudah memikirkannya secara hukum tentang pemerintahan daerah. Oleh sebab itu, persoalan otonomi daerah harus diwujudkan dalam kerangka negara kesatuan sebagaimana yang diamanatkan Pasal 18 UUD 1945 sebelum perubahan tersebut, yang berbunyi :

*“Pembagian daerah Indonesia atas daerah besar dan kecil dengan bentuk susunan pemerintahannya ditetapkan dengan undang-undang, dengan memandang dan mengingat dasar permusyawaratan dalam sistem pemerintahan negara, dan hak-hak asal usul dalam daerah-daerah yang bersifat istimewa”<sup>6</sup>*

Sejarah otonomi di negeri ini mengalami perubahan yang signifikan karena jika dilihat sejarahnya banyak sekali perubahan mulai dari Orde Baru, Orde Lama, dan Era Reformasi saat ini. Untuk menelusuri ini menurut Sunaryati Hartono<sup>7</sup> yang dikutip oleh Afif Syarif mengatakan untuk mewujudkan Pasal 18 terjadi suatu tarik menarik dalam kehidupan bernegara. Tarik menarik ini tidak perlu dihilangkan ini merupakan sejarah hukum dalam kehidupan bernegara dan pemerintahan. Terkait dengan sejarah maka setelah pemerintah Orde Lama tumbang dan digantikan oleh Orde Baru maka dibentuklah Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1974 tentang Pemerintahan Daerah. Pembentukan ini secara politis merupakan sejarah hukum akibat UU No. 22 Tahun 1948 yang dibuat pada masa revolusi disertai tekanan dari penjajah Belanda yang pada waktu itu akan melaksanakan kehendaknya di bumi Indonesia. Setelah berakhirnya penjajahan Belanda dan berlakunya UUDS 1950, Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1948 tentang Pemerintahan daerah tetap berlaku.<sup>8</sup>

Setelah kembali ke UUD 1945 diadakan perubahan tentang pemerintahan daerah yang sebelumnya telah diundangkan dengan UU No. 1 Tahun 1957 yang pelaksanaannya dikeluarkan Peraturan Presiden Nomor 6 Tahun 1959. Kemudian diganti lagi dengan UU No. 18 Tahun 1965 dalam upaya pelaksanaan otonomi kepada daerah. Meskipun UU No. 18 Tahun 1965 dibuat pada masa orde lama,

<sup>5</sup> Bagir Manan, *Perjalanan Historis Pasal 18 UUD 1945*, Bandung: Uniska Press, 1993, h. 3.

<sup>6</sup> Lihat Mahkamah Konstitusi, *Naskah Asli Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia*, Jakarta: Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal MK RI, 2015, h. 8.

<sup>7</sup> Sunaryati Hartono, *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, Bandung: Alumni: 1991, h. 11.

<sup>8</sup> Afif Syarif, “Pasang Surut Otonomi Daerah dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia, (Tinjauan Sejarah Hukum Pemerintahan Daerah)” *Jurnal Ilmu Hukum*, Vol. 6 No. 7 Tahun 2013, h. 48.

akan tetapi penerapannya mulai berlaku pada orde baru, ini adalah merupakan *historis* hukum dalam sistem ketatanegaraan. Akibat perkembangan politik, UU No. 18 Tahun 1965 dianggap tidak sesuai dengan perkembangan pemerintahan, maka perlu dilakukan perubahan atau diganti dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1974 tentang Pemerintahan daerah.<sup>9</sup>

Di sadari atau tidak jika peneliti telaah beberapa karya ilmiah tentang otonomi daerah, orde baru ternyata melakukan penataan hubungan pusat-daerah dan undang-undang ini dengan watak yang sangat dominatif dan represif oleh pusat ke daerah.<sup>10</sup> Bahkan di era orde baru kepala daerah dikuasai oleh militer atas perintah Soeharto hal ini membuat daerah semakin kabur dari sistem tata kelola pemerintahan yang baik dan daerah jauh tertinggal dari kata sejahtera.

Setelah *seperempat* abad UU No. 5 Tahun 1974 berlaku dan diiringi tumbangnya rezim orde baru, maka pemerintahan yang baru memandang perlu untuk melakukan perubahan terhadap Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1974 tentang Pemerintahan Daerah. Dengan keluarnya Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah, maka UU No. 5 Tahun 1974 yang telah berlaku selama 25 Tahun dinyatakan tidak berlaku lagi. Apabila dilihat dari sejarah perjalanan panjang UU No. 5 Tahun 1974 dikaitkan dengan perkembangan hukum untuk mendukung otonomi daerah, maka perlu dilakukan perubahan terhadap undang-undang pemerintahan daerah tersebut Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah diundangkan pada tanggal 7 Mei Tahun 1999 dengan Lembaran Negara nomor 60 Tahun 1999, dan secara yuridis formal penyelenggaraan otonomi daerah dapat diharapkan sesuai dengan amanat kontitusi negara kita yaitu dapat meningkatkan kesejahteraan rakyat.<sup>11</sup>

Akan tetapi masih ada yang tertinggal dalam muatan-muatan hukum terhadap UU No. 22 Tahun 1999 tersebut, maka pemerintah memandang perlu untuk menyempurnakan dengan mengeluarkan Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintah Daerah. Apabila dilihat perjalanan panjang undang-undang pemerintahan daerah telah mengalami pasang surut dalam sistem ketatanegaran kita. Setelah berlakunya UU No. 32 Tahun 2004, diharapkan otonomi dan demokrasi untuk menjalankan kepentingan rakyat di daerah dapat berjalan lancar. Namun pada saat ini UU No. 32 Tahun 2004 sudah diganti oleh Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintah Daerah.

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

<sup>10</sup> Amiruddin, dkk, *Kompleksitas Persoalan Otonomi Daerah di Indonesia*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2003, h. xvii.

<sup>11</sup> Afif Syarif, *Op. Cit.*, h. 48.

Apabila diperhatikan jauh lebih dalam peraturan yang selama ini, tentang pemerintah daerah sangat beragam mulai dari sistem yang sangat sentralistis hingga ke desentralisasi, konsentrasi hingga dekonsentrasi, dan tugas pembantuan. Karena di era reformasi saat ini ada beberapa perubahan yang terhadap konstitusi yang awal mulanya hanya satu pasal namun sekarang sudah terdiri dari tiga pasal dengan sebelas ayat mulai dari Pasal 18<sup>12</sup>, 18A<sup>13</sup>, dan 18B<sup>14</sup>.

Atas dasar pemikiran kontruksi di atas penulis ingin mencari atau menemukan konsep yang ideal antara hubungan pemerintah pusat dan pemerintahan daerah menurut UUD 1945. Karena memang pada saat ini peraturan tentang pemerintahan daerah sering sekali diubah-ubah menjadikan pemerintahan daerah menjadi bingung dan kurang fokus terhadap daerah yang diurusnya. Atau memang norma yang ada di dalam pasal-pasal UUD 1945 perlu diinterpretasikan lebih jauh. Maka dalam penelitian konseptual ini peneliti mengkaji permasalahan mengenai masa depan pengaturan pemerintahan daerah terkait dengan asas desentralisasi asimetris.

## PEMBAHASAN

### A. Konsep Hubungan Antara Pemerintah Pusat dan Pemerintahan Daerah

Menurut Bagir Manan, penentuan luas sempitnya penyelenggaraan wewenang mengatur dan mengurus urusan-urusan daerah ditentukan oleh faktor yang melingkupi hubungan kekuasaan (*gezagsverhouding*) Pusat dan Daerah, yang antara lain mencakup: hubungan kewenangan, hubungan keuangan, hubungan pengawasan, dan hubungan yang timbul dari susunan organisasi pemerintahan di daerah.<sup>15</sup> Terkait dengan itu hubungan kewenangan antara pemerintah pusat dan daerah merupakan amanat konstitusi yang memerlukan bentuk pengaturan dalam undang-undang tersendiri.

<sup>12</sup> Pasal 18 ayat (1) menyatakan "Negara Kesatuan RI dibagi atas daerah-daerah provinsi dan daerah provinsi itu dibagi atas kabupaten dan kota, yang tiap-tiap provinsi, kabupaten, dan kota itu mempunyai pemerintahan daerah diatur dengan undang-undang". Ayat (2) menyatakan "Pemerintahan daerah provinsi, daerah kabupaten, dan kota mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan". Hingga ayat 3 sampai dengan ayat 7 yang secara spesifik mengatur urusan pemerintah daerah.

<sup>13</sup> Pasal 18A ayat (1) menyatakan "Hubungan wewenang antara pemerintah pusat dan pemerintahan daerah provinsi, kabupaten, dan kota, antara provinsi dan kabupaten dan kota, diatur dengan undang-undang dengan memperhatikan kekhususan dan keragaman daerah". Ayat (2) menyatakan "Hubungan keuangan, pelayanan umum, pemanfaatan sumber daya lainnya antara pemerintah pusat dan pemerintah daerah diatur dan dilaksanakan secara adil dan selaras berdasarkan undang-undang".

<sup>14</sup> Pasal 18B ayat (1) menyatakan "Negara mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa yang diatur dengan undang-undang." Ayat (2) "Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip NKRI, yang diatur dalam undang-undang".

<sup>15</sup> Enny Nurbaningsih, *Aktualisasi Pengaturan Wewenang Mengatur Urusan Daerah dalam Peraturan Daerah (Studi Priode Era Otonomi Seluas-luasnya)* Disertasi, Yogyakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum UGM, 2011, h. 22.

Dilihat dari definisi yang dikemukakan oleh Enny Nurbaningsih bahwa kewenangan yang dimaksud ialah hak untuk melakukan sesuatu tindakan dalam batas-batas tertentu berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Kewenangan memiliki arti yang sangat penting dalam penyelenggaraan pemerintahan karena merupakan dasar utama untuk setiap tindakan dan perbuatan hukum dari setiap tingkat pemerintahan yang ada disuatu negara. Tanpa adanya dasar kewenangan yang sah, maka berbagai tindakan dan perbuatan hukum yang dilakukan oleh setiap tingkat pemerintahan dapat dikategori tindakan dan perbuatan yang bertentangan dengan hukum dan dapat juga dikategorikan sebagai pelanggaran terhadap asas pemerintahan yang baik.<sup>16</sup>

Sesuai dengan konsep di atas hubungan kewenangan antara pemerintah Pusat dan Pemerintahan Daerah dalam sistem negara kesatuan melahirkan konsep sentralisasi dan desentralisasi. Pengertian dari sentralisasi merupakan adanya pemusatan semua kewenangan pemerintah pada pemerintah Pusat. Sedangkan definisi desentralisasi menurut Bagir Manan adalah bentuk atau tindakan memencarkan kekuasaan atau wewenang dari organisasi, jabatan atau pejabat.<sup>17</sup>

Hubungan Pusat Daerah apabila ditelusuri, hal ini telah diteliti oleh Bagir Manan, latar belakang adanya hubungan pusat dan daerah dikarenakan pada saat rancangan UUD susunan BPUPKI ada keinginan untuk menjadikan pemerintah daerah berhak mengurus rumah tangganya sendiri. Seperti yang diutarakan oleh Dr. Amir sebagai berikut:<sup>18</sup>

*Walaupun tidak dimasukan dalam grondwet, supaya pemerintahan kita disusun dengan sedemikian rupa, sehingga diadakan dekonsentrasi sebesar-besarnya. Pulau-pulau luar Jawa supaya diberi pemerintahan disana, supaya rakyat disana berhak mengurus ruamh tangganya sendiri dengan seluas-luasnya. Itu saja<sup>19</sup>*

Selanjutnya dalam naskah persiapan UUD Tahun 1945 tersebut Ratulangi menyatakan: <sup>20</sup>

*Selain dari itu, Paduka, saya setuju dengan ucapan Wakil dari Sumatera Dr. Amir. Saya tidak akan mengucapkan dekonsentrasi dan desentralisasi, tetapi artinya, Paduka Tuan Ketua, yaitu supaya daerah pemerintahan*

<sup>16</sup> *Ibid.*, h. 86-87.

<sup>17</sup> Joko Setiono, *Hukum Desentralisasi dan Otonomi Daerah, Materi Perkuliahan*, Yogyakarta, Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, 2015, h. 10.

<sup>18</sup> Bagir Manan, *Op. Cit.*, h. 154.

<sup>19</sup> Muhammad Yamin, *Naskah Perisapan Undang-Undang Dasar 1945, Jilid Pertama*, Jakarta: Prapanca, 1959, h. 410.

<sup>20</sup> *Ibid.*, 412.

*diberapa pulau-pulau besar diberi hak seluas-luasnya untuk mengurus keperluannya menurut pikirannya sendiri, menurut kehendaknya sendiri, tentu dengan memakai persetujuan, bahwa daerah-daerah itu ada daerah daripada Indonesia.*

Selanjutnya pernyataan di atas langsung ditanggapi oleh Soepomo bahwa:<sup>21</sup>

*Pendapat dari saudara Amir, badan kita harus menerima sebagai dasar, bahwa urusan rumah tangga pada dasarnya harus diserahkan kepada daerah. Akan tetapi lebih baik hal itu dimasukkan dalam undang-undang, tidak dalam UUD. Disini hal itu dicatat sebagai hasil rapat, namun jikalau kita membentuk undang-undang tentang pemerintahan daerah, harus dihormati keinginan rapat bahwa pada dasarnya urusan rumah tangga harus diserahkan kepada daerah. Berhubung dengan usul Ratulangi supaya daerah bisa mengatur keperluannya menurut kehendak sendiri, urusan rumah tangga diserahkan kepada pemerintah daerah, asal saja dilakukan dengan dasar permusyawaratan dan tidak boleh membuat peraturan sendiri yang menantang dasar pemerintahan pusat.*

Apabila dilihat dari disertasi Bagir Manan hal tersebut dapat disimpulkan sebagai berikut:<sup>22</sup>

- 1) Bahwa maksud pembagian daerah besar dan kecil tidak lain dari pembagian ke dalam daerah-daerah otonom. Tidak ada pembicaraan mengenai dekonsentrasi atau wilayah administrasi.
- 2) Bahwa isi otonom adalah seluas-luasnya “asal saja dilakukan dengan permusyawaratan, dan tidak boleh membuat peraturan sendiri yang menentang dasar pemerintah pusat.

Masih dalam disertasi Bagir Manan, ketentuan dari Pasal 18 di atas mengandung beberapa prinsip sebagai berikut:<sup>23</sup>

- 1) Prinsip desentralisasi territorial wilayah Indonesia akan dibagi-bagi dalam satuan-satuan pemerintahan yang tersusun dalam daerah besar dan kecil (*grondgebied*). Dengan demikian UUD 1945 tidak mengatur mengenai desentralisasi fungsional.
- 2) Perintah kepada pembentuk undang-undang (Presiden dan DPR) untuk mengatur desentralisasi territorial harus a). memandang dan mengingat dasar permusyawaratan dalam sistem pemerintahan negara. b). memandang dan mengingat hak-hak asal usul dalam daerah-daerah yang bersifat istimewa.

<sup>21</sup> *Ibid.*, 413.

<sup>22</sup> Bagir Manan, *Op. Cit.*, h. 155.

<sup>23</sup> *Ibid.*, h. 156.

Dalam hal peneliti kurang setuju dengan penarikan kesimpulan yang dilakukan oleh Bagir Manan karena jika dilihat ke dalam naskah persiapan UUD 1945 bahwa daerah yang diinginkan oleh wakil-wakil luar Jawa seyogyanya desentralisasi asimetris dan ingin mengatur daerahnya sendiri sehingga bisa lebih leluasa mengatur daerahnya dalam hal memberikan kebebasan untuk mengembangkan dan memajukan khazanah seni budaya, bahasa, ilmu pengetahuan, falsafah, agama, infrastruktur pembangunan fisik, ekonomi, politik, hukum, bahasa, telekomunikasi, informasi dan sebagainya.

## **B. Prinsip Otonomi Daerah di Indonesia**

Menurut Agus Santoso Indonesia menganut prinsip desentralisasi karena Pasal 18 sebelum perubahan *juncto* Pasal 18 setelah perubahan, Pasal 18A, 18B mengalami penyempurnaan, terutama berdasarkan perubahan kedua UUD 1945 sejak 18 Agustus 2000. Prinsip desentralisasi yang melahirkan otonomi daerah dipilih dan ditetapkan merupakan hasil dari pembahasan BPUPKI, terutama dalam sidang II (11-17 Juli 1945), kemudian dicantumkan sebagai Pasal 17 dalam rancangan UUD yang ditetapkan oleh badan ini. Kemudian hal itu dibahas dan ditetapkan kembali oleh PPKI dalam UUD sehingga akhirnya ditetapkan lagi sebagai Pasal 18.<sup>24</sup>

Alasan pemilihan prinsip otonomi desentralisasi dapat diketahui dari laporan Soepomo sebagai ketua Panitia Kecil dari Panitia Perancang UUD, dalam hal ini diperolehnya prinsip desentralisasi. Sejalan dengan itu Soepomo juga sepakat dengan prinsip yang digunakan tersebut karena Moh. Hatta mengatakan dengan prinsip otonomi bertingkat ini disebabkan untuk mendekatkan demokrasi yang bertanggung jawab kepada rakyat maka yang terbaik adalah otonomi pada daerah tingkat II, sehingga daerah tingkat II akan membina perkembangan desa-desa untuk mencapai tingkat kemampuan mengurus rumah tangga sendiri.<sup>25</sup>

Pada Tahun 2004, menurut UU No. 32 Tahun 2004, penyelenggaraan pemerintahan berpedoman pada Asas Umum Penyelenggaraan Negara yang terdiri atas:

- 1) asas kepastian hukum;
- 2) asas tertib penyelenggara negara;
- 3) asas kepentingan umum;
- 4) asas keterbukaan;

<sup>24</sup> Agus Santoso, *Menyingkap Tabir Otonomi Daerah di Indonesia*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2013, h. 108.

<sup>25</sup> *Ibid*, h. 109.

- 5) asas proporsionalitas;
- 6) asas profesionalitas;
- 7) asas akuntabilitas;
- 8) asas efisiensi; dan
- 9) asas efektivitas

Terkait dengan asas kepastian hukum dan kepentingan umum, pada undang-undang tersebut ada relevansinya terhadap rumusan kata “daerah otonom” hal ini tercantum dalam Pasal 1 angka 6 bahwa daerah otonom selanjutnya disebut daerah adalah kesatuan masyarakat hukum yang mempunyai batas-batas wilayah, yang berwenang mengatur dan mengurus urusan pemerintahan dan kepentingan masyarakat setempat menurut prakarsa sendiri, berdasarkan aspirasi masyarakat dalam sistem Negara Kesatuan Republik Indonesia. Berdasarkan rumusan tersebut ada tiga hal yang bisa peneliti uraikan yakni: *pertama*, unsur batas wilayah, ialah sebagai kesatuan masyarakat hukum, batas suatu wilayah adalah sangat menentukan untuk kepastian hukum bagi pemerintah dan masyarakat dalam melakukan interaksi hukum, misalnya dalam penetapan kewajiban tertentu sebagai warga masyarakat serta pemenuhan hak-hak masyarakat terhadap fungsi pelayanan umum pemerintahan dan peningkatan kesejahteraan secara luas kepada masyarakat setempat. *Kedua*, unsur pemerintahan hal ini berdasarkan atas kreatifitas daerah tersendiri atas legitimasi undang-undang yang telah diberikan kewenangannya kepada pemerintah daerah masing-masing. *Ketiga*, unsur masyarakat sebagai elemen pemerintahan daerah merupakan kesatuan masyarakat hukum baik *gemeinshaft* maupun *geselchaft* jelas mempunyai tradisi, kebiasaan, dan adat istiadat yang turut mewarnai sistem pemerintahan daerah, mulai dari bentuk cara berfikir, bertindak, dan kebiasaan tertentu dalam kehidupan masyarakat.

Apabila dicermati Pasal 1 angka 6 di atas diperuntukan terhadap daerah desentralisasi namun konsep undang-undang tersebut menurut peneliti masih terkesan masih banyak masalah hal ini seperti masalah pembentukan daerah otonom, pembagian urusan pemerintahan daerah, daerah berciri kepulauan, pemilihan kepala daerah, peran gubernur sebagai wakil pusat, masalah muspida, perangkat daerah, kecamatan, aparatur daerah, pembangunan daerah, pelayanan publik, partisipasi masyarakat, kawasan perkotaan, kawasan, kawasan khusus, kerjasama antar daerah permasalahan desa, pembinaan dan pengawasan, tindakan hukum terhadap aparatur pemda, inovasi daerah dan DPOD.

Senada dengan dengan mantan Direktur Urusan Daerah Departemen Dalam Negeri I Made Suwandi mengatakan masalah inovasi daerah misalnya banyak daerah melakukan terobosan namun kemudian terkendala persoalan ketiadaan payung hukum. Pada akhirnya, banyak Kepala Daerah yang kemudian harus berhadapan dengan persoalan-persoalan hukum. Seringkali inovasi tersebut dijadikan kriminalisasi oleh aparat kepolisian, kejaksaan, akibat dasar hukum terobosan tersebut tidak dilandasi dasar hukum yang kuat. Dari sini kemudian inovasi yang dilakukan berubah menjadi kriminalisasi. Padahal kemajuan suatu daerah justru sangat mungkin terjadi karena inovasi yang diciptakan.<sup>26</sup> Artinya, asas yang digunakan dalam undang-undang di atas terkadang sering dikebiri oleh aparat penegak hukum sehingga pemerintah daerah cenderung tidak mau lagi berinovasi karena ada kekhawatiran dikriminalisasikan.

Tahun 2014, dengan hadirnya UU No. 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah maka prinsip untuk menjalankan pemerintahan daerah mengingat wilayah Indonesia yang sangat luas, UUD 1945 beserta perubahannya telah memberikan landasan konstitusional mengenai penyelenggaraan pemerintahan daerah di Indonesia. Di antara ketentuan tersebut antara lain;

- a) Prinsip pengakuan dan penghormatan negara terhadap kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat serta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip NKRI.
- b) Prinsip daerah mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan.
- c) Prinsip menjalankan otonomi seluas-luasnya.
- d) Prinsip mengakui dan menghormati pemerintahan daerah yang bersifat khusus dan istimewa.
- e) Prinsip badan perwakilan dipilih langsung dalam suatu pemilu.
- f) Prinsip hubungan pusat dan daerah harus dilaksanakan secara selaras dan adil.
- g) Prinsip hubungan wewenang antara pemerintah pusat dan pemerintah daerah harus memperhatikan kekhususan dan keragaman daerah.
- h) Prinsip hubungan keuangan, pelayanan umum, pemanfaatan sumber daya alam dan sumber daya lainnya antara pemerintah pusat dan pemerintahan daerah dilaksanakan secara adil dan selaras berdasarkan undang-undang.
- i) Prinsip pengakuan dan penghormatan negara terhadap satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa.

<sup>26</sup> "Revisi UU No. 32 Tahun 2004, Kelemahan Konsep atau Implementasi", [www.vivaborneo.com/revisi-uu-no-32-tahun-2004-kelemahan-konsep-atau-implementasi.htm](http://www.vivaborneo.com/revisi-uu-no-32-tahun-2004-kelemahan-konsep-atau-implementasi.htm), diunduh tanggal 03 Oktober 2016.

Penerapan UU 23 Tahun 2014, sejatinya memasuki era desentralisasi hal ini sesuai yang disampaikan oleh Suhajar Diantoro Staf Ahli Kementerian Dalam Negeri Bidang Pemerintahan mengatakan Pemerintah sudah mencanangkan politik desentralisasi sejak lama. Poin penting yang dibahas dalam penerapan UU No. 23 Tahun 2014 di samping tanggung jawab pemerintah pusat terhadap pemerintah daerah, hal lain yang disinggung membagi urusan seperti permasalahan hutan, tambang, laut, dibawa ke Provinsi juga ikut dibahas. Permasalahan lainnya juga ialah perda kabupaten/kota dapat dibatalkan oleh Gubernur atau Wakil Gubernur, akan tetapi dengan begitu kabupaten/kota dapat mengajukan ke Kementerian Dalam Negeri jika Kementerian Dalam Negeri justru menguatkan keputusan Gubernur maka bisa mengajukan ke Mahkamah Agung sebagai *judicial review*.<sup>27</sup> Jika dibandingkan UU 32 Tahun 2004 dengan 23 Tahun 2014 jauh lebih baik UU 23 Tahun 2014 karena undang-undang tersebut melihat Indonesia ke arah desentralisasi hal ini seperti pandangan Josef Riwu Kaho bahwa sejak awal berdirinya Indonesia ini *founding father* telah menjatuhkan pilihannya pada prinsip pemencaran kekuasaan dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah.<sup>28</sup>

### C. Desentralisasi Asimetris untuk Indonesia

Dalam hal ini peneliti ingin menawarkan konsep desentralisasi asimetris untuk semua wilayah Indonesia dengan fungsi pengawasan yang ketat. Supaya ke depan nantinya anak-anak bangsa ini bisa membayangkan kota-kota yang ada di Indonesia mirip seperti kota-kota yang ada di Amerika Serikat, Hong Kong, Quebec, Canada dan lain sebagainya tanpa merubah konsep negara kesatuan.

Menurut G. Shabbir Cheema dan D. A. Rondineli yang dikutip oleh Ni'matul Huda bahwa dalam tiga dasawarsa (1970-1990-an) pemerintah di negara-negara berkembang telah berupaya mengimplementasikan bermacam kebijakan desentralisasi. Sebagian memiliki lingkup yang menyeluruh dan dirancang untuk mengalihkan perencanaan pembangunan dan pertanggungjawaban pengelolaan kepada unit-unit pemerintahan daerah. Sebagian lain dipahami secara lebih sempit mereka hanya menyebarkan atau merelokasikan tugas-tugas pemerintahan di antara unit-unit pemerintahan daerah. Di sebagian besar negara, kebijakan desentralisasi mempunyai empat bentuk. Pemerintah di negara-negara seperti India, Sudan, dan Tanzania berupaya menyerahkan atau mendelegasikan kuasa

<sup>27</sup> Taufik Rachman, "UU 23 Tahun 2014: Era Baru Penerapan Desentralisasi," <http://m.republika.co.id/berita/nasional/politik/16/04/29/o6cv0m219-uu-23-tahun-2014-era-baru-penerapan-desentralisasi>, diunduh Tanggal 03 Oktober 2016.

<sup>28</sup> Josef Riwu Kaho, *Prospek Otonomi Daerah di Negara Republik Indonesia (Identifikasi beberapa faktor yang mempengaruhi penyelenggaraanya)*, Jakarta: Raja Grafindo, 2002, h. xi.

pembagian pengambil keputusan kepada pemerintah daerah atau unit-unit pemerintahan.<sup>29</sup>

Pemerintah lain seperti Brazil, Argentina, Venezuela, dan Meksiko memberikan fungsi perencanaan dan pengelolaan tertentu kepada organisasi-organisasi semi otonom. Hampir semua pemerintahan di Afrika Timur, Utara, dan Asia Selatan mendistribusikan fungsi pembangunan kepada pemerintah provinsi atau distrik. Desentralisasi di beberapa negara berkembang dilaksanakan dengan metode debirokratisasi. Ini mengindikasikan fungsi-fungsi yang sebelumnya diemban oleh pemerintah diserahkan kepada organisasi-organisasi mandiri atau swasta. Konsep desentralisasi tumbuh dan berkembang seiring dengan tuntutan dan kebutuhan negara demokrasi sejak lama. Menurut Syarif Hidayat dan Benyamin Hosein konsep ini baru banyak diperdebatkan khususnya di negara-negara yang sedang berkembang pada Tahun 1950-an. Pada periode ini dapat dikatakan sebagai gelombang pertama konsep desentralisasi telah mendapat perhatian khusus dan telah diartikulasikan sebagai konsep yang paling relevan untuk memperkuat dan memberdayakan penyelenggaraannya pemerintahan lokal. Jika dilihat gelombang kedua gerakan desentralisasi, utamanya di negara-negara sedang berkembang adalah pada akhir tahun 1970-an.<sup>30</sup>

Desentralisasi juga seringkali diinterpretasikan sebagai antitesa dari sentralisasi. Antara dua kutub itu dalam perkembangannya tidak jarang diletakkan pada kutub yang saling berlawanan,<sup>31</sup> seharusnya di dalam negara kesatuan di samping keliru untuk mempertentangkan keduanya antaranya keduanya juga tidak bisa ditiadakan sama sekali. Artinya kedua konsep tersebut menurut Lukman Hakim teori tersebut saling melengkapi dan membutuhkan dalam kerangka ideal sebagai sendi negara demokratis.<sup>32</sup> Arti penting desentralisasi esensinya agar persoalan kompleks yang dilatarbelakangi oleh berbagai faktor heterogenis dan kekhususan daerah yang melingkupi seperti budaya, agama, adat istiadat, dan luas wilayah yang jika ditangani semuanya oleh pemerintah pusat merupakan hal yang tidak mungkin karena keterbatasan dan kekurangan hampir di semua aspek.

<sup>29</sup> Lihat G. Shabbir Cheema dan D. A. Rondinelli, 1983, *Decentralization and Development: Conclusions and Directions* Sage Publication, Beverly Hills, London or New Delhi, h. 295. Dikutip oleh Ni'matul Huda, *Desentralisasi Asimetris dalam NKRI*, Bandung: Nusa Media, 2014, h. 53.

<sup>30</sup> *Ibid.*, h. 32. Lihat Syarif Hidayat dan Bhenyamin Hoessin, *Desentralisasi dan Otonomi Daerah*, Jakarta: P2P LIPI, 2001, h. 22. Dikutip oleh Juanda, *Hukum Pemerintahan Daerah Pasang Surut Hubungan Kewenangan Antara DPRD dan Kepala Daerah*, Bandung: Alumnus, 2004, h. 144. Lihat lagi John M. Cohen dan Stephan B. Peterson, *Administrative Decentralization*, USA: Kumarian Press, 1997, h. 2-3.

<sup>31</sup> S.J. Wolhoff, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara Republik Indonesia*, Jakarta: Timun Mas, 1955, h. 211.

<sup>32</sup> Lukman Hakim, *Filosofi Kewenangan Organ dan Lembaga Daerah (Perspektif Teori Otonomi dan Desentralisasi dalam Penyelenggaraan Pemerintah Negera Hukum dan Kesatuan*, Malang: Setara Press, 2012, h. 17. Hal ini juga ditulis oleh Sodjaungon Situmorang, *Model Pembagian Urusan Pemerintahan Antara Pemerintah Provinsi dan Kabupaten/Kota, Disertasi*, Jakarta: Pascasarjana UI, 2002, h. 21.

Namun sebaliknya adalah hal yang tidak realistis jika semuanya didesentralisasikan kepada daerah dengan alasan cerminan dari prinsip demokrasi. Oleh karena itu, pengendalian dan pengawasan pusat sebagai cerminan dari sentralisasi tetap dipandang mutlak sepanjang tidak melemahkan bahkan memandulkan prinsip demokrasi itu sendiri.

Terkait dengan definisi dalam tulisan ini akan semakin diperjelas supaya ada titik terang terhadap makna desentralisasi sehingga penggunaan akan tepat jika diterapkan di Indonesia secara luas. Menurut Harry Friedman desentralisasi adalah asas penyelenggaraan pemerintahan yang dipertentangkan dengan sentralisasi. Tentunya desentralisasi menghasilkan pemerintahan lokal sehingga adanya pembagian kewenangan serta tersedianya ruang gerak yang memadai untuk memaknai kewenangan yang diberikan kepada unit pemerintahan yang lebih rendah.<sup>33</sup> Sejalan dengan itu Parson membaca dari aspek politik bahwa desentralisasi sebagai pembagian kekuasaan pemerintahan dari pusat dengan kelompok lain yang masing-masing mempunyai wewenang ke dalam suatu daerah tertentu dari suatu negara.<sup>34</sup> Masih tentang definisi desentralisasi kali ini yang mengutarakannya ialah Mawhood mengatakan devolusi kekuasaan pemerintah pusat ke pemerintahan daerah).<sup>35</sup>

Model pengadopsian desentralisasi asimetris didasari akan kebutuhan kerangka administrasi yang handal dalam mengelola keragaman lokal. Menurut Ni'matul Huda ahli pertama yang memulai debat seputar desentralisasi asimetris adalah Charles Tartlon dari University of California, USA. Menurut Tartlon:<sup>36</sup>

*Pembeda inti antara desentralisasi (biasa) dan desentralisasi asimetris terletak pada tingkat kesesuaian (conformity), dan keumuman (commonality) pada hubungan suatu level pemerintahan (negera bagian/daerah) dengan sistem politik, dengan pemerintah pusat maupun antar negara bagian/daerah. Pola simetris ini ditandai oleh "the level of conformity and commonality in the relations of each separate political unit of the system to both the system as a whole and to the component unit" di sini, hubungan pusat simetris antar setiap unit lokal dengan pemerintah pusat tersebut didasari jumlah dan bobot kewenangan yang sama.*

<sup>33</sup> Harry Friedman, *Op. Cit.*, h. 35.

<sup>34</sup> Syarif Hidayat dan Bhenyamin Hoessin, *Op. Cit.*, h. 23-25.

<sup>35</sup> Philip Mwhood, *Local Government in the Third World*, United Kindgom: John Wisley and Sons, Chisceter, 1983, h. 20.

<sup>36</sup> Dikuti oleh Ni'matul Huda, *Op. Cit.*, h. 59. Lihat Juga Robert Endi Jaweng, "Kritik Terhadap Desentralisasi Asimetris di Indonesia, *Jurnal Analisis CSIS*, Volume 40, Nomor 2, Juni 2011, h. 162.

Sementara dalam pola asimetris satu atau lebih unit politik atau pemerintah lokal *“possessed of varying degrees of autonomy and power”*. Berbeda derajat otonomi kekuasaan berupa ketidakseragaman pengaturan muatan kewenangan itu membentuk derajat hubungan yang berbeda pula antar negara bagian/daerah asimetris dengan unit-unit politik lainnya baik secara horizontal (antar daerah) maupun antar vertical (antar pusat). Khusus mengenai ini pola asimetris ini menurut Ni'matul Huda dalam kutipannya terhadap Tarlton menekankan, *In the model asymmetrical system each component unit would have about it unique feature or set of features which would separate in important ways, its interest from those of any other state the system considered as a whole*. Dalam hal ini Tarlton membagi konsep desentralisasi asimetris menjadi dua jenis yakni *asymmetrical federation* ialah asimetri *de jure* dan *asimetri de facto* dan asimetri *de facto* yang ditandai dengan perbedaan pada tingkat otonomi. Istilah asimetri *de jure* mengacu pada kondisi dimana terdapat penegasan praktik asimetris dalam konstitusi. Artinya dalam konstitusi yang sah sudah ditekankan bahwa terdapat unit-unit konstituen yang diperlakukan berbeda di bawah hukum yang sudah ditetapkan. Dalam federasi asimetri *de jure*, kebijakan dan penentuan perlakuan asimetri kepada masing-masing daerah ditentukan oleh beberapa syarat yang ditetapkan pusat. Adapun istilah federasi asimetri *de facto* mengacu pada perbedaan praktek nyata atau hubungan antar daerah yang muncul karena keadaan sosial, budaya dan ekonomi. Pada pengaplikasiannya federasi asimetris *de facto* tidak ada keterjaminan hukum standar yang relevan melainkan pada praktiknya sudah lazim dan diterima.<sup>37</sup>

Jika ditelaah secara cermat pola pikir Tarlton di atas diadopsi sekaligus diperbaharui oleh John Mc. Gerry dari Queen's University, Canada. Titik tekannya tidak hanya kait substanti asimetris tetapi bentuk dasar legal pengaturannya menurutnya hal ini diuraikan sebagai berikut:<sup>38</sup>

*Model asimetri terjadi kalau otonomi semua unit pemerintahan subnasional dijamin konstitusi dan terdapat sekurangnya satu otonomi lokal yang menikmati level otonomi yang berbeda (umumnya otonomi lebih luas). Di negara federal, sekaligus sebagai kebalikan dari negara unitaris, keberadaan model asimetri diatur dalam konstitusi dan otoritas federal tidak secara pihak menarik atau membatalkan status asimetris tersebut.*

<sup>37</sup> Krismayanti Tasrin, dkk, *Kajian Pengembangan Desentralisasi Asimetris di Indonesia*, Bandung: Pusat Kajian Pendidikan dan Pelatihan Aparatur I Lembaga Administrasi Negara, 2012, h. 12.

<sup>38</sup> Robert Endi Jaweng, *Op. Cit.*, h. 163.

*Dalam perspektif politik, asimetri yang diatur dalam konstitusi ini ada bukti pengakuan negara akan keberagaman sifat nasional satu atau lebih wilayah.*

Pada awalnya memang Tartlon menulis tema asimetri dalam kerangka negara federal, dalam perkembangannya di kemudian hari menunjukkan bahwa konsep dan penerapan kebijakan atas model tersebut mulai diadopsi di negara kastuan (unitary state). Hal ini karena memang di negara kesatuan pun, meski setiap daerah memiliki sistem hubungan politik yang sama dengan pemerintah nasional, keberagaman tetaplah merupakan suatu hal yang tidak dapat dinafikan baik dalam hal sejarah, budaya, ekonomi dan sebagainya. Akibatnya kemudian bermunculan beberapa konstektual asimetrisme, termasuk di dalamnya asimetrisme dalam konteks desentralisasi yang dikenal desentralisasi asimetrik (*asymmetrical decentralization*).<sup>39</sup>

Terkait dengan Indonesia, beberapa daerah tertentu sudah menjadi daerah desentralisasi asimetris hal yakni Papua dan Aceh.

1. Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus bagi Papua  
UU Otonomi Khusus bagi Papua menjadi solusi bagi daerah Papua untuk mengatur daerahnya sendiri, pada hakikatnya keputusan ini mengandung cita-cita luhur. Beberapa yang mendasar dalam pengaturan undang-undang tersebut. *Pertama*, pengaturan kewenangan antara Pemerintah Pusat dan Pemerintah Papua serta penerapan kewenangan tersebut di Provinsi Papua yang dilakukan dengan kekhususan. *Kedua*, pengakuan hak dasar orang asli Papua serta pemberdayaan secara strategis dan mendasar. *Ketiga*, mewujudkan penyelenggaraan pemerintahan yang baik dan berciri antara lain:
  - a) Partisipasi rakyat sebesar-besarnya dalam perencanaan, pelaksanaan dan pengawasan dalam penyelenggaraan pemerintahan serta pelaksanaan pembangunan melalui keikutsertaan para wakil adat, agama dan kaum perempuan.
  - b) Pelaksanaan pembangunan yang diarahkan sebesar-besarnya untuk memenuhi kebutuhan dasar penduduk asli Papua pada khususnya dan penduduk Provinsi pada umumnya dan berpegang teguh pada prinsip-prinsip pelestarian lingkungan, pembangunan berkelanjutan, berkeadilan dan bermanfaat langsung bagi masyarakat.

<sup>39</sup> Ni'matul Huda, *Op. Cit.*, h. 60.

- c) Pembagian wewenang, tugas dan tanggung jawab yang tegas dan jelas antara badan legislatif, eksekutif, dan yudikatif, serta Majelis Permusyawaratan Rakyat Papua sebagai representasi kultural penduduk asli Papua yang diberikan kewenangan tertentu.<sup>40</sup>

Pemberian otonomi khusus bagi Papua dimaksudkan untuk mewujudkan keadilan, penegakan supremasi hukum, penghormatan terhadap HAM, percepatan pembangunan ekonomi, peningkatan kesejahteraan dan kemajuan masyarakat Papua, dalam rangka kesetaraan dan keseimbangan dengan kemajuan Provinsi lain. senada dengan penjelasan di atas Muhammad Ali Safa'at mengatakan berdasarkan latar belakang pembentukan UU Otonomi Khusus Papua dapat diketahui bahwa tujuan pemberian khusus adalah untuk menyelesaikan akar masalah Papua sesuai dengan aspirasi masyarakat Papua. Namun demikian, substansi UU Otonomi Khusus Papua tidak mencakup upaya penyelesaian seluruh akar persoalan di Papua. Menurut beliau pengaturan tersebut hanya bisa digunakan sebagai instrumen normatif untuk menyelesaikan akar persoalan berupa kesenjangan, persamaan kesempatan, serta perlindungan hak dasar dan HAM.<sup>41</sup> Artinya menurut peneliti konsep pengaturan tentang Papua setidaknya bisa lebih leluasa dalam membangun daerahnya karena UU Otonomi Khusus Papua lebih bagus daripada UU 23 Tahun 2014. Bahkan kehadiran UU 23 Tahun 2014 Pemerintah Pusat masih memegang kendali yang sangat besar terhadap daerah-daerah hal ini tidak mungkin bagi Pemerintah Pusat untuk mengatur Indonesia secara keseluruhan.

## 2. Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintah Aceh

Aceh dikukuhkan oleh Indonesia sebagai *Special Territory of Indonesia*. Hal ini memang tidak bisa dinafikan bahwa Aceh apabila ditelusuri sejarahnya sejak Tahun 1500-an sudah berdiri sebagai daerah merdeka, berdaulat dan memiliki struktur pemerintahan yang dipimpin oleh Sultan. Mata uang Aceh bisa dijadikan sebagai alat pembayar lintas nasional, regional dan internasional. Tentang hal ini Davis yang pernah mengunjungi Aceh memberikan kesaksian sebagai berikut, "mereka mempunyai beberapa alat pembayar seperti, *cashes* (mata uang timah), *mas* (kesatuan hitung), *cowpan* atau kupan (kesatuan hitung), *pardaw* (kesatuan hitung), dan *tayel* (kesatuan hitung) " Aceh juga memiliki cap "seal" yang digunakan dalam surat menyurat resmi yang dikirim oleh Sultan Aceh kepada pemerintahan asing atau kepala pemerintah dalam

<sup>40</sup> Penjelasan Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua.

<sup>41</sup> Muhammad Ali Safa'at. *Problem Otonomi Khusus Papua*, yang dikutip oleh Ardianto, *Oase Gagasan Papua Damai*, Jakarta: Imparsial, 2012, h. 38.

“*Great Aceh*”. Misalnya Sultan Ibrahim mengirim surat yang dibubuh cap kepada Sultan Deli.<sup>42</sup>

Jauh setelah itu lembaran sejarah baru dimulai dalam perjalanan panjang perdamaian di Aceh lahir di Helsinki, Finlandia, Senin 15 Agustus 2005, yakni ditandatanganinya Nota Kesepahaman antara Pemerintah Indonesia (diwakili oleh Menteri Hukum dan HAM, Hamid Awaludin) dengan GAM (diwakili oleh Malek Mahmud) tentang perdamaian di Aceh. Penandatanganan nota kesepahaman itu merupakan awal yang baik bagi penyelesaian konflik Aceh secara permanen. Hal ini diharapkan akan mampu mengakhiri konflik bersenjata selama 30 tahun yang telah merenggut nyawa 15.000 manusia.

Kehadiran UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintah Aceh merubah total wajah Aceh karena ada beberapa poin yang memang secara sadar atau tidak sadar akhirnya Pemerintah Pusat meniru Undang-Undang Pemerintah Aceh sebagai berikut.

1. Pasal 67 ayat (1) huruf d membolehkan calon perseorangan<sup>43</sup> yang pada saat itu Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintah Daerah belum mengenal calon perorangan.
2. Pasal 75 juga mengatur tentang partai politik lokal. Pengaturan ini hanya di Aceh dan di beberapa daerah lainnya masih menggunakan partai nasional.
3. Pasal 96 mengatur tentang Lembaga Wali Nanggroe yang merupakan kepemimpinan adat sebagai pemersatu masyarakat yang independen, berwibawa, dan berwenang membina dan mengawasi penyelenggaraan kehidupan lembaga-lembaga adat dan pemberian gelar atau derajat dan upacara adat lainnya serta lain sebagainya yang masih banyak peneliti belum uraikan.

Dari ketentuan di atas dengan hadirnya UU Otonomi Khusus Bagi Papua dan UU Pemerintah Aceh seyogyanya harus diterapkan di Indonesia sebanyak mungkin, karena kalau diatur dengan satu undang-undang yakni Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintah Daerah tidak bisa mengakomodir semua daerah atau pun kalau memang diatur satu undang-undang aspirasi daerah seharusnya memang benar-benar diperhatikan.

<sup>42</sup> Yusra Habib Abdul Ghani, *Self Government: Studi Perbandingan tentang Desain Administrasi Negera*, Jakarta: Paramedia Press, 2009, h. 122-123.

<sup>43</sup> Pasal 67 (1) Pasangan calon Gubernur/Wakil Gubernur, bupati/wakil bupati, dan walikota/wakil walikota sebagaimana dimaksud dalam Pasal 65 ayat (1) diajukan oleh : a. partai politik atau gabungan partai politik; b. partai politik lokal atau gabungan partai politik lokal; c. gabungan partai politik dan partai politik lokal; dan/atau d. perseorangan.

## KESIMPULAN

Kehadiran Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintah Daerah memang sudah menggunakan prinsip otonomi seluas-luasnya sehingga ada keluasaan untuk mengatur daerahnya sendiri. Desentralisasi asimetris bagi semua daerah Indonesia walaupun terkesan sulit, namun jika dilakukan bersama maka akan mudah untuk dilaksanakan. Apabila ditelaah desentralisasi asimetris memang berasal dari konsep negara federal namun belakangan akhirnya konsep ini berkembang sehingga di beberapa negara sudah menggunakan hal yang serupa.

Terkait desentralisasi asimetris untuk Indonesia ini sudah diterapkan terhadap empat daerah yakni DKI Jakarta, Daerah Istimewa Yogyakarta, Aceh dan Papua namun peneliti mengharapkan ke depan Indonesia akan dengan mudah melakukan perubahan lagi terhadap Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintah Daerah. Terkait dengan kewenangan daerah yang nanti menjadi sangat luas tentunya metode pengawasan akan jauh lebih diperketat dari pada sebelumnya karena desentralisasi memperkenankan ke level kekuasaan pemerintahan yang lebih rendah atau di bawah untuk menentukan sejumlah isu yang langsung mereka perhatikan.

## DAFTAR PUSTAKA

- Abdul Ghani, Yusra Habib, 2009, *Self Government: Studi Perbandingan tentang Desain Administrasi Negera*, Jakarta: Paramedia Press.
- Amiruddin, dkk, 2003, *Kompleksitas Persoalan Otonomi Daerah di Indonesia*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- Ardimanto, 2012, *Oase Gagasan Papua Damai*, Jakarta: Imparsial.
- Agus Santoso, 2013, *Menyingkap Tabir Otonomi Daerah di Indonesia*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- Afif Syarif, 2013, "Pasang Surut Otonomi Daerah dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia, (Tinjauan Sejarah Hukum Pemerintahan Daerah)" *Jurnal Ilmu Hukum*, Volume 6 Nomor 7.
- Bagir Manan, 1993, *Perjalanan Historis Pasal 18 UUD 1945*, Bandung: Uniska Press.

- \_\_\_\_\_, 1994, *Hubungan Antara Pusat dan Daerah Menurut UUD 1945*, Jakarta: Pustaka Sinar Harapan.
- \_\_\_\_\_, 2004, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- Enny Nurbaningsih, 2011, *Aktualisasi Pengaturan Wewenang Mengatur Urusan Daerah dalam Peraturan Daerah (Studi Priode Era Otonomi Seluas-luasnya) Disertasi*, Yogyakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum UGM.
- G. Shabbir Cheema dan. Rondinelli, D. A, 1983, *Decentralization and Development: Conclutions and Directions*" Sage Publication, Beverly Hills, London or New Delhi.
- Juanda, 2004, *Hukum Pemerintahan Daerah Pasang Surut Hubungan Kewenangan Antara DPRD dan Kepala Daerah*, Bandung: Alumni.
- Josef Riwu Kaho, 2002, *Prospek Otonomi Daerah di Negara Republik Indonesia (Identifikasi beberapa faktor yang mempengaruhi penyelenggaraanya)*, Jakarta: Raja Grafindo.
- John M. Cohen dan Stephan B. Peterson, 1997, *Administrative Decentarlization*, USA: Kumarian Press.
- Joko Setiono, 2015, *Hukum Desentralisasi dan Otonomi Daerah, Materi Perkuliahan*, Yogyakarta, Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada.
- Krismayanti Tasrin, dkk, 2012, *Kajian Pengembanagan Desentralisasi Asimteris di Indonesia*, Bandung: Pusat Kajian Pendidikan dan Pelatihan Aparatur I Lembaga Administrasi Negara.
- Lili Romli, 2007, *Potret Otonomi Daerah dan Wakil Rakyat di Tingkat Lokal*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- Lukman Hakim, 2012, *Filosofi Kewenangan Organ dan Lembaga Daerah (Perspektif Teori Otonomi dan Desentralisasi dalam Penyelenggaraan Pemerintah Negara Hukum dan Kesatuan*, Malang: Setara Press.
- Mahkamah Konstitusi, 2015, *Naskah Asli Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia*, Jakarta: Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal MK RI.
- Muhammad Yamin, 1959, *Naskah Perisapan Undang-Undang Dasar 1945, Jilid Pertama*, Jakarta: Prapanca.
- Ni'matul Huda, 2014, *Desentralisasi Asimetris dalam NKRI*, Bandung: Nusa Media.

Philip Mwhood, 1983, *Local Government in the Third World*, United Kindgom:  
John Wisley and Sons, Chisceter.

Robert Endi Jaweng, 2011, "Kritik terhadap Desentralisasi Asimetris di Indonesia,  
*Jurnal Analisis CSIS*, Volume 40, Nomor 2, Juni.

Sunaryati Hartono, 1991, *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*,  
Bandung: Alumni.

Syarif Hidayat dan Bhenyamin Hoessin, 2001, *Desentralisasi dan Otonomi Daerah*,  
Jakarta: P2P LIPI.

S.J. Wolhoff, 1955, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara Republik Indonesia*, Jakarta:  
Timun Mas.

Sodjaungon Situmorang, 2002, *Model Pembagian Urusan Pemerintahan Antara  
Pemerintah Provinsi dan Kabupaten/Kota, Disertasi*, Jakarta: Pascasarjana UI

Taufik Rachman, 2016, "UU 23 Tahun 2014: Era Baru Penerapan Desentralisasi,"  
<http://m.republika.co.id/berita/nasional/politik/16/04/29/o6cv0m219-uu-23-tahun-2014-era-baru-penerapan-desentralisasi>, diunduh Tanggal 03 Oktober.

Tim Redaksi, 2016, "Revisi UU No. 32 Tahun 2004, Kelemahan Konsep atau Implementasi", [www.vivaborneo.com/ revisi-uu- no-32-tahun-2004-kelemahan-konsep-atau-Implementasi.htm](http://www.vivaborneo.com/revisi-uu-no-32-tahun-2004-kelemahan-konsep-atau-Implementasi.htm), diunduh Tangaal 03 Oktober.

**Implementasi Putusan Mahkamah  
Konstitusi Nomor 20/PUU-XI/2013  
Pada Penetapan Calon Legislatif  
Perempuan di Provinsi Jawa Tengah**

***The Implementation of Constitutional  
Court Decision Number 20/PUU-XI/  
2013 on the Establishment of Women  
Legislative Candidates in  
Central Java Province***

**Ani Purwanti**

Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang  
Jl, Professor Soedarto, Tembalang, Kota Semarang, Jawa Tengah 50275  
Email:ani\_purwanti81@yahoo.com

Naskah diterima: 15/10/2017 revisi: 23/10/2017 disetujui: 29/11/2017

***Abstrak***

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-XI/2013 adalah pengujian konstitusional terhadap Pasal 215 huruf (b) dan Penjelasan Pasal 56 ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilu. Putusan ini bermula dari permohonan Lembaga Swadaya Masyarakat yang bergerak dalam pemberdayaan politik perempuan. Dasar permohonan ini adalah Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 yang dinilai masih diskriminatif terhadap perempuan yang mencalonkan diri. Mahkamah Konstitusi kemudian dalam putusannya mengabulkan permohonan para pemohon untuk seluruhnya karena pasal-pasal yang dimohonkan dinilai inkonstitusional dan bertentangan dengan Pasal 28H Undang-Undang Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Dampak Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-XI/2013 adalah jaminan kepastian hukum bagi tindakan khusus untuk meningkatkan jumlah keterwakilan perempuan di parlemen. Namun, secara empiris, putusan tersebut tidak berdampak positif di pemilu legislatif 2014-2019 dimana perbedaan jumlah keterwakilan yang masih terlampau jauh. Diperlukan

instrumen hukum yang lebih tegas dan efektif untuk peningkatan jumlah keterwakilan perempuan di parlemen, yang dimana sasaran implementasinya haruslah kepada partai politik dan budaya masyarakat.

**Kata kunci:** Keterwakilan Politik, Perempuan, Legislatif, Jawa Tengah.

### **Abstract**

*Constitutional Court decision Number 20/PUU-XI/2013 is a constitutional review of article 215 letter (b) and elucidation of article 56 paragraph (2) of Law number 8 Year 2012 regarding General Election. The verdict stems from the application of non-governmental organizations engaged in women's political empowerment. The bases of this verdict was that the Law Number 8 of 2012 had established a corrupted and patriarchy loyalist-system. The Constitutional Court later decided ruled on plaintiff's favor, for the reason, the articles were unconstitutional and contrary to article 28H the 1945 Constitution of The Republic of Indonesia.*

*The indirect impact of Constitutional Court verdict number 20/PUU-XI/2013 was a guarantee of legal certainty for affirmative action policy to increased women representation in parliament. Empirically, the verdict did not give a direct positive impact in the 2014 General Election where the difference of representation amount among this binary gender are too high. It is necessary that the legal instruments needs to be more forceful and effective to implements the policy, especially towards political party, to have a better access for women in exercising her ideas.*

**Keywords:** Polical Representation, Women, Legislative, Central Java Province.

## **PENDAHULUAN**

### **1. Latar Belakang**

Sistem ketatanegaraan pada dasarnya mengandung dua aspek, yaitu aspek yang berkenaan dengan kekuasaan lembaga-lembaga negara beserta hubungannya satu sama lain di antara lembaga-lembaga negara tersebut serta hubungan-hubungan antara lembaga-lembaga negara dengan warga negara. Kedua aspek tersebut dapat dilihat dalam konstitusi suatu negara.<sup>1</sup> Sistem ketatanegaraan yang diatur dalam konstitusi suatu negara dan dalam format politik yang demokratis serta sistem pemisahan kekuasaan negara dan *checks and balances* tidak terlepas dari adanya prinsip dan pelaksanaan wewenang untuk menguji atau pengujian peraturan perundang-undangan (*judicial review*).

<sup>1</sup> Zainal Arifin Hoesein, *Judicial Review di Mahkamah Agung RI, Tiga Dekade Pengujian Peraturan Perundang-undangan*, Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2009, h. 26.

Di beberapa negara demokrasi pada umumnya, kehadiran sistem pengujian konstitusi diterima sangat baik. Tidak hanya di kalangan akademisi, maupun praktisi bahkan di kalangan kekuasaan peradilan sendiri pun sangat antusias menyambut kehadiran sistem pengujian konstitusi tersebut, karena dengan kehadiran sistem pengujian konstitusi tersebut, dianggap sebagai cara negara hukum modern untuk mengendalikan dan mengimbangi (*check and balance*) kekuasaan para pejabat pemerintah yang cenderung menjadi sewenang-wenang.<sup>2</sup>

Konsep *judicial review* itu sendiri sebenarnya dilihat sebagai hasil perkembangan modern tentang sistem pemerintahan demokratis yang didasarkan atas ide-ide negara hukum (*rule of law*), prinsip pemisahan kekuasaan (*separation of power*), serta perlindungan dan pemajuan hak asasi manusia (*the protection of fundamental rights*).<sup>3</sup> Pada dasarnya *judicial review* hanya dapat dijalankan sebagaimana mestinya dalam negara yang menganut supremasi hukum dan bukan supremasi parlemen. Dalam negara yang menganut sistem supremasi parlemen, produk hukum yang dihasilkan tidak dapat diganggu gugat, karena parlemen merupakan bentuk representasi dari kedaulatan rakyat.<sup>4</sup>

Di Indonesia, perubahan terhadap Undang-Undang Dasar 1945 memberikan warna baru dalam sistem ketatanegaraan. Salah satu perubahan mendasar dalam Undang-Undang Dasar 1945 adalah perubahan Pasal 1 ayat (2) yang berbunyi “Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar”. Ketentuan ini membawa implikasi bahwa kedaulatan rakyat tidak lagi dilakukan sepenuhnya oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, tetapi dilakukan menurut ketentuan Undang-Undang Dasar. Selain hal tersebut perubahan Undang-Undang Dasar 1945 telah melahirkan suatu lembaga negara yang berfungsi sebagai pengawal dan penafsir konstitusi, yakni dengan hadirnya Mahkamah Konstitusi.<sup>5</sup> Secara konseptual, gagasan pembentukan Mahkamah Konstitusi adalah untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Mengadili tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final dalam hal menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945, dan kewenangan lain yang dimilikinya.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Nanang Sri Darmadi, “Kedudukan dan Wewenang Mahkamah Konstitusi dalam Sistem Hukum Ketatanegaraan Indonesia”, *Jurnal Hukum Vol XXVI*, No. 2, Agustus 2011, h. 669

<sup>3</sup> Donald L. Horowitz, “Constitutional Courts: A Primer For Decision Makers”, *Journal of Democracy*, Vol. 17, No. 4, October 2006, pp. 126

<sup>4</sup> Nurul Qamar, “Kewenangan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi”, *Jurnal Konstitusi*, Vol. 1, No. 1, November 2012, h. 9

<sup>5</sup> Sri Warjati, “Sistem Ketatanegaraan Indonesia Pasca Amandemen UUD 1945”, *Al-Daulah: Jurnal Hukum Dan Perundangan Islam*, Vol. 2, No. 2, Oktober 2012, h. 196

<sup>6</sup> Ahmad Syahrizal, *Peradilan Konstitusi, Suatu Studi tentang Adjudikasi Konstitusional Sebagai Mekanisme Penyelesaian Sengketa Normatif*, Jakarta: Pradnya Paramita, 2006, h. 263

Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian konstitusional undang-undang merupakan cara dalam sebuah negara hukum modern untuk mengendalikan dan mengimbangi (*check and balances*) kekuasaan lembaga-lembaga negara yang ada.<sup>7</sup> Undang-Undang tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah merupakan salah satu produk politik yang dinegosiasikan oleh pembuat Undang-Undang. Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah disahkan dan diundangkan pada tanggal 11 Mei 2012 serta dicatatkan pada lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2012 Nomor 117 dan Tambahan Lembaran Negara Nomor 5316. Terkait pengesahan dan pengundangan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, Lembaga Swadaya Masyarakat (LSM) Pusat Pemberdayaan Perempuan Dalam Politik beserta rekan-rekannya mengajukan permohonan pengujian konstitusional Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah kepada Mahkamah Konstitusi yang kemudian diregistrasi dengan permohonan Nomor 20/PUU-XI/2013.

Lembaga Swadaya Masyarakat (LSM) Pusat Pemberdayaan Perempuan Dalam Politik beserta rekan-rekannya beranggapan bahwa Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah masih diskriminatif terhadap keterwakilan perempuan di Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah. Padahal pada prinsipnya Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah merupakan wujud dari terwakilinya warga negara melalui wakil-wakilnya yang duduk di DPR, DPRD dan DPD. Meningkatnya keterwakilan representasi/ keterwakilan perempuan di DPR, DPD, dan DPRD dan lembaga-lembaga publik lain, agar perempuan sebagai warga negara yang mempunyai hak yang sama dengan laki-laki dalam konstitusi dapat menggunakan hak asasi yang dimilikinya untuk berpartisipasi secara efektif dalam proses pengambilan

<sup>7</sup> Bayu Lesmana Taruna, "Ide Mengakomodasi *Constitutional Complaint* sebagai Kewenangan Baru Mahkamah Konstitusi Indonesia", *Jurnal Legalitas*, Vol. 3, No. 2, 2010, h. 41

keputusan dan perumusan kebijakan publik.<sup>8</sup> Dengan meningkatkan keterwakilan perempuan di DPR, DPD, dan DPRD melalui pasal-pasal di dalam UU Pemilu, maka ada kesempatan kesempatan untuk mendorong perempuan berpartisipasi dalam kehidupan politik dan publik, sehingga mendorong kemajuan segala aspek kehidupan berbangsa dan negara.

## 2. Perumusan Masalah

- a. Apa Tugas dan Wewenang Mahkamah Konstitusi ?
- b. Bagaimana Implementasi Keputusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-XI/2013 Pada Penetapan Calon Legislatif Perempuan di Provinsi Jawa Tengah?

## PEMBAHASAN

### 1. Tugas dan Wewenang Mahkamah Konstitusi

#### a. Kedudukan Mahkamah Konstitusi

Paradigma susunan kelembagaan negara mengalami perubahan drastis sejak reformasi konstitusi mulai 1999 sampai dengan 2002. Karena berbagai alasan dan kebutuhan, lembaga-lembaga negara baru dibentuk, meskipun ada juga lembaga yang dihapuskan. Salah satu lembaga yang dibentuk adalah Mahkamah Konstitusi (MK). MK didesain menjadi pengawal dan sekaligus penafsir terhadap Undang-Undang Dasar melalui putusan-putusannya. Dalam menjalankan tugas konstitusionalnya, MK berupaya mewujudkan visi kelembagaannya, yaitu tegaknya konstitusi dalam rangka mewujudkan cita negara hukum dan demokrasi demi kehidupan kebangsaan dan kenegaraan yang bermartabat. Visi tersebut menjadi pedoman bagi MK dalam menjalankan kekuasaan kehakiman secara merdeka dan bertanggung jawab sesuai amanat konstitusi.<sup>9</sup>

Mahkamah Konstitusi merupakan pelaku kekuasaan kehakiman yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Mahkamah Konstitusi dibentuk untuk menjamin konstitusi sebagai hukum tertinggi agar dapat ditegakkan, sehingga Mahkamah Konstitusi disebut dengan *the guardian of the constitution*.

<sup>8</sup> Nur Asikin Thalib, "Hak Politik Perempuan Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Cita Hukum*, Vol. 1, No. 2, Desember 2014, h. 234

<sup>9</sup> Janedjri M. Gaffar, *Kedudukan, Fungsi dan Peran Mahkamah Konstitusi dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, Makalah Surakarta 17 Oktober 2009

Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman diharapkan mampu mengembalikan citra lembaga peradilan di Indonesia sebagai kekuasaan kehakiman yang merdeka yang dapat dipercaya dalam menegakkan hukum dan keadilan. Dasar filosofis dari wewenang dan kewajiban Mahkamah Konstitusi adalah keadilan substantif dan prinsip-prinsip *good governance*. Selain itu, teori-teori hukum juga memperkuat keberadaan Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga negara pengawal dan penafsir konstitusi. Kehadiran Mahkamah Konstitusi beserta segenap wewenang dan kewajibannya, dinilai telah merubah doktrin supremasi parlemen (*parliamentary supremacy*) dan menggantikan dengan ajaran supremasi konstitusi.<sup>10</sup>

Pasal 24C ayat (1) dan (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menggariskan wewenang Mahkamah Konstitusi adalah sebagai berikut:

1. Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga Negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilu.
2. Mahkamah Konstitusi wajib memberi putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar.

#### **b. Pengujian Undang-Undang terhadap UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945**

Salah satu kewenangan Mahkamah Konstitusi yang paling dominan adalah kewewenangan pengujian konstitusional undang-undang. Pengujian undang-undang yang dilakukan dalam satu peradilan, yang lazim disebut dengan *judicial review*, yang diawali dengan sebuah permohonan, akan berakhir dalam satu putusan, yang merupakan pendapat tertulis hakim konstitusi tentang perselisihan penafsiran satu norma atau prinsip yang ada dalam UUD yang dikonkretisir dalam ketentuan undang-undang sebagai pelaksanaan tujuan bernegara yang diperintahkan konstitusi. Satu amar

<sup>10</sup> Mariyadi Faqih, "Nilai-nilai Filosofi Putusan Mahkamah Konstitusi yang Final dan Mengikat", *Jurnal Konstitusi*, Vol. 7, No. 3, Juni 2010 Jakarta, h. 97

putusan yang mengabulkan satu permohonan pengujian, akan menyatakan satu pasal, ayat atau bagian dari undang-undang, dan bahkan undang-undang secara keseluruhan bertentangan dengan UUD 1945, yang kemudian sebagai konsekuensinya undang-undang, pasal, ayat atau bagian dari undang-undang yang diuji tidak lagi mempunyai kekuatan hukum mengikat. Bunyi putusan demikian mengandung arti bahwa ketentuan norma yang termuat dalam satu undang-undang dinyatakan batal (*null and void*) dan tidak berlaku lagi. Putusan yang demikian akan berdampak luas dan membutuhkan mekanisme prosedural tentang bagaimana tindak lanjut dari pembatalan pemberlakuan suatu ketentuan tersebut dan bagaimana pula mekanisme agar masyarakat dapat mengetahui bahwa norma tersebut tidak lagi berlaku.

Undang-undang adalah produk politik biasanya merupakan kristalisasi kepentingan-kepentingan politik para pembuatnya. Sebagai produk politik, isinya mungkin saja mengandung kepentingan yang tidak sejalan atau melanggar konstitusi. Sesuai prinsip hierarki hukum, tidak boleh isi suatu peraturan undang-undang yang lebih rendah bertentangan atau tidak mengacu pada peraturan di atasnya. Untuk menguji apakah suatu undang-undang bertentangan atau tidak dengan konstitusi, mekanisme yang disepakati adalah *judicial review*.<sup>11</sup> Jika undang-undang atau bagian di dalamnya itu dinyatakan terbukti tidak selaras dengan konstitusi, maka produk hukum itu dibatalkan MK. Melalui kewenangan *judicial review*, MK menjadi lembaga negara yang mengawal agar tidak lagi terdapat ketentuan hukum yang keluar dari koridor konstitusi.<sup>12</sup>

Dasar filosofis dari wewenang dan kewajiban Mahkamah Konstitusi adalah keadilan substantif dan prinsip-prinsip *good governance*. Selain itu, teori-teori hukum juga memperkuat keberadaan Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga negara pengawal dan penafsir konstitusi. Kehadiran Mahkamah Konstitusi beserta segenap wewenang dan kewajibannya, dinilai telah merubah doktrin supremasi parlemen (*parliamentary supremacy*) dan menggantikan dengan ajaran supremasi konstitusi.

Keadilan substantif/keadilan materil (*substantive justice*) merupakan *al qist* atau bagian yang wajar dan patut, tidak mengarahkan kepada persamaan,

<sup>11</sup> *Judicial review* merupakan hak uji (*toetsingrechts*) baik materil maupun formil yang diberikan kepada hakim atau lembaga peradilan untuk menguji kesahihan dan daya laku produk-produk hukum yang dihasilkan oleh eksekutif legislatif maupun yudikatif di hadapan peraturan perundangan yang lebih tinggi derajat dan hierarkinya. Pengujian biasanya dilakukan terhadap norma hukum secara a posteriori, kalau dilakukan secara a priori disebut *judicial preview* sebagaimana misalnya dipraktikkan oleh *Counseil Constitutionnal* (Dewan Konstitusi) di Prancis. *Judicial review* bekerja atas dasar adanya peraturan perundang-undangan yang tersusun hierarkis.

<sup>12</sup> Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum Menegakkan Konstitusi*, Jakarta: LP3ES, 2006, h. 22

melainkan bagian yang patut, berpihak kepada yang benar. Dalam penerapan keadilan substantif ini, pihak yang benar akan mendapat kemenangan sesuai dengan bukti-bukti akan kebenarannya. Teori-teori yang menjadi dasar pentingnya reformasi konstitusi dan menjadi dasar wewenang serta kewajibah Mahkamah Konstitusi adalah teori kedaulatan negara, teori konstitusi, teori negara hukum demokrasi, teori kesejahteraan, teori keadilan, dan teori kepastian hukum.

Dasar yuridis wewenang Mahkamah Konstitusi berasal dari Undang-Undang Dasar 1945 yang diatur dalam Pasal 7A, Pasal 78, dan Pasal 24C dan dijabarkan dengan Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003. Terhadap perorangan, kesatuan masyarakat adat sepanjang masih hidup, badan hukum publik atau privat, lembaga negara, partai politik, ataupun pemerintah dan Dewan Perwakilan Rakyat, jika hak dan/atau wewenang konstitusionalnya dirugikan, dapat mengajukan permohonan ke Mahkamah Konstitusi.

### **c. Jenis-Jenis Putusan Mahkamah Konstitusi terhadap Pengujian Undang-Undang**

Kehadiran Mahkamah Konstitusi (MK) di Indonesia telah menjadikannya sebagai salah satu sentral dalam diskursus hukum tata negara Indonesia. Berdasarkan kewenangan untuk menyelesaikan sengketa kewenangan antarlembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD, MK menjadi lembaga penyeimbang sesuai dengan prinsip *checks and balances*. Sedangkan lewat kewenangan menguji UU terhadap UUD, MK menjadi penjamin terpenuhinya hak konstitusional warga negara serta melindungi warga negara dari UU buatan legislator yang dapat menimbulkan kerugian konstitusional.<sup>13</sup> Kewenangan demikian membuat MK sering disebut sebagai penjaga konstitusi (*the guardian of constitution*) sekaligus melekat sebagai penafsir konstitusi (*the sole interpreter of constitution*). Keberadaan MK menjadi perwujudan salah satu unsur dari doktrin *Rule of Law*, yaitu adanya suatu peradilan tata negara (*constitutional court*). Kewenangan menguji UU terhadap UUD adalah kewenangan yang paling banyak dijalankan oleh MK. Dalam literatur Belanda, kewenangan menguji UU ini dikenal dengan istilah *Toetzingrechts* atau Hak Menguji Hukum. Dalam hak menguji itu terdapat tiga lembaga yang dapat diberikan oleh konstitusi untuk melakukan pengujian norma hukum, yaitu

<sup>13</sup> Satjipto Rahardjo, *Hukum dalam Jagat Ketertiban*, Jakarta: UKI Press, 2006, h. 155.

pengujian oleh lembaga legislatif (*legislative review*), pengujian oleh lembaga eksekutif (*executive review*) atau pengujian oleh lembaga peradilan (*judicial review*).

Karena standar pengujian suatu UU adalah UUD atau konstitusi, maka kewenangan MK menguji UU lazim juga disebut *constitutional review*. Hal ini karena istilah *judicial review* juga dapat dilakukan pada norma peraturan pelaksana dari suatu UU terhadap UU. Di Indonesia, pengujian terhadap peraturan perundang-undangan di bawah UU terhadap UU dilakukan oleh Mahkamah Agung. Pada Mahkamah Agung, konstitusi bukan merupakan alat ukur langsung dalam pengujian suatu peraturan yang dihadapkan padanya. Jadi, *judicial review* tidak selalu menjadikan konstitusi sebagai landasan pengujiannya.

Putusan MK merupakan putusan pada tingkat pertama dan terakhir, sehingga tidak dapat dilakukan upaya hukum, seperti banding atau kasasi yang dijumpai pada Pengadilan Tinggi dan Mahkamah Agung. Di samping itu, putusan MK juga bersifat final yang memiliki konsekuensi bahwa putusan tersebut langsung mengikat sebagai hukum (*legaly binding*) sejak diucapkan di dalam persidangan.<sup>14</sup>

UU MK lebih lanjut menyebutkan bahwa putusan MK dalam pengujian UU terhadap UUD 1945 dapat berbentuk salah satu dari 3 (tiga) jenis amar putusan, yaitu: *Dikabulkan*, *Ditolak* atau *Tidak dapat diterima*. Permohonan pengujian UU tidak dapat diterima apabila pemohonnya tidak memenuhi *legal standing* sebagai pemohon. Permohonan dikabulkan apabila permohonan yang diajukan beralasan atau bertentangan dengan UUD 1945. Pada permohonan yang dikabulkan, MK menyatakan secara tegas bagian dari permohonan yang dikabulkan dan menyatakannya bertentangan dengan UUD 1945. Sehingga ketentuan dimaksud tidak memiliki kekuatan hukum lagi. Permohonan juga dapat Dikabulkan apabila pembentukan suatu UU tidak memenuhi ketentuan pembentukan UU berdasarkan UUD 1945. Sedangkan permohonan Ditolak apabila permohonan yang diajukan tidak bertentangan dengan UUD 1945 baik pembentukannya maupun materinya sebagian atau keseluruhan.

<sup>14</sup> Moh. Mahfud MD., 2001, *Dasar & Struktur Ketatanegaraan Indonesia*, Jakarta: PT. Rineka Cipta, h 35

## **2. Implementasi Keputusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-XI/2013 pada Penetapan Calon Legislatif Perempuan di Provinsi Jawa Tengah**

### **a. Provinsi Jawa Tengah**

Jawa Tengah merupakan salah satu provinsi Indonesia yang terletak di bagian tengah Pulau Jawa. Secara geografis provinsi ini berbatasan dengan Provinsi Jawa Barat di sebelah barat, Samudra Hindia dan Daerah Istimewa Yogyakarta di sebelah selatan, Jawa Timur di sebelah timur, dan Laut Jawa di sebelah utara. Provinsi Jawa Tengah juga meliputi Pulau Nusakambangan di sebelah selatan (dekat dengan perbatasan Jawa Barat), serta Kepulauan Karimun Jawa di Laut Jawa.

Ibukota Provinsi Jawa Tengah adalah Kota Semarang. Jawa Tengah memiliki luas wilayah 32.800,69 km<sup>2</sup>. Dari luas wilayah Provinsi Jawa Tengah tersebut, atau sekitar 25,04% dari luas Pulau Jawa (1,70% dari luas Indonesia), terdiri dari 30,47% lahan sawah dan 69,53% bukan lahan sawah. Wilayah administrasi provinsi ini terbagi ke dalam: 29 kabupaten, 6 kota, 573 kecamatan, 769 kelurahan, dan 7.820 desa. Jumlah penduduk berdasarkan Angka Sementara Proyeksi Sensus Penduduk (SP) 2010 tercatat sebesar 32,64 juta jiwa (sekitar 13,54% dari jumlah penduduk Indonesia). Data ini sekaligus menempatkan Jawa Tengah sebagai provinsi ketiga di Indonesia dengan jumlah penduduk terbanyak setelah Jawa Barat dan Jawa Timur. Jumlah penduduk perempuan lebih besar dibandingkan jumlah penduduk laki-laki, ditunjukkan oleh rasio jenis kelamin (rasio jumlah penduduk laki-laki terhadap jumlah penduduk perempuan) sebesar 99,42. Penduduk Jawa Tengah belum menyebar secara merata di seluruh wilayah. Umumnya penduduk banyak menumpuk di wilayah kota daripada kabupaten. Secara rata-rata kepadatan penduduk Jawa Tengah tercatat sebesar 1.003 jiwa/km<sup>2</sup>, dan wilayah terpadat adalah Kota Surakarta dengan tingkat kepadatan sekitar 11.000 jiwa/km<sup>2</sup>.<sup>15</sup>

Pemilihan Umum (Pemilu) yang dilakukan pada April 2009 tercatat sebanyak 26,19 juta pemilih yang tersebar di 88,88 ribu Tempat Pemungutan Suara (TPS). Perolehan suara yang sah tercatat di Komisi Pemilihan Umum Provinsi Jawa Tengah untuk DPR dan DPRD Provinsi menghasilkan suara sebesar 15.072.888 suara untuk DPR dan 14.962.060 untuk DPRD Provinsi.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Sumber: BPS Jawa Tengah, "Jawa Tengah dalam Angka 2012", dalam <http://jateng.bps.go.id>, diakses pada 6 Juni 2013.

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

## 1. Kesadaran Partisipasi Politik Perempuan

Jawa Tengah adalah salah satu dari sembilan DPRD Provinsi yang termasuk dalam kategori keterpilihan perempuan tinggi (>20%). Dari jumlah total anggota DPRD Provinsi Jawa Tengah, yaitu 100 orang, terdiri dari 79 anggota laki-laki (79%) dan 21 anggota perempuan (21%). Jawa Tengah mengalami kenaikan jumlah anggota perempuan pada Pemilu 2009 dibandingkan pada Pemilu 2004, dari 15% ke 21%.

Dilihat dari total 35 kabupaten/kota di Jawa Tengah, persentase keterwakilan perempuan yang tertinggi ada di DPRD Kota Salatiga dengan 28%. Salatiga adalah daerah dengan jumlah kursi paling sedikit, yakni 25 kursi. Jumlah partai peraih kursi di Salatiga adalah 9 partai, sementara keterwakilan perempuan terendah muncul di tiga daerah dengan jumlah anggota perempuan yang sama: Kota Magelang (25 kursi), Kab. Jepara (50 kursi), Kab. Tegal (50 kursi), yakni 6 persen. Jumlah partai peraih kursi di tiga daerah tersebut relatif sederhana, secara berurutan adalah 9, 11 dan 11 partai. Data tersebut memberikan gambaran karakteristik Kab. Jepara dan Kab. Tegal yang hampir sama jika di lihat dari sisi jumlah kursi tersedia di DPRD dan jumlah partai peraih kursi, dan sama-sama memiliki jumlah representasi anggota perempuan yang terendah di Provinsi Jawa Tengah.

Tujuh daerah memiliki persentase yang cukup tinggi, yaitu: Kota Salatiga (28%), Kab. Kebumen (26%), Kota Surakarta (25%), Kab. Blora (24%), Kota Tegal (23%), Kab. Purbalingga dan Kab. Semarang (22%).

## 2. Budaya Politik Perempuan

Tingginya angka keterpilihan perempuan di Jawa Tengah, setidaknya, membawa kepada hipotesis bahwa stigma budaya patriarki Jawa mulai luntur. Pergeseran lapangan kerja masyarakat dari tradisional-agraris ke urban-industrial<sup>17</sup> telah menyerap banyak tenaga kerja perempuan dalam modus-modus produksi, buruh misalnya.

Pada tahun 2010 BPS mencatat jumlah perusahaan industri besar (jumlah pekerja 100 orang atau lebih) dan industri sedang (jumlah pekerja 20-99 orang) adalah 3.887 unit perusahaan dengan 34.900 tenaga kerja. Dibandingkan tahun 2009, jumlah industri besar dan sedang turun 7,74

<sup>17</sup> Menurut rilis BPS Jawa Tengah, "Pembangunan di sektor industri merupakan prioritas utama pembangunan ekonomi tanpa mengabaikan pembangunan di sektor lain." (Cetak miring oleh penulis). Dikutip dari laman resmi BPS Jawa Tengah: [http://jateng.bps.go.id/index.php?option=com\\_content&view=section&id=18&Itemid=90](http://jateng.bps.go.id/index.php?option=com_content&view=section&id=18&Itemid=90)

persen namun jumlah tenaga kerja naik 9,02 persen.<sup>18</sup> Hal ini menunjukkan adanya pertambahan angka kepadatan tenaga kerja pada sektor industri besar dan sedang, sehingga dibandingkan dengan Sumatra Barat dan Bali, Jawa Tengah memiliki potensi konflik yang relatif kecil pada tataran simbolik keagamaan dan budaya. Pergolakan modernitas pada masyarakat yang sedang-akan-menjadi masyarakat industri di Jawa Tengah inilah kemudian membawa kepada hipotesis lanjutan bahwa diskursus politik<sup>19</sup>, dalam hal ini adalah keterpilihan perempuan di legislatif, menjadi domain penting untuk diperjuangkan.

### 3. Partisipasi Perempuan pada Pemilu Legislatif Tahun 2014 di Provinsi Jawa Tengah

Indonesia adalah sebuah negara demokratis yang mengadakan pemilu secara langsung. Setiap orang juga berhak untuk memilih dan dipilih sebagai wakil rakyat atau bahkan presiden. Tidak ada batasan untuk calon dalam hal gender, ras, etnik, kelas, dan lain-lain. Dengan kata lain, syarat utama sang calon adalah dia seorang warga negara Indonesia, yang sudah siap dan mampu untuk mencalonkan diri, baik itu sebagai anggota legislatif maupun eksekutif.

Tahun 2014, Indonesia akan mengadakan “hajatan besar” yakni Pemilu Legislatif (Pileg) 2014. Yang menarik dalam pemilu ini adalah diberlakukannya (kembali) peraturan mengenai kuota 30 % perempuan. Selain kuota, Komisi Pemilihan Umum (KPU) juga sudah menerapkan peraturan terkait Pemilu 2014 dalam Peraturan Komisi Pemilihan Umum (PKPU) No. 7 Tahun 2013 Jo Peraturan Komisi Pemilihan Umum (PKPU) No. 13 Tahun 2013 tentang Aturan Pencalonan DPR, DPRD Provinsi dan DPRD Kabupaten/Kota; PKPU No. 15 Tahun 2013 Tentang Pedoman Kampanye dan PKPU No. 17 Tahun 2013 tentang Pelaporan Dana Kampanye. Selain untuk mengatur secara lebih rinci mengenai tata cara pemilu, termasuk proses kampanye dan lain-lain, peraturan-peraturan ini juga dibuat berdasarkan pertimbangan sebagai *affirmative action* keterwakilan (representasi) perempuan dalam politik. Dalam catatan sejarah, kebijakan dalam rangka *affirmative action* di Indonesia muncul dari serangkaian perjalanan panjang.

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

<sup>19</sup> Wawancara dengan Nuniek Sri Yuningsih, Anggota Legislatif Propinsi Jawa Tengah periode 2009-2014 pada tanggal 10 Mei 2013

Partisipasi perempuan yang mencalonkan diri sebagai calon anggota di DPRD Provinsi Jawa Tengah adalah 38% (tigapuluh delapan persen) atau sejumlah 394 orang di seluruh daerah pemilihan (Dapil) yang terdiri dari 10 (sepuluh) daerah Pemilihan. Dengan demikian, pencapaian pencalonan perempuan sebagai calon anggota DPRD Provinsi Jawa Tengah telah sesuai dengan ketentuan UU No.8 Tahun 2014 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD dan DPRD dan Peraturan Komisi Pemilihan Umum (PKPU) No. 7 Tahun 2013 Jo Peraturan Komisi Pemilihan Umum (PKPU) No. 13 Tahun 2013 tentang Aturan Pencalonan DPR, DPRD Provinsi dan DPRD Kabupaten/ Kota. Dari 12 (dua belas) partai politik peserta Pemilu Tahun 2014 di Provinsi Jawa Tengah, Partai Amanat Nasional (PAN) adalah Partai Politik yang paling banyak mencalonkan perempuan daripada partai politik lainnya yaitu sebanyak 42 orang.

#### **4. Tingkat Keterpilihan Perempuan di DPRD Provinsi Jawa Tengah Pada Pemilu Tahun 2014**

Pemilu Anggota DPR, DPD dan DPRD tahun 2014 menjadi ajang kompetisi politik untuk merebut kepercayaan dari rakyat. Di Provinsi Jawa Tengah ajang Pemilu ini menjadi suatu pesta demokrasi untuk memilih wakil-wakil rakyat. Berdasarkan UU No.8 Tahun 2014 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD dan DPRD bahwa jumlah kursi di DPRD Provinsi Jawa Tengah Adalah 100 kursi. Ketentuan kursi ini didasarkan pada jumlah penduduk yang lebih dari 11 juta jiwa.

Dari persebaran kursi DPRD Provinsi Jawa Tengah di 10 (Sepuluh) Daerah Pemilihan Provinsi Jawa Tengah berdasarkan hasil Pemilu Anggota DPR, DPD dan DPRD Tahun 2014 di Provinsi Jawa Tengah terdapat 23 orang perempuan terpilih menjadi anggota DPRD Provinsi Jawa Tengah periode tahun 2014-2019. Adapun ke-23 orang perempuan terpilih menjadi anggota DPRD Provinsi Jawa Tengah periode tahun 2014-2019 yang ditetapkan melalui Keputusan KPU Provinsi Jawa Tengah Nomor 57/Kpts/KPU-Prov-012/V/2014 Tentang Penetapan Calon Terpilih Anggota DPRD Provinsi Jawa Tengah Pemilu Tahun 2014 adalah sebagai berikut:

| No | Partai Politik  | Nama Calon Terpilih                      | Daerah Pemilihan (Dapil) |
|----|-----------------|--|--------------------------|
| 1. | PKB             | Hj. NUR SA'ADAH, S.Pd.I., MH.            | II                       |
|    |                 | Hj. SITI ROSIDAH                         | VIII                     |
| 2. | PDIP            | DYAH KARTIKA PERMANASARI, SE., MM        | I                        |
|    |                 | Rr. MARIA TRI MANGESTI                   | I                        |
|    |                 | AYUNING SEKAR SUCI, Bbus., MIB/MA.       | IV                       |
|    |                 | Ir. MG. NUNIEK SRI YUNINGSIH HARIATI, MS | V                        |
|    |                 | Hj. KADARWATI, SH., MH.                  | V                        |
|    |                 | PENI DYAH PERWITOSARI, S.Sos.            | VI                       |
|    |                 | Hj. ENDRIANINGSIH YUNITA, SP.            | VI                       |
|    |                 | Hj. SRI RUWIYATI, SE., MM.               | VII                      |
|    |                 | dr. MESSYWIDIASTUTI, MARS.               | IX                       |
|    |                 | Hj. IRNA SETIAWATI, SE.                  | X                        |
| 3. | Partai Golkar   | Hj. SITI AMBAR FATONAH, S.Pd.I.          | I                        |
|    |                 | Hj. FARIDA RAHMAH, S.Ag., M.Si.          | II                       |
|    |                 | Hj. SRI HARINI, SH.                      | IV                       |
|    |                 | Hj. RA. KUSDILAH, SH., MH.               | VI                       |
| 6. | Partai Gerindra | Hj. SRI HARTINI, ST.                     | II                       |
|    |                 | ANISA DEVY IKA NATALIA, SS.              | V                        |
| 7. | Partai Demokrat | Hj. KARTINA SUKAWATI, SE., MM.           | III                      |
|    |                 | Hj. TETY INDARTI, SH.                    | IV                       |
| 8. | PAN             | Dra. Hj. SRI MARNYUNI                    | V                        |
| 9. | PPP             | Hj. HARTINAH, BA.                        | VIII                     |
|    |                 | Hj. NUR KHASANAH, SH.                    | IX                       |

### b. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-XI/2013

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-XI/2013 adalah putusan terhadap pengujian terhadap Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 yaitu Pasal 215 huruf (b) yang menyatakan Penetapan calon terpilih anggota DPR, DPRD provinsi, dan DPRD kabupaten/kota dari Partai Politik Peserta Pemilu

didasarkan pada perolehan kursi Partai Politik Peserta Pemilu di suatu daerah pemilihan dengan ketentuan sebagai berikut: (b) Dalam hal terdapat dua calon atau lebih yang memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud dalam huruf a dengan perolehan suara yang sama, penentuan calon terpilih ditentukan berdasarkan persebaran perolehan suara calon pada daerah pemilihan dengan mempertimbangkan keterwakilan perempuan serta penjelasan Pasal 56 ayat (2) yang menyatakan Dalam setiap 3 (tiga) bakal calon, bakal calon perempuan dapat ditempatkan pada urutan 1, atau 2, atau 3 dan demikian seterusnya, tidak hanya pada nomor urut 3, 6, dan seterusnya.

Pengujian Pasal 215 huruf (b) dan Penjelasan Pasal 56 ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD dan DPRD diajukan oleh kalangan LSM, Yayasan serta perseorangan yang bergerak serta berjuang dalam kesetaraan gender. Dalam permohonannya, pemohon mendalilkan bahwa Pengertian frasa “mempertimbangkan” dalam Pasal 215 huruf (b) UU 8/2012 bertentangan dengan Pasal 28H UUD 1945 dikarenakan Pasal tersebut tidak ada tindakan khusus sementara bagi perempuan untuk meningkatkan keterwakilan di parlemen. Hal ini bertentangan dengan ketentuan Pasal 28H ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan. Bahwa kata “mempertimbangkan” tidak memiliki kepastian, dan menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia memiliki arti “memikirkan baik-baik untuk menentukan dan/atau memintakan pertimbangan dan/atau menyerahkan sesuatu supaya dipertimbangkan”, maka Pemohon, memohon agar kata “mempertimbangan” diganti dengan kata “mengutamakan”.

Bahwa terhadap Pengujian Pasal 215 huruf (b) dan Penjelasan Pasal 56 ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD dan DPRD diajukan oleh kalangan LSM, Yayasan serta persorangan yang bergerak serta berjuang dalam kesetaraan gender Mahkamah Konstitusi memberikan amar putusan sebagai berikut:

## **1. Mengabulkan permohonan para Pemohon untuk seluruhnya;**

- 1.1 Frasa “atau” dalam Penjelasan Pasal 56 ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2012

Nomor 117, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5316) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sepanjang tidak dimaknai “dan/atau”

- 1.2 Frasa “atau” dalam Penjelasan Pasal 56 ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2012 Nomor 117, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5316) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai “dan/atau”;
- 1.3 Frasa “tidak hanya pada nomor urut 3, 6, dan seterusnya” dalam Penjelasan Pasal 56 ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2012 Nomor 117, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5316) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- 1.4 Frasa “tidak hanya pada nomor urut 3, 6, dan seterusnya” dalam Penjelasan Pasal 56 ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2012 Nomor 117, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5316) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;
- 1.5 Penjelasan Pasal 56 ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2012 Nomor 117, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5316) selengkapnya menjadi, “Dalam setiap 3 (tiga) bakal calon, bakal calon perempuan dapat ditempatkan pada urutan 1, dan/atau 2, dan/atau 3 dan demikian seterusnya.”;
- 1.6 Frasa “mempertimbangkan” dalam Pasal 215 huruf b Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan

- Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2012 Nomor 117, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5316) bertentangan dengan Undang- Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sepanjang tidak dimaknai “mengutamakan”;
- 1.7 Frasa “mempertimbangkan” dalam Pasal 215 huruf b Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2012 Nomor 117, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5316) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai, “mengutamakan”;
- 1.8 Pasal 215 huruf b Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2012 Nomor 117, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5316) selengkapny menjadi, “Dalam hal terdapat dua calon atau lebih yang memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud dalam huruf a dengan perolehan suara yang sama, penentuan calon terpilih ditentukan berdasarkan persebaran perolehan suara calon pada daerah pemilihan dengan mengutamakan keterwakilan perempuan”;

**2. Memerintahkan pemuatan Putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya.**

**c. Pengaruh Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-XI/2013 pada Penetapan Calon Legislatif Perempuan di Provinsi Jawa Tengah**

Pengujian Pasal 215 huruf (b) dan Penjelasan Pasal 56 ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD dan DPRD telah memberikan kepastian hukum terhadap tindakan khusus sementara bagi perempuan untuk meningkatkan keterwakilan di parlemen khususnya di DPRD Provinsi Jawa Tengah. Jika melihat jumlah partisipasi perempuan yang mencalonkan diri sebagai calon anggota di DPRD Provinsi Jawa Tengah telah memenuhi ketentuan peraturan perundang-undangan yaitu sejumlah 394 orang di seluruh daerah pemilihan (Dapil) yang terdiri dari 10 (sepuluh) daerah

Pemilihan atau 38% (tigapuluh delapan persen). Namun tingkat partisipasi perempuan yang mencalonkan diri sebagai calon anggota di DPRD Provinsi Jawa Tengah tidak sejalan dengan tingkat keterpilihan perempuan di DPRD Provinsi Jawa Tengah yang hanya 23 orang atau 23 % (duapuluh tiga persen) dari 100 orang yang ada di DPRD Provinsi Jawa Tengah. Meskipun tingkat keterpilihan perempuan di DPRD Provinsi Jawa Tengah belum memenuhi kuota 30% sebagaimana yang diamanatkan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD dan DPRD namun jika dibandingkan dari Pemilu 2009 tingkat keterpilihan perempuan di DPRD Provinsi Jawa Tengah mengalami kenaikan 3 %.

Jika melihat calon terpilih Anggota DPRD Provinsi Jawa Tengah Periode Tahun 2014-2019 berdasarkan perolehan jumlah suara, bahwa berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-XI/2013 yang mengubah ketentuan Pasal 215 khususnya Pasal 215 huruf (b) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD dan DPRD menjadi berikut Penetapan calon terpilih anggota DPR, DPRD provinsi, dan DPRD kabupaten/kota dari Partai Politik Peserta Pemilu didasarkan pada perolehan kursi Partai Politik Peserta Pemilu di suatu daerah pemilihan dengan ketentuan sebagai berikut:

- a. Calon terpilih anggota DPR, DPRD provinsi, dan DPRD kabupaten/kota ditetapkan berdasarkan calon yang memperoleh suara terbanyak.
- b. Dalam hal terdapat dua calon atau lebih yang memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud dalam huruf a dengan perolehan suara yang sama, penentuan calon terpilih ditentukan berdasarkan persebaran perolehan suara calon pada daerah pemilihan dengan “mengutamakan” keterwakilan perempuan.
- c. Dalam hal calon yang memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud dalam huruf a, jumlahnya kurang dari jumlah kursi yang diperoleh Partai Politik Peserta Pemilu, kursi yang belum terbagi diberikan kepada calon berdasarkan perolehan suara terbanyak berikutnya.

Jika melihat implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-XI/2013 Pada Penetapan Calon Legislatif Perempuan di Provinsi Jawa Tengah maka putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-XI/2013 tidak mempengaruhi terhadap penetapan calon terpilih anggota DPRD Provinsi Jawa

Tengah untuk periode tahun 2014-2019 karena calon terpilih anggota DPRD Provinsi Jawa Tengah berdasarkan perolehan jumlah tidak ada perolehan suara yang sama.

## KESIMPULAN

Berdasarkan uraian di atas, maka ditarik kesimpulan sebagai berikut;

1. Tugas dan Wewenang Mahkamah Konstitusi adalah;
  - 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 tentang hasil pemilihan umum; dan
  - e. Mahkamah Konstitusi wajib memberi 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 Wakil Presiden sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945.
2. Implementasi putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-XI/2013 Pada Penetapan Calon Legislatif Perempuan di Provinsi Jawa Tengah bahwa berdasarkan Keputusan KPU Provinsi Jawa Tengah Nomor 57/Kpts/KPU-Prov-012/V/2014 Tentang Penetapan Calon Terpilih Anggota DPRD Provinsi Jawa Tengah Pemilu Tahun 2014 tidak mempengaruhi terhadap penetapan calon terpilih anggota DPRD Provinsi Jawa Tengah untuk periode tahun 2014-2019 karena calon terpilih anggota DPRD Provinsi Jawa Tengah berdasarkan perolehan jumlah tidak ada perolehan suara yang sama.

Oleh karena itu penulis memberikan rekomendasi sebagai berikut: *pertama*, Perlu diterapkan suatu model sistem Pemilihan Umum yang lebih mampu mengakomodir keterpilihan perempuan di parlemen khususnya di DPRD Provinsi Jawa Tengah; *Kedua*, memberikan kesempatan kepada Calon Anggota DPRD Provinsi Jawa Tengah yang berasal kalangan perempuan untuk ditempatkan kepada nomor

urut yang potensial terpilih; dan *ketiga*, perlunya komitmen kepada partai politik sebagai pilar utama dalam demokrasi untuk memberikan pendidikan politik yang memadai kepada kader-kader perempuan. Dengan demikian, kader-kader partai politik yang berasal dari kalangan perempuan tidak hanya sebagai pemenuhan kuota pencalonan perempuan yang ditentukan oleh peraturan perundang-undangan.

## DAFTAR PUSTAKA

### Buku

- Ahmad Syahrizal, 2006, *Peradilan Konstitusi, Suatu Studi tentang Adjudikasi Konstitusional Sebagai Mekanisme Penyelesaian Sengketa Normatif*, Jakarta: Pradnya Paramita.
- Bambang Sutiyoso, 2009, *Tata Cara Penyelesaian Sengketa di Lingkungan Mahkamah Konstitusi*, Yogyakarta: UII Press.
- Moh.Mahfud MD, 2010, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, Jakarta: Raja Grafindo Persada.
- \_\_\_\_\_, 2001, *Dasar & Struktur Ketatanegaraan Indonesia*, Jakarta: PT. Rineka Cipta.
- Satjipto Rahardjo, 2006, *Hukum dalam Jagat Ketertiban*, Jakarta: UKI Press,
- Zainal Arifin Hoesein, 2009, *Judicial Review di Mahkamah Agung RI, Tiga Dekade Pengujian Peraturan Perundang-undangan*, Jakarta: Raja Grafindo Persada.

### Makalah dan Jurnal

- Abdul Mukhtie Fajar, 2009, "Hukum Konstitusi Dan Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Konstitusi*, Vol. 6, No. 1, April.
- Donald L. Horowitz, 2006, "Constitutional Courts: A Primer For Decision Makers", *Journal of Democracy*, Vol. 17, No. 4, October.
- Janedjri M. Gaffar, 2009, *Kedudukan, Fungsi dan Peran Mahkamah Konstitusi dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, Makalah, Surakarta 17 Oktober.
- Mariyadi Faqih, 2010, "Nilai-nilai Filosofi Putusan Mahkamah Konstitusi yang Final dan Mengikat", *Jurnal Konstitusi*, Volume 7, Nomor 3 Juni.

Nanang Sri Darmadi, 2011, "Kedudukan dan Wewenang Mahkamah Konstitusi dalam Sistem Hukum Ketatanegaraan Indonesia", *Jurnal Hukum*, Vol XXVI, No. 2, Agustus.

Nurul Qamar, 2012, "Kewenangan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Konstitusi*, Vol. 1, No. 1, November.

Nur Asikin Thalib, 2014, "Hak Politik Perempuan Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Cita Hukum*, Vol. 1, No. 2, Desember.

Sri Warijati, 2012, "Sistem Ketatanegaraan Indonesia Pasca Amandemen UUD 1945", *Al-Daulah: Jurnal Hukum dan Perundangan Islam*, Vol. 2, No. 2, Oktober.

### **Perundang-Undangan**

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah

### **Internet**

[http://jateng.bps.go.id/index.php?option=com\\_content&view=section&id=18&Itemid=90](http://jateng.bps.go.id/index.php?option=com_content&view=section&id=18&Itemid=90)

<http://jateng.bps.go.id>

# **Kasus Rohingya dan Tanggung Jawab Negara dalam Penegakan Hak Asasi Manusia**

## ***Rohingya Case and State Responsibility in the Enforcement of Human Rights***

**Nalom Kurniawan**

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

Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta

E-mail: [nalom.mkri@gmail.com](mailto:nalom.mkri@gmail.com)

Naskah diterima: 12/09/2017 revisi: 21/10/2017 disetujui: 29/11/2017

### **Abstrak**

Dugaan terjadinya pelanggaran HAM terhadap suku Rohingya di Myanmar telah menjadi perhatian dunia Internasional. Suku Rohingya yang telah tinggal beberapa generasi di bagian wilayah Myanmar, tidak diakui kewarganegaraannya oleh pemerintah Myanmar. Bahkan selain itu, terjadi pula beberapa gelombang kekerasan yang diindikasikan bertujuan untuk menghilangkan identitas Rohingya sebagai salah satu suku yang ada di Myanmar. Sebagai sebuah negara berdaulat, Myanmar memiliki kewajiban untuk memberikan perlindungan hukum terhadap warganya. Penyelesaian kasus dugaan pelanggaran HAM terhadap warga Rohingya harus segera ditempuh oleh pemerintah Myanmar guna penghormatan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia. Jika tidak ada langkah-langkah efektif yang ditempuh oleh pemerintahan Myanmar dalam memberikan perlindungan terhadap suku Rohingya, maka mekanisme hukum internasional merupakan alternatif yang harus ditempuh untuk memberikan perlindungan terhadap HAM bagi suku Rohingya.

**Kata kunci:** Rohingya, Pelanggaran Hak Asasi Manusia, Tanggung Jawab Negara.

### **Abstract**

*The alleged of human rights violations against Rohingya tribe in Myanmar have been the concern of the international public. Rohingya tribe who has lived a few generations in the territory of Myanmar, is not admitted as citizens by the government of Myanmar. Moreover, there have also been several violent acts are indicated to eliminate the identity of Rohingya as one of the tribes in Myanmar. As a sovereign country, Myanmar has an obligation to provide legal protection to its citizens. The settlement of alleged cases of human rights violations against Rohingya citizens must be immediately taken by the government of Myanmar for respect and protection of human rights. If there are no effective measures taken by the government of Myanmar to provide protection to the Rohingya tribe, then the mechanism of international law is an alternative that must be taken to provide protection for human rights for the Rohingya tribe.*

**Keywords:** *Rohingya, Human Rights Violations, State Responsibility.*

## **PENDAHULUAN**

Pemberitaan tentang pembantaian muslim Rohingya pada Oktober 2016 tahun lalu,<sup>1</sup> telah mengejutkan publik di tingkat regional dan internasional. Di era yang sangat terbuka dan kebebasan pers begitu dijunjung tinggi seperti saat ini, telah terjadi dugaan pelanggaran berat HAM di negeri Burma (Myanmar) yang berbatasan sebelah barat dengan Bangladesh dan India. Peristiwa dugaan pelanggaran berat HAM ini, telah menyebabkan eksodus besar-besaran ribuan warga Rohingya yang mengungsi ke Indonesia, Malaysia, Thailand, dan India. Bahkan, *United Nations High Commissioner for Refugees* (UNHCR) memperkirakan setidaknya 150.000 orang melarikan diri dari perbatasan Myanmar menuju Bangladesh dan India sejak tahun 2012. Hal ini dipicu sejak munculnya gerakan Rohingya *Elimination Group* pada tahun 2012 yang bertujuan untuk menghapus kaum Rohingya dari bumi arakan. Gerakan Rohingya *Elimination Group*, telah memaksa puluhan ribu orang untuk tinggal di kamp-kamp konsentrasi dan menyebabkan ratusan orang lainnya meninggal dunia.

Negeri bekas koloni Inggris yang mendapatkan kemerdekaannya pada tanggal 4 Januari 1948 ini, memiliki jumlah penduduk lebih dari 50 puluh juta jiwa. Mayoritas penduduk yang merupakan keturunan dari ras Mongol ini merupakan

<sup>1</sup> <http://www.republika.co.id/berita/internasional/global/16/11/19/ogucyp415-ini-gambaran-pembantaian-militer-myanmar-terhadap-muslim-rohingya>, diunduh 28 Juli 2017.

pemeluk Budha yang taat. Meski telah merdeka sejak 1948, bukan berarti kehidupan politik dan masyarakat di negeri Burma ini, berjalan tanpa aral dan gejolak. Setidaknya terdapat beberapa peristiwa pergolakan politik yang dapat dicatat pasca kemerdekaan Myanmar 1948. Sebuah laman mengungkapkan secara kronologis tentang terjadinya peristiwa Rohingya sebagai berikut:<sup>2</sup>

1. *yaitu upaya mengintimidasi kaum Rohingya dan memaksa mereka keluar dari wilayah arakan dengan melakukan operasi King Dragon pada tahun 1978;*
2. *tidak diakuinya kewarganegaraan kaum Rohingya sebagai bagian dari 135 kelompok etnis resmi di Myanmar pada tahun 1982;*
3. *pengembalian secara paksa para pengungsi Rohingya yang telah melarikan diri ke Bangladesh akibat tidak mampu bertahan dalam situasi konflik yang berkepanjangan pada tahun 1990, serta pemusnahan rumah ibadah (Masjid) dan sekolah pada tahun 2001;*
4. *munculnya gerakan Rohingya elimination group yang didalangi oleh kelompok ekstrimis yang menamakan dirinya 969. Gerakan ini bertujuan untuk menghapus kaum Rohingya dari bumi arakan. Akibat dilakukannya gerakan ini, sekitar 140.000 orang dipaksa tinggal di kamp konsentrasi yang menyebabkan 200 orang tewas;*
5. *terjadinya eksodus besar-besaran warga Rohingya dengan menggunakan kapal untuk mengungsi ke Indonesia, Malaysia, dan Thailand. Eksodus ini menyebabkan ribuan orang terkatung-katung di lautan dan banyak diantaranya meninggal dalam perjalanan. UNHCR memperkirakan setidaknya terdapat 150.000 orang melarikan diri dari perbatasan Myanmar-Bangladesh sejak Januari 2012 – 2015;*
6. *pembantaian terhadap muslim Rohingya yang terjadi pada bulan Oktober 2016 yang menewaskan 150 orang dan 3 desa yang hangus dibakar.*

Meski jumlah korban, waktu dan tempat kejadian atas dugaan pelanggaran HAM yang terjadi terhadap warga Rohingya tidak ada yang memiliki angka pasti, namun beberapa diantaranya dapat dikonfirmasi kebenarannya. Sebagaimana rilis yang dikeluarkan oleh *Human Rights Watch* sebagaimana diberitakan oleh BBC, lebih dari 1.200 rumah telah diratakan dengan tanah di beberapa kampung tempat tinggal umat Islam Rohingya di Myanmar dalam enam pekan belakangan ini (terhitung sejak oktober – November 2016). Bahkan, lampiran foto satelit terhadap bangunan rumah yang dimusnahkan turut dilampirkan dalam pemberitaan

<sup>2</sup> <https://act.id/rohingya/>, diunduh 4 Agustus 2017

tersebut.<sup>3</sup> Perusakan rumah warga tersebut diindikasikan dilakukan oleh Militer Myanmar yang sedang menggelar operasi militer di kawasan tersebut. Namun tidak mudah untuk melakukan verifikasi terhadap peristiwa sesungguhnya, karena akses untuk masuk ke dalam wilayah tersebut sangat terbatas. Tidak hanya bagi warga negara sipil dan asing, bagi wartawan sekalipun tidak diberikan akses untuk meliput di sekitar tempat peristiwa itu terjadi.

Tindakan diskriminasi terhadap warga Rohingya semakin nampak terlihat dari surat rahasia Myanmar yang disampaikan Aung San Suu Kyi saat bertemu pelapor khusus PBB bocor ke publik. Sebagaimana diberitakan Reuters, Suu Kyi dalam pernyataannya kepada pelapor khusus PBB mengatakan pemerintahnya tidak akan menggunakan kata “Rohingya” dan menggantinya dengan “masyarakat penganut Islam di Rakhine”. Pemerintah Myanmar tidak mengakui kewarganegaraan Rohingya yang telah tinggal beberapa generasi di negara itu. Masyarakat Rohingya menurut pemerintah Myanmar, dianggap sebagai pendatang ilegal dari Bangladesh, sehingga tidak layak dianggap sebagai warga negara.<sup>4</sup>

Komisi Tinggi PBB untuk bidang HAM, Zeid Ra’ad Al Hussein menyatakan bahwa masyarakat Rohingya telah diperlakukan secara diskriminatif. Mereka tidak bisa mendapatkan pekerjaan dan bahkan untuk mendapatkan pengobatan saja harus mendapatkan dokumen khusus sebagai pengantar ke rumah sakit. Hal ini berakibat pada tingginya angka kematian bayi karena penanganan terhadap ibu hamil yang seringkali terlambat untuk mendapatkan penanganan medis. Komisi Tinggi HAM PBB bahkan menyatakan bahwa, warga Rohingya telah lama menjadi sasaran kekerasan dan menjadi korban kejahatan terhadap kemanusiaan yang serius dan bersifat sistematis.<sup>5</sup> Bahkan hingga saat ini (Agustus 2017), pemberitaan tentang operasi militer pemerintahan Myanmar terhadap warga Rohingya masih terus berlangsung.

Peristiwa Rohingya tentu menggugah rasa kemanusiaan. Tindakan pemerintah Myanmar yang tidak memberikan kewarganegaraan bagi warga Rohingya, sikap diskriminatif, terjadinya pengungsian besar-besaran, tidak diakuiinya entitas Rohingya sebagai salah satu etnis di Myanmar, pemusnahan sejumlah pemukiman dan tempat ibadah, dan berbagai tindakan lainnya oleh pemerintah Myanmar,

<sup>3</sup> <http://www.bbc.com/indonesia/trensosial-38074272>, diunduh 10 Agustus 2017.

<sup>4</sup> <https://www.cnnindonesia.com/internasional/20160622171132-106-140164/aung-san-suu-kyi-haramkan-kata-rohingya-saat-bertemu-pbb/>, diunduh 15 Agustus 2017.

<sup>5</sup> Lihat, Myanmar, *The Rohingya Minority: Fundamental Right Denied*. Amnesty International, May 2004, AI Index: ASA 16/005/2004 <http://www.amnesty.org/en/library/asset/ASA16/005/2004/en/dom-ASA160052004en.pdf>. diunduh 18 Agustus 2017.

merupakan tindakan yang dapat dikategorikan sebagai tindakan pelanggaran berat terhadap hak asasi manusia. Peristiwa ini tentu saja membawa konsekuensi logis bagi pemerintah Myanmar sendiri (sebagai negara) untuk menyelesaikannya. Bahkan, jika pemerintahan Myanmar dianggap tidak melakukan langkah-langkah yang cukup dalam penyelesaian peristiwa di negaranya, komunitas internasional (dalam hal ini PBB), dapat mengambil langkah-langkah yang efektif guna menyelesaikan peristiwa yang terindikasi sebagai pelanggaran HAM berat tersebut. Untuk itu, tulisan ini berupaya untuk menguraikan tanggung jawab negara dalam hal terjadinya pelanggaran berat HAM, dan peran internasional dalam penyelesaian pelanggaran HAM, serta beberapa contoh penyelesaian pelanggaran HAM di negara lain.

## PEMBAHASAN

### 1. Tanggung Jawab Negara dalam Penegakan HAM

Istilah tanggung jawab negara dapat digunakan dengan dua istilah yang berbeda, yakni: *responsibility* dan *liability*. Menurut Bryan A. Garner, *responsibility* diartikan sebagai *liability*.<sup>6</sup> *Liability* adalah tanggung jawab hukum pada masyarakat atau lainnya.<sup>7</sup> Jadi *Liability* atau *responsibility* adalah keperluan untuk mengikat keberadaan di antara orang yang bersalah dan memperbaiki kesalahan.<sup>8</sup> Menurut hukum internasional tanggung jawab negara timbul dalam hal negara itu merugikan negara lain.<sup>9</sup> Prinsip tanggung jawab ini merupakan perkembangan dari "*maxim sic utere tuo alienum ut non laedas*".<sup>10</sup> Artinya suatu kegiatan tidak boleh merugikan pihak lain.

Menurut Rosalyn Higgins, hukum tentang tanggung jawab negara tidak lain adalah hukum yang mengatur akuntabilitas (*accountability*) terhadap suatu pelanggaran hukum internasional. Kata 'akuntabilitas' diartikannya dalam dua pengertian, yaitu: *pertama*, negara memiliki keinginan untuk melaksanakan perbuatan dan/atau kemampuan mental (*mental capacity*) untuk menyadari apa yang dilakukannya, dan *kedua* adanya suatu tanggung jawab (*liability*) untuk tindakan negara yang melanggar hukum internasional (*international*

<sup>6</sup> Garner Bryan A., *Black's Law, Law Dictionary*, Seventh Edition, West Group, St. Paul, Minn, 1999, h. 925.

<sup>7</sup> *Ibid.*, h. 1314.

<sup>8</sup> *Ibid.*, h. 378.

<sup>9</sup> F. Sugeng Istanto, *Hukum Internasional*, Yogyakarta: Universitas Atma Jaya, 1994, h. 77.

<sup>10</sup> M. Daud Silalahi, *Hukum Lingkungan dalam Sistem Penegakan Hukum Lingkungan Indonesia*, Alumni, Bandung: Alumni, 2001. h. 180.

*wrongful behavior*) dan tanggung jawab tersebut (*liability*) harus dilaksanakan.<sup>11</sup> Pertanggungjawaban dapat juga berupa kewajiban memberikan jawaban yang merupakan perhitungan atas suatu hal yang terjadi, dan kewajiban untuk memberikan pemulihan atas kerugian yang mungkin ditimbulkannya.<sup>12</sup>

Pada dasarnya tanggung jawab negara bersumber dari suatu tindakan-tindakan salah secara internasional (*international wrongful act*).<sup>13</sup> Jika suatu negara melanggar suatu kewajiban internasional, negara tersebut bertanggung jawab untuk pelanggaran yang dilakukannya.<sup>14</sup> *International Law Commission* (ILC) tahun 1975, membatasi tanggung jawab negara sebagai pertanggungjawaban negara-negara bagi tindakan-tindakan salah (*wrongful acts*) secara internasional. Hal ini sesuai dengan *Draft Article 1*, ILC 1996 mengenai *state responsibility*, menentukan bahwa setiap tindakan-tindakan salah secara internasional (*international wrongful acts*) dari negara melahirkan tanggung jawab negara.<sup>15</sup> Tindakan yang salah (*internationally wrongful act*) menurut *Draft Article 3* ILC 1996, yakni:

- a. merupakan tindakan atau kelalaian (*action or omission*) yang secara hukum dapat dikaitkan dengan negara (*attributable to state*), dan;
- b. merupakan pelanggaran terhadap kewajiban internasional (*breach of an international obligation*).<sup>16</sup>

Malcolm N. Shaw, menyebutkan bahwa, karakteristik utama dari tanggung jawab negara didasarkan pada faktor-faktor sebagai berikut:

- a. adanya suatu kewajiban hukum internasional yang berlaku antara dua negara tertentu;
- b. adanya suatu perbuatan atau kelalaian yang melanggar kewajiban hukum internasional tersebut yang melahirkan tanggung jawab negara; dan
- c. adanya kerusakan atau sebagai akibat adanya tindakan yang melanggar hukum (*unlawful act*) atau kelalaian (*omission*).<sup>17</sup>

Tanggung jawab negara diatur oleh standar-standar internasional (meskipun dalam pelanggaran khusus suatu standar internasional dapat memasukkan suatu

<sup>11</sup> Higgins Rosalyn, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford: Clarendon Press, 1994, h. 147, sebagaimana dikutip oleh Huala Adolf, *Op. Cit.*, h. 256.

<sup>12</sup> F. Sugeng Istanto, *Loc. Cit.*

<sup>13</sup> J.G. Starke, *Introduction to International Law*, Eighth Edition, Butter Worth & Co. (Publishers) LTD, London, 1977, h. 319.

<sup>14</sup> Higgins Rosalyn, *Problems and Process, International Law and How We Use It*, Oxford: Clarendon Press, 1994, h. 146.

<sup>15</sup> Draft Article 1 International Law Commission 1996, lihat pada D.J. Harris, *Cases and Materials On International Law*, Fifth Edition, Sweet & Maxwell, London, 1998, h. 485. Ketentuan ini sama dengan ketentuan *Article 1* dari *Draft Article on Responsibility of States*, ILC 2001.

<sup>16</sup> *Ibid.*, dan ketentuan ini sama dengan *Article 2* *Draft Article on Responsibility of States*, ILC 2001.

<sup>17</sup> Shaw Malcolm N., *International Law*, Cambridge University Press, fourth edition, 1997, h. 542.

standar nasional), dalam hal itu bergantung pada hukum internasional mengenai apakah dan sejauh mana tindakan atau kelalaian dari suatu negara tertentu dianggap sah atau salah.<sup>18</sup> Tanggung jawab negara dapat direalisasikan dalam bentuk,<sup>19</sup> yaitu:

- a. *Pemulihan kerugian atau pembayaran ganti rugi (represif), dan*
- b. *Pencegahan timbulnya kerugian (preventif).*

Prinsip tanggung jawab negara yang diterapkan dalam bentuk *preventif*, yaitu dalam bentuk standar tindakan dan standar teknologi, dituangkan dalam bentuk standar kewajiban, dan secara khusus dituangkan dalam suatu perjanjian, termasuk kelengkapan kelembagaan dan mekanisme penerapannya.<sup>20</sup> Sedangkan prinsip tanggung jawab negara dalam bentuk *represif*, yaitu dalam bentuk rumusan tertentu tentang tanggung jawab atau ganti rugi, dan ditempatkan sebagai bagian khusus dari perjanjian tertentu.<sup>21</sup>

Dalam *Draft Article on Responsibility of States*, ILC 2001, menentukan tanggung jawab negara dalam bentuk, yaitu: tindakan penghentian (*cessation*) dan tidak mengulangi tindakan (*non repetition*),<sup>22</sup> dan tindakan perbaikan (*reparation*) yang berupa penggantian kerugian (*restitution*), ganti rugi (*compensation*), dan *satisfaction*, atau kombinasi dari seluruhnya.<sup>23</sup>

Secara historis, prinsip tanggung jawab negara memiliki kaitan erat dengan HAM. Pengaturan hukum HAM dalam hukum internasional, pada awalnya dikembangkan melalui (prinsip) tanggung jawab negara atas perlakuan terhadap orang asing atau *state responsibility for the treatment of aliens*. Dalam prinsip ini, terkandung aturan mengenai cara bagi orang asing untuk mengajukan tuntutan akibat dari perlakuan yang salah dari negara terhadap dirinya. Selanjutnya dikembangkan prosedur dalam hukum HAM internasional yang memungkinkan para korban pelanggaran HAM untuk mengajukan tuntutan secara langsung terhadap negara.<sup>24</sup> Hukum tanggung jawab negara atas kerugian orang asing tersebut juga dapat dipandang sebagai perintis jalan bagi hukum HAM Internasional.<sup>25</sup> Adapun kaidah hukum yang berlaku untuk melakukan tuntutan oleh negara-negara atas

<sup>18</sup> J.G. Starke, *Op.Cit.*, h. 320.

<sup>19</sup> Ida Bagus Wiyasa Putra, *Tanggung Jawab Negara terhadap Dampak Komersialisasi Ruang Angkasa*, Bandung: Refika Aditama, 2001, h. 61.

<sup>20</sup> Springer Allen L., *The International Law of Pollution*, London: Quorum Book, 1983, h. 268.

<sup>21</sup> Ida Bagus Wiyasa Putra, *Op. Cit.*, h. 67.

<sup>22</sup> Article 30 dari *Draft Article*, ILC 2001.

<sup>23</sup> Article 34, dan lihat pula Article 31, 35, 36, dan 37. *Ibid.*

<sup>24</sup> Shelton Dinah, *Remedies in International Human Right Law*, New York: Oxford University Press, 1999, h. 14

<sup>25</sup> *Ibid.*

nama warga negaranya bersumber dari *general principles of law recognized by civilized nations* dan selanjutnya diterapkan oleh para arbitrator dan pengadilan internasional. Sedangkan, menurut *the Restatement of the Foreign Relations Law of the United States 3rd (1987)*, dewasa ini negara-negara mulai menggunakan norma-norma HAM sebagai dasar untuk mengajukan tuntutan atas kerugian warga negaranya.<sup>26</sup>

Perkembangan untuk meletakkan tanggung jawab negara langsung atas pelanggaran hukum internasional juga dikukuhkan dalam *Genocide Convention* (Konvensi tentang Pembunuhan massal Manusia) yang telah diterima oleh Sidang Umum PBB pada tanggal 9 Desember 1948. Menurut ketentuan dalam konvensi ini, orang perorangan yang terbukti telah melakukan tindakan genosida harus dihukum, terlepas dari persoalan apakah mereka itu bertindak sebagai perseorangan, pejabat pemerintah, pimpinan pemerintahan atau negara.<sup>27</sup> Pelanggaran oleh negara terhadap kewajiban berkaitan dengan perlindungan dan jaminan terhadap HAM, akan berakibat pada timbulnya tanggung jawab negara. Hal ini sebagaimana pendapat Victor Conde yang menyatakan bahwa:<sup>28</sup>

*“A human rights norm creates an “obligations” or “duty” on the state to respect that right. Violation or breach of obligation entails recourse to implementation measures, depending upon the institutional context, such as individual or interstate complaints seeking reparations or other redress, or possibly criminal prosecution, or the imposition of economic sanctions.”*

Pendapat yang sama disebutkan oleh C. De Rover yang menyebutkan bahwa “dalam setiap sistem hukum harus ada tanggung jawab atas kegagalan melaksanakan kewajiban yang dibebankan oleh peraturan-peraturan. Dalam hukum internasional tanggung jawab tersebut dikenal sebagai tanggung jawab (*responsibility*). Tanggung jawab timbul, karena pelanggaran kewajiban yang dibebankan oleh hukum internasional.<sup>29</sup> Sebagaimana pendapat Malcolm N. Shaw, hukum internasional yang menentukan tentang apa yang dimaksud dengan tindakan salah secara internasional, terlepas dari ketentuan hukum nasional.<sup>30</sup> Dengan kata lain, walaupun hukum nasional menganggap suatu perbuatan bukan merupakan pelanggaran hukum, namun apabila hukum internasional menentukan

<sup>26</sup> Buergental Thomas, *International Human Right*, St. Paul, Minn: West Publishing. Co., 1995, h. 14-15.

<sup>27</sup> *Ibid.*, h. 76-77.

<sup>28</sup> Conde, *Op.Cit.*, h. 102.

<sup>29</sup> Rover, C. de, *Op.Cit.*, h. 21.

<sup>30</sup> Shaw, Malcolm N, *International law, Fourt Edition*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, h. 543.

sebaliknya maka negara harus tetap bertanggung jawab. Hal tersebut oleh Sugeng F. Istanto dijelaskan sebagai berikut:<sup>31</sup>

*“Pertanggungjawaban negara menurut hukum internasional hanya timbul karena pelanggaran hukum internasional. Pertanggungjawaban itu tetap timbul meskipun menurut hukum nasional negara yang bersangkutan perbuatan itu tidak merupakan pelanggaran hukum. Perbedaan itu mungkin disebabkan oleh karena perbuatan itu oleh hukum nasional negara tersebut ditetapkan sebagai perbuatan yang melanggar hukum atau karena pelaku perbuatan tersebut tidak menimbulkan pertanggungjawaban negara.”*

Akibat dari perbedaan antara pertanggungjawaban negara menurut hukum internasional dan hukum nasional ialah, bahwa suatu negara tidak dapat menghindari pertanggungjawaban internasionalnya berdalihkan atas kebenaran menurut hukum nasionalnya.<sup>32</sup> Terkait dengan pelanggaran berat HAM, oleh karena saat ini HAM telah diatur di dalam sejumlah instrumen hukum HAM internasional, maka pelanggaran tersebut akan menjadi suatu persoalan internasional dan tidak dapat lagi diklaim semata-mata sebagai urusan dalam negeri suatu negara. Sekalipun suatu perbuatan pelanggaran berat HAM mendapat dasar pembenar dalam hukum nasional suatu negara, namun tindakan pelanggaran tersebut akan tetap menimbulkan tanggung jawab negara menurut hukum internasional.

Tanggung jawab tidak hanya berlaku dalam kasus negara itu sendiri sebagai pelaku, tetapi juga dalam keadaan tindakan seseorang atau badan dapat dipersalahkan kepada negara. Tindakan badan negara akan dipandang sebagai tindakan dari negara tersebut menurut hukum internasional, baik badan tersebut termasuk ke dalam otoritas konstituen, legislatif, eksekutif, peradilan maupun otoritas lainnya, baik fungsinya bersifat internasional maupun internal dan baik memegang posisi atasan atau bawahan dalam negara tersebut.<sup>33</sup> Doktrin ini dikenal sebagai doktrin *imputability*. Doktrin ini merupakan salah satu fiksi dalam hukum internasional. Latar belakang doktrin ini yaitu bahwa negara sebagai suatu kesatuan hukum yang abstrak tidak dapat melakukan “tindakan-tindakan” yang nyata. Negara baru dapat melakukan suatu tindakan hukum tertentu melalui pejabat-pejabat atau perwakilan-perwakilannya yang sah.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> F. Sugeng Istanto, *Hukum Internasional*, Yogyakarta: Atma Jaya, 1998, h. 78.

<sup>32</sup> Robertson Q.C., Geoffrey, *Kejahatan Terhadap Kemanusiaan, Perjuangan untuk Mewujudkan Keadilan Global*, Jakarta: Komnas HAM, 2002, h.. 308.

<sup>33</sup> Rover, C. de, *op.cit.*, h. 23.

<sup>34</sup> Huala Adolf, *Aspek-Aspek Negara Dalam Hukum Internasional*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, 1990, h.. 191.

Dalam kaitan dengan tindakan yang dilakukan oleh pegawai negeri (*public servant*), apapun kapasitas mereka, pertimbangan yang sangat penting yang harus diambil adalah sifat dari tindakan yang dituduhkan yang menimbulkan kerugian kepada orang atau harta kekayaan, atau sifat dari fungsi yang dilaksanakan kapan saja suatu perkara diajukan atas tuduhan yang pantas kepada mereka. Jika tindakan tersebut dilakukan dalam kapasitas resmi (publik) dari orang tersebut, terlepas dari hakikat dan sifat hukum mereka, maka negara bertanggung jawab atas tindakan tersebut.<sup>35</sup>

Tanggung jawab juga berlaku bahkan dalam keadaan tindakan tersebut secara langsung bertentangan dengan perintah otoritas atasan. Negara bersangkutan tidak dapat berlindung dibelakang pendirian bahwa sesuai dengan ketentuan sistem hukumnya, tindakan atau kelalaian tersebut seharusnya tidak terjadi atau seharusnya tidak mengambil bentuk yang berbeda.<sup>36</sup> Konsekuensi hukum utama dari tanggung jawab negara akibat pelanggaran hukum internasional adalah reparasi atas kerugian material maupun moral akibat pelanggaran tersebut. Prinsip reparasi secara lengkap dapat dilihat pada putusan ICJ dalam *Chorzow Factory*:<sup>37</sup>

*Reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to that value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it – such are the principle which should serve to determine the amount of compensation due for an act contrary to international law.*

Berdasarkan putusan ICJ tersebut maka reparasi, sejauh mungkin, harus menghapuskan semua konsekuensi dari tindakan ilegal dan memulihkan kembali situasi yang mungkin ada jika tindakan tersebut tidak dilakukan. Reparasi demikian dapat berbentuk baik *restitusi of kind* (pemulihan dalam keadaan semula) atau pembayaran dalam jumlah yang sama dengan *restitusi of kind* dalam hal pemulihan demikian tidak mungkin.

Istilah reparasi dapat digunakan secara sempit dengan pengertian ganti rugi berupa uang. Lebih umum, hal itu mengacu kepada seluruh upaya *remedies* yang

<sup>35</sup> Rover, C. de, *op.cit.*, h.. 24.

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

<sup>37</sup> Jorgensen, Nina HB, *The Responsibility of State for International Crimes*, Oxford University Press, 2000, h.. 187.

tersedia atas pelanggaran suatu kewajiban internasional.<sup>38</sup> Adapun Ian Brownlie mengartikan reparasi secara luas, tidak hanya meliputi pembayaran kompensasi (atau restitusi) tapi juga meliputi permintaan maaf, penghukuman terhadap orang-orang yang bertanggung jawab, pengambilan langkah-langkah untuk mencegah pelanggaran terhadap kewajiban, dan bentuk-bentuk tindakan lainnya.<sup>39</sup>

Masalah reparasi juga diatur di dalam Pasal 13 Draft ILC, yaitu sebagai berikut:

1. The responsible state is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act;
2. *Injury includes any damages, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a state*

Berdasarkan Draft ILC tersebut maka negara bertanggung jawab untuk melakukan reparasi secara penuh atas kerugian akibat adanya tindakan salah secara internasional, dimana kerugian tersebut akan meliputi semua kerugian, baik material maupun moral. Istilah kerugian secara moral merujuk pada kehilangan *non-pecuniary* yang seringkali tidak jelas dan sulit untuk dihitung.<sup>40</sup> Berdasarkan pendapat Schwahzeberger, maka ganti rugi atas kerugian secara moral tersebut dapat diberikan dalam bentuk *satisfaction* yaitu ganti rugi dalam bentuk, seperti permintaan maaf yang biasanya dimintakan untuk kerugian-kerugian non material atau moral (kepribadian suatu bangsa).<sup>41</sup>

Menurut Sugeng F. Istanto, *satisfaction* merupakan pemulihan atas perbuatan yang melanggar kehormatan negara. *Satisfaction* dilakukan melalui perundingan diplomatik dan cukup diwujudkan dengan permohonan maaf secara resmi atau jaminan tidak akan terulangnya perbuatan.<sup>42</sup> Namun demikian, pembayaran ganti rugi secara material juga dapat diberikan untuk kerugian-kerugian yang bersifat *non-pecuniary*. Sebagai contoh dalam kasus *the I'm Alone*, pengadilan memerintahkan Amerika Serikat membayar ganti rugi sebesar US\$ 25,000, kepada Kanada atas tindakannya yang menenggelamkan kapal Kanada tersebut (*the I'm Alone*). Jumlah uang tersebut bukan didasarkan kepada nilai kerugian kapal atau muatannya, tetapi semata-mata didasarkan kepada adanya penghinaan terhadap pemerintah Kanada.<sup>43</sup> Berdasarkan uraian di atas, dapat disimpulkan bahwa

<sup>38</sup> Shelton, Dinah, *Remedies In International Human Rights Law*, New York: Oxford University Press, 1999, h.. 320.

<sup>39</sup> Brownlie, Ian, *Principles Of Public International Law, Third Edition*, Clarendon Press Oxford, New York, 1997, h.. 460.

<sup>40</sup> Jogersen, *Op.Cit.*, h.. 185.

<sup>41</sup> Huala Adolf, *Op.Cit.*, h.. 198.

<sup>42</sup> Sugeng F. Istanto, *Op.Cit.*, h.. 78.

<sup>43</sup> D.J. Harris, *Cases and Materials on International Law, Fifth Edition, Sweet and Maxwell*, London, 1998, h.. 519.

kewajiban negara menyangkut HAM internasional pada intinya menekankan pada dilaksanakannya penghukuman terhadap para pelaku pelanggaran HAM melalui proses pengadilan dan diberikannya ganti rugi atau rehabilitasi bagi para korban pelanggaran HAM.<sup>44</sup>

Dalam perkembangan selanjutnya, hukum internasional semakin mengukuhkan pentingnya pertanggungjawaban secara hukum atas tindak pelanggaran HAM, baik yang termasuk katagori pelanggaran berat maupun kejahatan kemanusiaan (*crimes against humanity*). Berbagai instrumen hukum HAM internasional secara tegas mencantumkan kewajiban negara guna menghukum pelaku kejahatan terhadap integritas fisik seseorang. Penafsiran resmi dari berbagai badan internasional dan regional, maupun pendapat dari kalangan pakar terkemuka mengenai instrumen-instrumen tersebut secara berulang-ulang menekankan betapa pentingnya proses pengadilan dan penghukuman terhadap pelaku atas tindak pelanggaran berat HAM yang telah dilakukan. Selain itu, konvensi-konvensi internasional mengenai HAM juga mengukuhkan tentang arti pentingnya ganti rugi atau rehabilitasi bagi korban tindak pelanggaran berat HAM.”

## **2. Penuntutan dan Penghukuman terhadap Pelaku Pelanggaran HAM**

Kewajiban negara untuk menghukum para pelaku pelanggaran berat HAM telah dikembangkan dalam berbagai instrumen hukum hak asasi manusia baik internasional maupun regional. Bahkan hukum kebiasaan internasional secara tegas melarang segala bentuk pembebasan hukuman terhadap pelanggaran berat HAM yang dilakukan secara sistematis. Komisi Hukum Internasional (*International Law Commission*) menyatakan bahwa pelanggaran terhadap kewajiban negara yang digolongkan sebagai *internationally wrongful act* yang mencakup pelanggaran berat HAM, juga dikategorikan sebagai kejahatan internasional (*international crime*).<sup>45</sup>

Instruksi global maupun regional yang menafsirkan adanya kewajiban negara-negara untuk mengadili orang-orang yang bertanggung jawab atas pelanggaran HAM. Misalnya Komite HAM yang dibentuk berdasarkan Kovenan Sipil dan Politik berulang-ulang dalam keputusannya menyatakan bahwa peserta harus menyelidiki kasus-kasus penyiksaan, penghilangan orang dan pembunuhan ekstra-judicial serta mengajukannya ke pengadilan. Mahkamah Eropa juga menunjukkan bahwa

<sup>44</sup> Rudi M Rizki, *Tanggung Jawab Negara atas Pelanggaran Hak Asasi Manusia di Masa Lalu*, dalam Ildhal kasim dan Eddie Riyadi Terre, (Edit), *Op.Cit.*, h.. 312-313.

<sup>45</sup> Rudi M Rizki, *Catatan Mengenai Tanggung Jawab Negara Atas Pelanggaran Berat HAM*, dalam Mieke Komar (Et.al) (Ed), *Mochtar Kusumaatmadja: Pendidik dan Ngarawan*, Bandung: Alumni, 1999, h. 670.

pidanaan terhadap pelanggaran berat HAM sangat penting bagi penegakan konvensi HAM Eropa. Demikian juga keputusan-keputusan pengadilan HAM Inter Amerika dalam kasus Velasquez Rodriguez.<sup>46</sup> Mahkamah dalam kasus Velasquez Rodriguez menyatakan bahwa negara peserta tetap harus menghukum para pelaku pelanggaran berat terhadap integritas fisik seseorang, walaupun telah terjadi pergantian pemerintah.<sup>47</sup>

Tuntutan agar dilakukan penghukuman terhadap para pelaku pelanggaran berat HAM merupakan kewajiban negara yang telah dibebankan oleh hukum internasional. Kewajiban negara untuk menghukum atau mengekstradisi orang-orang yang dituduh telah melakukan pelanggaran berat HAM dapat ditemukan di berbagai perjanjian internasional, antara lain terdapat dalam Konvensi Genosida, Konvensi Jenewa beserta Protokol Tambahan I, Konvensi Anti Penyiksaan, dan sebagainya. Kewajiban menghukum para pelaku genosida menurut Konvensi Genosida dinyatakan dalam Pasal IV dan VI, yaitu sebagai berikut:

*“Persons committing genocide or any of the other acts enumerated in article III shall be punished, whether they are constitutionally responsible rulers, public officials, or private individuals; Persons charged with genocide or any of the other acts enumerated in article II shall be tried by a competent tribunal of the State in the territory of which that act was committed, or by such international penal tribunal as may have jurisdiction with respect to those Contracting Parties which shall have accepted it jurisdiction.”*

Berdasarkan ketentuan tersebut maka kewajiban negara untuk mengadakan penuntutan terhadap para pelaku kejahatan genosida dilakukan melalui:

1. *menetapkan perundang-undangan berdasarkan konstitusi yang berisi pengenaan hukuman bagi orang-orang yang bersalah melakukan kejahatan genosida atau tindakan-tindakan lainnya;*
2. *melaksanakan peradilan nasional di negara di dalam wilayah tindakan kejahatan dilakukan;*
3. *Melakukan ekstradisi bagi pelaku kejahatan genosida, dengan mengecualikan kejahatan tersebut sebagai kejahatan politik.<sup>48</sup>*

Tindakan negara-negara tersebut juga mencakup tindakan pemberian informasi yang dibutuhkan kepada negara lain mengenai adanya pelaku yang

<sup>46</sup> *Ibid.* h. 673.

<sup>47</sup> *Ibid.* h. 674.

<sup>48</sup> Whiteman, Marjorie M, *A Digest of International Law*, Volume 11, Department of State Publication, Washington, 1986, h. 958.

melakukan pelanggaran berat, memberikan bantuan hukum bersama, menerima permintaan ekstradisi, dan keharusan untuk mengadili para pelaku kejahatan di depan pengadilan nasional negara tersebut.<sup>49</sup> Contoh kasus penerapan tanggung jawab negara berdasarkan Konvensi Genosida dapat dilihat pada *Case Concerning the Application of The Genocide Convention between Bosnia Herzegovina and Yugoslavia* yang diputus oleh ICJ. Pada tanggal 20 Maret 1993, Pemerintah Republik Bosnia-Herzegovina mengajukan aplikasi untuk melakukan *proceedings* melawan pemerintah Republik Yugoslavia berkenaan dengan sengketa menyangkut tuduhan pelanggaran terhadap Konvensi Genosida 1948. Dalam aplikasi tersebut dimasukkan Pasal IX Konvensi Genosida sebagai dasar bagi yurisdiksi Mahkamah.<sup>50</sup>

Dalam memorialnya pada tanggal 15 April 1994, Bosnia-Herzegovina meminta ICJ untuk memutuskan dan mendeklarasikan:

1. *That...Yugoslavia...directly, or through the use of its surrogates, has violated and is violating the (Genocide Convention), by destroying in part, and attempting to destroy in whole, national, ethnic or religious groups within the, but not limited to the territory of the Republic of Bosnia-Hezegovina, including in particular the Muslim population, by*
  - *killing members group;*
  - *causing deliberate bodily or mental harm to members of the group;*
  - *deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;*
  - *imposing measure intended to prevent births within thw group;*
2. *That...Yugoslavia...has violated and is violating the (Genocide Convention) by conspiring to commit genocide, by complicity in genocide, by attempting to commit genocide and by incitement to commit genocide;*
3. *That...Yugoslavia...has violated and is violating the (Genocide Convention) by aiding and abetting individuals and groups engaged in acts of genocide;*
4. *That...Yugoslavia...has violated and is violating the (Genocide Convention) by virtue of having failed to prevent and punish acts of genocide;*
5. *That...Yugoslavia...must immediately cease the above conduct and take immediate and effective steps to ensure full compliance with its obligations under the (Genocide Convention);*
6. *That...Yugoslavia...must wipe out the consequencesof its international wrongful acts and must restore the situation existing before the violations of the (Genocide Convention) were committed;*

<sup>49</sup> Schindler, Dietrich & Jiri Toman, *The Laws of Armed Conflicts*, Sijthoff & Noordhoff, Henry Dunant institute, Jenewa, 1981, h. 172-173.

<sup>50</sup> Jorgensen, *Op.Cit.*,h.. 264.

7. *thus, as a result of the international responsibility incurred for the above violations of the (Genocide Convention) ... Yugoslavia ... is required to pay and ... Bosnia Herzegovina is entitled to received, in its own rights and as parens patriate for its citizens, full compensation for the damage and losses caused. In the ammount to be determined by the Court in a subsequent phase of the proceedings in this case.*

Bosnia Herzegovina mendasarkan argumennya pada Pasal IX Konvensi Genosida, yang mana menurut Bosnia Herzegovina memberikan tanggung jawab negara pada tiga tingkatan:

1. *Pemerintah Bosnia Herzegovina berpendapat bahwa suatu negara dapat dianggap bersalah atas genosida jika negara pejabat atau agen negara tersebut melakukan kejahatan genosida sebagaimana didefinisikan dalam Pasal II Konvensi, atau apabila melakukan salah satu dari tindakan yang disebutkan dalam Pasal III Konvensi.*
2. *Pemerintah Bosnia Herzegovina menekankan bahwa suatu negara dapat dianggap bersalah melakukan pelanggaran berat terhadap kewajiban sebagaimana di atur dalam Pasal I, IV, V dan VI Konvensi apabila negara tersebut gagal untuk mengaktifkan organ-organ dan instrumen-instrumen sistem hukum domestiknya untuk melarang dan mencegah individu-individu dari melakukan tindakan-tindakan genosida;*
3. *Pemerintah Bosnia Herzegovina berpendapat bahwa negara melakukan tindakan salah berdasarkan Pasal I dan IV Konvensi ketika negara tersebut gagal untuk mengadili dan menghukum individu-individu yang melakukan tindakan-tindakan genosida.<sup>51</sup>*

Untuk menentukan apakah Mahkamah memiliki yurisdiksi atas sengketa yang diajukan oleh para pihak, Mahkamah merujuk pada ketentuan Pasal IX Konvensi Genosida. Dalam perintahnya pada tanggal 8 April 1993, Mahkamah menyebutkan bahwa Pasal IX Konvensi merupakan dasar yang sah bagi Mahkamah dalam menetapkan yurisdiksinya.<sup>52</sup> Pasal IX Konvensi berbunyi:

*"Dispute between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the Present Convention, including those relating to the responsibility of a State for Genocide or any of other acts enumerated in Article III, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the Parties to the dispute".*

<sup>51</sup> Jorgensen, *Op.Cit.*, h. 266.

<sup>52</sup> Shaw, *Op.Cit.*, h. 211, Jorgensen, h. 269.

Selain itu, Mahkamah juga menegaskan kembali pandangan sebagaimana disebutkan dalam *Advisory Opinion* dalam *Reservation to the Genocide Convention*, bahwa kejahatan genosida merupakan “*shocks the conscience of mankind, results in great losses to humanity ...and its contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations*”. Untuk itu, Mahkamah meminta kepada kedua pihak untuk tidak mengambil tindakan yang dapat menambah buruk atau memperluas sengketa atas pencegahan atau penghukuman atas kejahatan genosida. Pemerintah Yugoslavia (Serbia dan Montenegro) diminta untuk mengambil semua tindakan dalam kewenangannya untuk mencegah tindakan kejahatan genosida, dan secara khusus meminta untuk menjamin bahwa suatu pasukan militer, paramiliter ataupun unit-unit bersenjata non reguler yang berada di bawah perintah atau dukungannya, sebagaimana halnya suatu organisasi dan orang-orang yang berada dalam kontrolnya, untuk tidak melakukan kejahatan genosida. Dalam *Order* nya pada tanggal 13 September 1993, Mahkamah menyebutkan bahwa langkah-langkah tersebut harus dilaksanakan secepatnya dan secara efektif.<sup>53</sup>

Pada tanggal 11 Juli 1996, Mahkamah menolak keberatan yang diajukan oleh Yugoslavia. Mahkamah menekankan bahwa hal ini didasarkan pada obyek dan tujuan dari Konvensi Genosida bahwa hak dan kewajiban atas suatu negara yang terkandung di dalamnya merupakan kewajiban *erga omnes* dan bahwa kewajiban bagi tiap negara untuk mencegah dan menghukum kejahatan genosida tidak tergantung pada tipe dari konflik yang terjadi, baik konflik internasional maupun konflik non internasional. Selain itu Mahkamah juga menegaskan bahwa kewajiban negara untuk mencegah dan menghukum kejahatan genosida tidak dibatasi secara teritorial oleh Pasal VI Konvensi.<sup>54</sup>

Selain dalam Konvensi Genosida 1948, kewajiban negara untuk menghukum para pelaku pelanggaran berat HAM, termasuk kejahatan terhadap kemanusiaan dapat ditemukan dalam Konvensi Anti Penyiksaan. Di dalam Pasal 4 Konvensi Anti Penyiksaan kewajiban untuk menghukum para pelaku penyiksaan diatur sebagai berikut:

*“(1) Each State Party shall ensure that all acts of torture are offences under its criminal law. The same shall apply to an attempt to commit torture and to an act by any person which constitutes complicity or participation in torture;*

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> *Ibid.*, h. 212.

*(2) Each State Party shall make these offences punishable by appropriate penalties which take into account their grave nature."*

Para pelaku pelanggaran berat HAM harus diberikan hukuman, karena pelanggaran berat HAM seperti genosida, kejahatan kemanusiaan, kejahatan perang merupakan kejahatan internasional.<sup>55</sup>

*"Most, if not all, gross and systematic violation necessitates prosecution of the perpetrators in addition to civil remedies for the victims. Genocide, crimes against humanity, and war crimes are not only human rights violations, they are international crimes."*

Penegasan bahwa tidak boleh terjadi impunitas terhadap para pelaku pelanggaran berat HAM juga dinyatakan dalam bagian Mukadimah Statuta Roma, yaitu:

*"Affirming that the most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished and that their effective prosecution must be ensured by taking measures at that national level and by enhancing international cooperation."*

Pada dasarnya, mekanisme untuk menghukum para pelaku kejahatan kemanusiaan lebih ditekankan pada pengadilan nasional. Berbagai instrumen hukum internasional membebankan kewajiban pada negara-negara untuk melakukan proses hukum berbagai pelanggaran berat HAM dalam undang-undang nasional mereka. Berdasarkan undang-undang nasional-nya tersebut, negara dapat melaksanakan penuntutan dan penghukuman terhadap para pelaku kejahatan.

Mekanisme penyelesaian pelanggaran berat HAM di tingkat nasional, biasanya dibentuk oleh suatu negara dengan cara mendirikan suatu pengadilan khusus HAM. Pengadilan tersebut ada yang bersifat permanen maupun *ad hoc* (sementara) berdasarkan peraturan perundang-undangan nasional negara yang bersangkutan. Pembentukan pengadilan tersebut ada yang dilakukan secara mandiri oleh negara yang bersangkutan maupun bekerja sama dengan lembaga internasional seperti PBB.<sup>56</sup>

Berkaitan dengan pengadilan yang didirikan berdasarkan perjanjian dengan PBB, dewasa ini dikenal pengadilan HAM yang sesungguhnya adalah pengadilan

<sup>55</sup> *Ibid.*, h.. 322.

<sup>56</sup> Andrey Sujatmoko, *Penerapan Prinsip Tanggung Jawab Negara Atas Pelanggaran Berat Hak Asasi Manusia Menurut Hukum Internasional*, Tesis, Universitas Padjajaran, 2004, h. 68.

“campuran” atau “mixed” yang merupakan *internationalized domestic tribunal*. Dikatakan “campuran” karena personil yang mengisi jabatan-jabatan hakim, jaksa, parastera terdiri dari warga negara setempat maupun warga negara asing yang diangkat oleh sekretaris jenderal PBB. Demikian pula halnya menyangkut pendanaan terhadap pengadilan tersebut. Hukum materiil yang diterapkan dalam persidangan pun tidak hanya hukum nasional negara yang bersangkutan, namun juga menggunakan norma-norma dari berbagai instrumen hukum HAM internasional, seperti: Konvensi Genosida, Konvensi Anti Penyiksaan, Konvensi Hak-hak Sipil dan Politik, Konvensi Jenewa, dsb.<sup>57</sup>

Namun demikian, dalam praktiknya banyak negara tidak mau/tidak mampu melakukan penghukuman terhadap para pelaku. Ketidakmauan negara untuk menghukum para pelaku lebih disebabkan karena pelaku biasanya dilakukan oleh orang yang berkuasa atau sedang menduduki jabatan di negara tersebut, misalnya presiden atau perdana menteri. Sedangkan ketidakmampuan lebih disebabkan karena faktor situasi dan kondisi negara yang tidak memungkinkan untuk dilakukannya proses hukum bagi para pelaku, seperti antara lain tidak berfungsinya sistem peradilan, tidak tersedianya dana untuk membiayai proses peradilan, sumber daya manusia, masalah keamanan, dan sebagainya.<sup>58</sup>

Dalam hal negara tidak mau atau tidak mampu untuk melaksanakan peradilan terhadap para pelaku kejahatan, maka penghukuman terhadap para pelaku kejahatan tersebut dapat dilakukan melalui mekanisme internasional. Mekanisme penyelesaian pelanggaran berat HAM di tingkat internasional terdiri dari Mahkamah HAM yang bersifat *ad hoc* dan permanen. Mahkamah HAM internasional *ad hoc* dibentuk berdasarkan suatu Resolusi DK PBB atas dasar adanya ancaman atas keamanan dan perdamaian dunia. Ketidakmauan dan ketidakmampuan negara yang diduga melakukan pelanggaran berat HAM untuk menyelesaikan masalah pelanggaran tersebut di tingkat nasional juga dapat mendasari dibentuknya Mahkamah HAM internasional *ad hoc*.<sup>59</sup> Secara teoretis, berdasarkan prinsip saling melengkapi (*complementary principle*) Mahkamah *Ad Hoc* Internasional akan melaksanakan tanggung jawab utama untuk mengadakan penuntutan terhadap tindakan-tindakan kejahatan hanya dalam kasus di mana peradilan-peradilan nasional gagal untuk melakukan penuntutan.<sup>60</sup> Mekanisme

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> *Ibid.*, h. 75.

<sup>59</sup> *Ibid.*, h. 71.

<sup>60</sup> Tony Pfanner, *The Establishment of A Permanent International Criminal Court*, dalam *International Review of The Red Cross*, Nomor 324, 1998, h. 25.

penegakan hukum atas para pelaku kejahatan kemanusiaan melalui Mahkamah permanen dilakukan oleh Mahkamah Pidana Internasional (*International Criminal Law*). Statuta Mahkamah tersebut disetujui dalam Konferensi Diplomatik PBB di Roma, Italia pada tanggal 17 Juli 1998 dan baru mulai berlaku sejak tanggal 1 Juli 2002.

Prinsip yang menjadi dasar dari Statuta Roma ini adalah bahwa ICC merupakan pelengkap bagi yurisdiksi pidana nasional (Pasal 1 Statuta Roma). Ini berarti bahwa Mahkamah harus mendahulukan sistem nasional yang ada benar-benar tidak mampu (*unable*) dan tidak bersedia (*unwilling*) untuk melakukan penyelidikan atau menuntut tindak kejahatan yang terjadi, maka akan diambil alih menjadi di bawah yurisdiksi Mahkamah (Pasal 17). Meskipun Mahkamah mempunyai standar tersendiri untuk menilai sebuah peradilan nasional, statuta yang ada juga memungkinkan tertuduh atau negara bersangkutan untuk menentang campur tangan Mahkamah (Pasal 18 dan 19). Prinsip komplementaris menggarisbawahi bahwa Mahkamah tidak dimaksudkan untuk menggantikan sistem peradilan yang masih berfungsi, melainkan untuk menyediakan sebuah alternatif untuk mencegah *impunity* yang disebabkan karena sistem peradilan yang independen dan efektif tidak tersedia.<sup>61</sup>

Prinsip komplementaris merupakan prinsip baru dalam hukum internasional publik bahkan merupakan bahan sejarah baru dalam perkembangan hukum internasional. Lahirnya prinsip komplementaris memiliki arti yang sangat penting dalam perkembangan hukum internasional karena komunitas internasional telah menemukan cara yang tepat di dalam menghadapi masalah kejahatan internasional yang sangat mengguncangkan peradaban masyarakat internasional. Cara yang tepat dimaksud ialah bahwa telah dihasilkan suatu cara yang dianggap tepat guna dan efisien dimana keterlibatan masyarakat internasional di dalam kejahatan serius yang terjadi di suatu negara tidak mengurangi kedaulatan negara yang bersangkutan. Bahkan akan memperkuat kedaulatan dan kewibawaan negara tersebut.<sup>62</sup>

Prinsip komplementaris memegang peranan yang sangat strategis dalam menjembatani kepentingan nasional (kedaulatan negara) dan kepentingan kerjasama internasional dalam pemberantasan kejahatan internasional. Di

<sup>61</sup> Jerry Fowler, *Kata Pengantar Statuta Roma Tentang Mahkamah Pidana Internasional: Keadilan Bagi Generasi Mendatang*, dalam Statuta Roma, ELSAM, 2000, h. XI.

<sup>62</sup> Maasba Magassing, *Yurisdiksi Mahkamah Pidana Internasional Menurut Statuta Roma dalam Hubungannya dengan Yurisdiksi Peradilan Nasional*, Tesis, Universitas Padjajaran, 2004, h. 90.

dalam proses pembahasan Statuta Roma, prinsip komplementaris diterima seluruh peserta konvensi dan diakui sebagai salah satu jalan keluar terbaik dan sangat bijaksana untuk mengatasi kebuntuan pendapat antara negara peserta yang mempertahankan sepenuhnya kedaulatan negara dan mengenyampingkan intervensi lembaga internasional ke dalam urusan dalam negeri dan peserta yang berkehendak mengenyampingkan kedaulatan negara yang bersifat absolut.<sup>63</sup>

Adapun yang menjadi dasar untuk menentukan suatu negara tidak bersedia (*unwilling*) dalam mengadili suatu kejahatan terhadap kemanusiaan, adalah apabila:

- (1) langkah-langkah hukum sudah atau sedang dilakukan atau keputusan nasional diambil untuk tujuan melindungi orang yang bersangkutan dari tanggung jawab pidana atas kejahatan yang berada di bawah yurisdiksi Mahkamah sebagaimana tercantum dalam Pasal 5;
- (2) ada suatu penangguhan yang tidak dapat dibenarkan dalam langkah-langkah hukum yang dalam keadaan itu tidak sesuai dengan maksud untuk membawa orang yang bersangkutan ke depan pengadilan;
- (3) langkah-langkah hukum dulu atau sekarang tidak dilakukan secara mandiri atau tidak memihak, dan langkah-langkah tersebut dilakukan dengan cara di mana, dalam hal itu, tidak sesuai dengan maksud untuk membawa orang yang bersangkutan ke depan pengadilan.

Sedangkan untuk menentukan ketidakmampuan (*inability*) dalam suatu kasus tertentu apabila disebabkan oleh ketidakberdayaan secara menyeluruh atau sebagian dari sistem pengadilan nasionalnya, negara tersebut tidak mampu menghasilkan atau membawa tertuduh atau bukti dan kesaksian yang perlu atau sebaliknya tidak dapat melaksanakan langkah-langkah hukumnya.

Sebagaimana telah disebutkan sebelumnya, apabila suatu negara tidak mampu atau tidak mau melaksanakan penghukuman terhadap para pelaku kejahatan kemanusiaan melalui mekanisme hukum nasionalnya, maka upaya penegakan hukum dapat dilakukan melalui mekanisme internasional. Salah satu contoh penerapan tanggung jawab negara untuk mengadili pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan melalui mekanisme internasional, khususnya melalui pengadilan *ad hoc* adalah *International Criminal Tribunal For Former Yugoslavia* atau yang disebut juga dengan Mahkamah *Ad Hoc* Den Haag. Keputusan untuk membentuk mahkamah tersebut diambil karena dipengaruhi oleh tekanan politik dan moral

<sup>63</sup> *Ibid.*, h. 91-92.

dari berbagai negara agar berbuat sesuatu menyangkut Yugoslavia. Tekanan untuk membentuk mahkamah didasari oleh fakta bahwa Yugoslavia dan entitas bukan negara tidak dapat dipercaya untuk mengadili para kriminal, dan memang dalam beberapa kasus justru dipimpin oleh para kriminal.<sup>64</sup>

Kewajiban negara untuk melakukan kerjasama dalam upaya penegakan hukum terhadap para pelaku kejahatan kemanusiaan juga diatur dalam Statuta Roma. Dalam Pasal 86 Statuta Roma disebutkan bahwa negara-negara akan bekerjasama secara penuh dengan Mahkamah untuk melakukan penyelidikan dan penuntutan terhadap kejahatan dalam yurisdiksi Mahkamah. Berdasarkan Pasal 87 ayat (5), Mahkamah dapat meminta kepada negara-negara yang bukan peserta Statuta untuk memberikan bantuan berdasarkan persetujuan *ad hoc* atau tiap persetujuan lainnya. Menurut ketentuan Pasal 89, apabila pelaku ditemukan di dalam wilayah suatu negara, maka negara tersebut diwajibkan untuk menahan dan menyerahkan untuk kemudian mentransfer pelaku pelanggaran HAM tersebut ke hadapan Mahkamah dalam rangka proses peradilan. Dengan demikian, tanggung jawab negara berdasarkan Statuta Mahkamah *Ad Hoc* dan Mahkamah Pidana Internasional pada dasarnya adalah tanggung jawab untuk bekerjasama secara penuh dalam membantu Mahkamah untuk melaksanakan kewenangannya.

Berkaitan dengan upaya penegakan hukum terhadap para pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan adalah, negara mana sajakah yang memiliki tanggung jawab untuk melaksanakan upaya penegakan hukum tersebut. Pada awalnya dalam praktek internasional pada umumnya, diterima prinsip bahwa “hanya pihak yang memiliki hak atas kewajiban internasional yang dapat mengajukan klaim atas pelanggaran kewajiban tersebut”. Dengan kata lain, negara tidak memiliki hak secara umum atas pentaatan kewajiban internasional secara absolut. Hal ini sebagaimana disebutkan dalam *Advisory opinion* pada kasus *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the UN*.<sup>65</sup> Namun demikian dalam perkembangannya, prinsip ini mulai berubah.

Pada kasus *Barcelona Traction, 1970*, ICJ mengumumkan, dengan merujuk pada kewajiban negara atas perlakuan terhadap orang asing di dalam wilayahnya:

*These obligations...are neither absolute nor unqualified. In particular an essential distinction should be drawn between the obligations of a state towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis*

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> Jorgensen, *Op.Cit.*, h.. 93.

*another state in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all state. In view of the importance of the rights involved. All states can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes.*

Dalam putusannya tersebut, ICJ telah membedakan antara dua jenis kewajiban negara, yaitu kewajiban antar negara dan kewajiban negara sebagai suatu komunitas secara keseluruhan. Kewajiban negara sebagai suatu komunitas secara keseluruhan merupakan persoalan semua negara. Semua negara mempunyai kepentingan hukum dalam perlindungan kewajiban tersebut. Kewajiban ini merupakan kewajiban *erga omnes*.<sup>66</sup>

Berkaitan dengan kewajiban *erga omnes*, ILC menyebutkan bahwa:

*The responsibility engaged by the breach of these obligations is engaged not only in regard to the state which was the direct victim of the breach: it is also engaged in regard to all the other members of the international community, so that, in the event of a breach of these obligations every states must be considered justified in invoking – probably through judicial cahnnels – the responsibility of the state committing the internationally wrongful act.*

Berdasarkan pendapat ILC tersebut maka tanggung jawab akibat pelanggaran atas kewajiban *erga omnes* tidak hanya merupakan tanggung jawab dari negara yang menjadi korban langsung akibat pelanggaran tersebut, melainkan juga merupakan tanggung jawab semua anggota komunitas internasional. Oleh karena itu, dalam hal pelanggaran terhadap kewajiban *erga omnes*, maka setiap negara harus dianggap dengan sah dapat meminta (melalui saluran hukum), pertanggungjawaban dari negara yang melakukan tindakan salah. Kewajiban *erga omnes* akan timbul manakala kewajiban tersebut diakui oleh komunitas internasional secara keseluruhan. Dalam diskusinya mengenai Pasal 19 Draft Mengenai Tanggung Jawab Negara, ILC menjelaskan istilah “diakui oleh komunitas internasional secara keseluruhan” adalah:<sup>67</sup>

*“certainly does not mean the requirement of unanimous recognition by all the members of that community, which would give each state an inconceivable right of veto. What it is intended to ensure is that a given internationally wrongfull act shall be recognized “as an intertional crime”,*

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> Jogersen, Nina, H.B., *Op.cit.*, h.. 101.

*not only by some particular group of states, even if it constitute a majority, but by all the essential components of the international community”.*

Berdasarkan penjelasan ILC tersebut, istilah “diakui oleh komunitas internasional secara keseluruhan” tidaklah berarti bahwa harus diakui oleh semua anggota komunitas secara bulat. Hal yang ditekankan untuk dijamin adalah bahwa tindakan salah secara internasional harus diakui sebagai suatu kejahatan internasional, tidak hanya oleh beberapa kelompok negara tertentu, sekalipun merupakan mayoritas, tetapi oleh semua komponen penting dalam komunitas internasional.

Sesuai dengan penjelasan ILC, maka kewajiban *erga omnes* akan berkaitan dengan suatu tindakan salah secara internasional yang telah diakui sebagai kejahatan internasional oleh komunitas internasional. Untuk menentukan apakah suatu perbuatan merupakan kejahatan internasional atau tindak pidana internasional dapat dilihat dari ciri pokoknya. Ciri pokok dimaksud ialah tindakan tersebut harus mengandung unsur-unsur *transnasional* dan/atau *internasional*, serta harus diukur apakah mengandung unsur *necessity* atau *necessity element*.<sup>68</sup> Berdasarkan kriteria tersebut, Bassiouni memasukkan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu jenis kejahatan atau tindak pidana internasional karena memenuhi memenuhi unsur transnasional dan unsur internasional (menggoyahkan perasaan kemanusiaan).<sup>69</sup> Kejahatan terhadap kemanusiaan juga telah dimasukkan sebagai salah satu jenis kejahatan internasional dalam 143 konvensi internasional sejak tahun 1812-1979.<sup>70</sup>

Dengan demikian, maka tanggung jawab atas penegakan hukum terhadap para pelaku kejahatan kemanusiaan bukan semata-mata tanggung jawab dari negara yang terkait secara langsung atas kejahatan tersebut, yakni negara dimana kejahatan tersebut terjadi, atau negara dimana pelaku ataupun korban dari tindakan kejahatan terhadap kemanusiaan tersebut merupakan warga negaranya. Setiap negara, sekalipun tidak terkait secara langsung dengan suatu tindakan kejahatan terhadap kemanusiaan memiliki tanggung jawab untuk mengadili dan menghukum pelaku kejahatan tersebut.

<sup>68</sup> Romli Atmasasmita, *Pengantar Hukum Pidana Internasional*, Bandung: Refika Aditama, 2000, h.. 46.

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> *Ibid.*, h.. 42.

## KESIMPULAN

Peristiwa pelanggaran HAM yang terjadi di Rohingya telah menggugah rasa kemanusiaan banyak pihak. Tidak diakuinya etnis Rohingya ke dalam bagian daftar etnis yang berada di negeri Myanmar tersebut, merupakan upaya peniadaan terhadap HAM warga negara yang telah tinggal beberapa generasi di bagian wilayah negara tersebut. Tindakan itu bahkan ditindaklanjuti dengan tidak diberikannya status kewarganegaraan bagi etnis Rohingya. Bahkan, upaya penghapusan identitas dengan tidak mengakui nama 'Rohingya', oleh pemerintahan Myanmar, dapat dikategorikan sebagai suatu upaya yang sistematis untuk menghilangkan identitas etnis tertentu. Tindakan yang lebih mencemaskan adalah, adanya dugaan konfrontasi fisik berupa operasi militer yang diduga menewaskan ratusan masyarakat sipil tak berdosa. Tindakan konfrontasi fisik yang terjadi, telah menjadi pemicu terjadinya gelombang pengungsi etnis Rohingya ke beberapa negara.

Sebagai bagian dari warga bangsa-bangsa, Myanmar sebagai sebuah negara tentu memiliki kewajiban internasional yang harus dipenuhi. Ia tidak dapat menafikan hukum Internasional yang telah diakui, diadopsi, dan dipraktikkan di berbagai negara. Sebagai sebuah negara berdaulat, Myanmar memang memiliki hak untuk menyelesaikan persoalan dalam negerinya sendiri melalui mekanisme hukum yang dimiliki. Namun, guna menjaga objektivitas terhadap penyelesaian yang dilakukan secara mandiri oleh Myanmar, akses informasi dan adanya lembaga pemantau dari lembaga internasional wajib untuk diadakan. Pada sisi lain, jika mekanisme hukum nasional dianggap tidak cukup memadai untuk memberikan perlindungan hukum terhadap korban, dan memberikan sanksi kepada pelaku pelanggaran HAM, maka mekanisme hukum internasional dapat diberlakukan kepada Myanmar.

## DAFTAR PUSTAKA

### Buku

- Allen L. Springer, 1983, *The International Law of Pollution*, London: Quorum Book.
- Andrey Sujatmoko, 2004, *Penerapan Prinsip Tanggung Jawab Negara Atas Pelanggaran Berat Hak Asasi Manusia Menurut Hukum Internasional*, Tesis, Universitas Padjajaran.

- Bryan A. Garner, 1999, *Black's Law, Law Dictionary*, Seventh Edition, West Group, St. Paul, Minn.
- Buergetal Thomas, 1995, *International Human Right*, St. Paul, Minn: West Publishing. Co.
- Dietrich Schindler and Jiri Toman, 1981, *The Laws of Armed Conflicts*, Jenewa: Sijthoff & Noordhoff, Henry Dunant institute.
- Dinah Shelton, 1999, *Remedies in International Human Right Law*, New York: Oxford University Press.
- D.J. Harris, 1998, *Cases And Materials On International Law*, Fifth Edition, Sweet & Maxwell, London.
- D.J. Harris, 1998, *Cases and Materials on International Law*, Fifth Edition, London: Sweet and Maxwell.
- F. Sugeng Istanto, 1994, *Hukum Internasional*, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta.
- Geoffrey Robetson Q.C., 2002, *Kejahatan terhadap Kemanusiaan, Perjuangan untuk Mewujudkan Keadilan Global*, Jakarta: Komnas HAM.
- Higgins Rosalyn, 1994, *Problems and Proces: International Law and How We Use It*, Oxford: Clarendon Press.
- Huala Adolf, 1990, *Aspek-Aspek Negara Dalam Hukum Internasional*, Jakarta: Rajagrafindo Persada.
- Ian Brownlie, 1997, *Principles of Public International Law, Third Edition*, Clarendon Press Oxford, New York.
- Ida Bagus Wyasa Putra, 2001, *TanggungJawab Negara terhadap Dampak Komersialisasi Ruang Angkasa*, Bandung: Refika Aditama.
- Jerry Fowler, 2000, *Kata Pengantar Statuta Roma tentang Mahkamah Pidana Internasional: Keadilan Bagi Generasi Mendatang*, dalam Statuta Roma, ELSAM.
- J.G. Starke, 1977, *Introduction to International Law*, London: Eighth Edition, Butter Worth & Co. (Publishers) LTD.
- Malcolm N. Shaw, 1997, *International Law*, Cambridge University press, *fourth edition*.

Marjorie M, A Whiteman, 1986, *Digest of International Law*, Volume 11, Department of State Publication, Washington.

M. DaudSilalahi, 2001, *Hukum Lingkungan dalam Sistem Penegakan Hukum Lingkungan Indonesia*, Bandung: Alumni.

Mochtar Kusumaatmadja, 1999, *Pendidik dan Negarawan*, Bandung: Alumni.

Maasba Magassing, 2004, *Yurisdiksi Mahkamah Pidana Internasional Menurut Statuta Roma dalam Hubungannya dengan Yurisdiksi Peradilan Nasional*, Tesis, Universitas Padjajaran.

Nina HB Jorgensen, 2000, *The Responsibility of State for International Crimes*, Oxford University Press.

Romli Atmasasmita, 2000, *Pengantar Hukum Pidana Internasional*, Bandung, Refika Aditama.

### **Internet**

<http://www.republika.co.id/berita/internasional/global/16/11/19/ogucyp415-ini-gambaran-pembantaian-militer-myanmar-terhadap-muslim-rohingya>.  
diunduh 28 Juli 2017.

<https://act.id/rohingya> diunduh 4 Agustus 2017.

<http://www.bbc.com/indonesia/trensosial-38074272> diunduh 10 Agustus 2017.

<https://www.cnnindonesia.com/internasional/20160622171132-106-140164/aung-san-suu-kyi-haramkan-kata-rohingya-saat-bertemu-pbb/> diunduh 15 Agustus 2017.

<http://www.amnesty.org/en/library/asset/ASA16/005/2004/en/dom-ASA160052004en.pdf>. diunduh 18 Agustus 2017

# **Pengawasan terhadap Kebijakan Pemerintah Melalui Mekanisme *Citizen Lawsuit***

## ***Supervision of Government Policy Through the mechanism of Citizen Lawsuit***

**Cholidin Nasir**

Program Doktorat Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Diponegoro  
Jl. Imam Bardjo, S.H. No. 1 Semarang  
Email: joe9dnr@yahoo.co.uk

Naskah diterima: 17/03/2017 revisi: 06/10/2017 disetujui: 29/11/2017

### **Abstrak**

Salah satu unsur terpenting negara hukum menurut Sri Soemantri adalah pengawasan dari badan-badan peradilan. Salah satu bentuk pengawasan adalah *judicial review* yang dilakukan oleh Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi. Namun, tidak semua tindakan pemerintah berdasarkan peraturan perundang-undangan yang telah ada. Beberapa tindakan atau kebijakan pemerintah justru lahir lebih dahulu sebelum adanya peraturan perundang-undangan yang mengatur dan bahkan beberapa peraturan perundang-undangan dibentuk untuk melahirkan kebijakan pemerintah yang justru merugikan warga negara. Terkadang sengketa hukum terjadi bermula dari kebijakan yang dikeluarkan oleh pemerintah, yang seharusnya mempertimbangkan kepentingan umum atau kepentingan orang banyak (publik) dan bukan hanya kepentingan orang per orang saja, namun kenyataannya banyak terjadi suatu kebijakan merugikan kepentingan umum, sehingga acapkali kepentingan umum diabaikan yang pada akhirnya kepentingan umum tidak lagi menjadi prioritas utama. Hal inilah yang menjadi penyebab pelanggaran hukum yang dilakukan oleh penguasa. Terjadinya pelanggaran hukum inilah yang menimbulkan daya dorong bagi masyarakat untuk ikut berperan serta dalam upaya menyelesaikan sengketa guna menegakkan hukum. Dalam tulisan ini penulis hanya akan membahas penyelesaian melalui badan peradilan sebagai salah satu syarat dari negara hukum (*rechtsstaat*) yaitu *judicial control*. Badan peradilan

merupakan suatu badan yang memegang peranan penting dalam penyelesaian sengketa. Salah satu gugatan kelompok yang dilakukan oleh para pencari keadilan adalah gugatan citizen lawsuit;

**Kata Kunci** : Citizen Lawsuit, Pengawasan, Kebijakan Pemerintah.

### **Abstract**

*One of the most important elements of state law by Sri Soemantri is the supervision of the judicial authorities. One form of oversight is judicial review conducted by the Supreme Court and the Constitutional Court. However, not all government action based on legislation that has been there. Some activities or government policies born before the legislation that governs and even some legislation established to give birth to government policies that harm the citizens. Sometimes a legal dispute occurs stems from policies issued by the government, which should take into consideration the public interest or the interests of many (public) and not just the interests of individuals. There were many cases of a policy detrimental to the public interest so that often the public interest is ignored that the ultimately the public interest is no longer a top priority. This is the cause of the violation committed by the authorities. Violations of the laws are what caused the impetus for the public to participate in efforts to resolve the dispute to enforce the law. In this paper, the authors will only discuss a settlement through the judiciary as one of the requirements of state law (rechtstaat) is judicial control. The judiciary is a body that plays important role in the settlement of disputes. One of a class action carried out by those seeking justice is a citizen lawsuit.*

**Keywords** : Citizen Lawsuit, Supervision, Government Policy.

## **PENDAHULUAN**

### **A. Latar Belakang**

Ciri-ciri negara hukum menunjukkan bahwa negara mengakui dan menjamin hak-hak asasi dari setiap warga negara. Pengakuan serta jaminan tersebut kemudian dituangkan dalam bentuk aturan tertulis. Aturan tertulis tersebut ditujukan untuk melindungi warga negara dari tindakan sewenang-wenang penyelenggara negara dalam hal ini adalah pemerintah. Pembagian kekuasaan pun dilakukan agar tidak terjadi penumpukan kekuasaan pada satu tangan saja yang kemudian akan menimbulkan tindakan sewenang-wenang atau berlebihan dan kemudian cenderung kepada tindakan pengekangan terhadap hak-hak asasi warga negara oleh penguasa.

Melalui konsep negara hukum dapat diketahui bahwa perlunya suatu negara diatur oleh sebuah konstitusi yang menjamin kemerdekaan bagi warga negaranya, dan memberikan perlindungan dari kesewenang-wenangan. Karena itu, agar hukum dipatuhi oleh masyarakat maka hukum yang dibuat haruslah benar dan ditegakkan secara benar. Konstitusi menjadi norma dasar yang melindungi hak-hak asasi warga negara, norma dasar tersebut kemudian menjadi dasar bagi pemerintah dalam membentuk kebijakan pemerintah lainnya. Adakalanya, kebijakan pemerintah tersebut bertentangan dengan norma dasar sehingga merugikan hak-hak asasi warga negara. Disinilah kemudian diperlukan adanya kontrol atau pengawasan dari warga masyarakat agar hukum yang dibuat dan ditegakkan oleh penyelenggara negara dalam hal ini pemerintah tidak menimbulkan tindakan sewenang-wenang atau bahkan merugikan warga negara.

Negara dapat diibaratkan sebagai sebuah organisasi besar. Dalam sebuah organisasi, sistem pengawasan memegang peranan penting untuk memastikan bahwa segala sesuatunya berjalan sesuai dengan mandat, visi, misi, tujuan serta target-target organisasi. Dari sisi akuntabilitas, sistem pengawasan akan memastikan dan memberikan informasi tentang dampak dari suatu kebijakan yang dibuat oleh organisasi tersebut. Negara, selayaknya sebagai sebuah organisasi juga membutuhkan pengawasan terhadap kebijakan-kebijakan yang dibuat oleh organ penyelenggara negara. Seringkali kebijakan pemerintah baik yang tertuang dalam kebijakan pemerintah pusat maupun daerah bahkan kebijakan yang berupa peraturan perundang-undangan merugikan warga negara baik secara langsung maupun tidak langsung.

Tidak jarang terjadi tindakan sewenang-wenang dari negara kepada warga negaranya. Kebijakan-kebijakan negara yang tertuang dalam suatu produk hukum terkadang justru mengambil hak-hak asasi warga negaranya yang seharusnya dilindungi yang kemudian menyebabkan terjadinya ketidakadilan.

Menurut Aristoteles, keadilan menjadi penekanan dalam negara hukum karena merupakan syarat bagi tercapainya kebahagiaan warga negara. Bagi Aristoteles, peraturan yang sebenarnya adalah peraturan yang mencerminkan keadilan bagi pergaulan antar warga negara. Oleh karena itu, dalam pandangan Aristoteles yang memerintah dalam negara sesungguhnya bukanlah manusia melainkan pikiran yang adil yang tertuang dalam peraturan hukum, sedangkan penguasa hanyalah memegang hukum dan keseimbangan saja.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Moh. Kusnardi & Bintan R Saragih, *Ilmu Negara*, Jakarta: Gaya Media Pratama, 2008, h. 131.

Salah satu asas yang penting dari negara hukum kemudian adalah asas legalitas. Asas legalitas menghendaki agar setiap tindakan badan/pejabat administrasi berdasarkan undang-undang. Tanpa dasar undang-undang, badan/pejabat administrasi negara tidak berwenang melakukan suatu tindakan yang dapat merubah atau mempengaruhi keadaan hukum di masyarakat. Asas legalitas ini menuntut agar setiap penyelenggaraan kenegaraan dan pemerintahan harus didasarkan pada undang-undang serta adanya jaminan hak-hak dasar warga negara yang tertuang dalam undang-undang.<sup>2</sup>

Sumber asas legalitas dapat diperoleh melalui legislator, baik ditingkat pusat maupun ditingkat daerah. Dalam hal ini, dapat diperoleh melalui lembaga legislatif berupa undang-undang di tingkat pusat, dan juga peraturan perundang-undangan lainnya. Berdasarkan asas legalitas tersebut, maka setiap tindakan pemerintah haruslah berdasarkan aturan hukum yang berlaku. Namun, walaupun pemerintah sebagai penyelenggara negara telah membuat aturan hukum sebagai dasar bagi setiap tindakan atau kebijakan yang dibuat, tetap saja memungkinkan adanya tindakan sewenang-wenang dari penyelenggara tersebut.

Sri Soemantri mengemukakan unsur-unsur terpenting negara hukum yaitu:<sup>3</sup>

1. Pemerintah dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya harus berdasarkan atas hukum atau perundang-undangan.
2. Adanya jaminan terhadap hak asasi manusia (warga negara).
3. Adanya pembagian kekuasaan.
4. Adanya pengawasan dari badan-badan peradilan (*rechterlijke controle*).

Salah satu unsur terpenting negara hukum menurut Sri Soemantri adalah pengawasan dari badan-badan peradilan. Hukum sebagai sumber legalitas yang dibuat oleh manusia memiliki kekurangan bahkan dapat menimbulkan tindakan sewenang-wenang pemerintah kepada warga negaranya. Karena sumber legalitas tersebut kemudian menjadi landasan bagi pemerintah dalam melakukan perbuatannya, dan untuk mengurangi terjadinya tindakan sewenang-wenang dari pemerintah terhadap hak-hak warga negaranya tentunya harus ada pengawasan secara aktif dari warga negara. Salah satu bentuk pengawasan adalah *judicial review* yang dilakukan oleh Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi.

Namun, tidak semua tindakan pemerintah berdasarkan peraturan perundang-undangan yang telah ada. Beberapa tindakan atau kebijakan pemerintah justru

<sup>2</sup> Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara*, Yogyakarta: Ull Press, 2002, h. 68-69.

<sup>3</sup> Sri Soemantri M, *Bunga Rampai Hukum Tata Negara Indonesia*, Bandung: Alumni, 1992, h. 151.

lahir lebih dahulu sebelum adanya peraturan perundang-undangan yang mengatur dan bahkan beberapa peraturan perundang-undangan dibentuk untuk melahirkan kebijakan pemerintah yang justru merugikan warga negara.

Terkadang sengketa hukum terjadi bermula dari kebijakan yang dikeluarkan oleh pemerintah, yang seharusnya mempertimbangkan kepentingan umum atau kepentingan orang banyak (publik) dan bukan hanya kepentingan orang per orang saja, namun kenyataannya banyak terjadi suatu kebijakan merugikan kepentingan umum, sehingga acapkali kepentingan umum diabaikan yang pada akhirnya kepentingan umum tidak lagi menjadi prioritas utama. Hal inilah yang menjadi penyebab pelanggaran hukum yang dilakukan oleh penguasa. Terjadinya pelanggaran hukum inilah yang menimbulkan daya dorong bagi masyarakat untuk ikut berperan serta dalam upaya menyelesaikan sengketa guna menegakkan hukum.

Dengan demikian, untuk melindungi hak-hak masyarakat yang diatur oleh hukum ada berbagai macam cara untuk penyelesaian sengketa, yaitu dapat melalui jalur litigasi maupun non litigasi (di luar pengadilan). Penyelesaian sengketa di luar pengadilan biasa ditempuh dengan cara ADR (*alternative dispute resolution*), yaitu antara lain, negosiasi, mediasi, arbitrase maupun konsiliasi. Dalam tulisan ini penulis hanya akan membahas penyelesaian melalui badan peradilan sebagai salah satu syarat dari negara hukum (*rechtstaat*) yaitu *judicial control*. Badan peradilan merupakan suatu badan yang memegang peranan penting dalam penyelesaian sengketa. Apalagi mengingat fungsi pengadilan itu sendiri adalah menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.

Bentuk pengajuan gugatan tersebut ada yang dilakukan secara individu, ada yang dilakukan secara perwakilan/ kelompok. Gugatan yang dilakukan secara perwakilan/kelompok dikenal dalam berbagai bentuk, yaitu *class action*, *action popularis*, *citizen lawsuit*, *groepacties*, dan *NGO'S standing*.

Pengaturan pengajuan gugatan perdata ini prosedur dan ketentuannya telah diatur dalam HIR (*Het Herziene Indonesisch Reglement*) untuk Jawa dan Madura dan Rbg (*Rechtsreglement Buitengewesten*) untuk luar Jawa dan Madura. Khusus untuk gugatan yang dilakukan secara kelompok/perwakilan, selain mengacu pada HIR juga ada peraturan yang mengatur mengenai hal tersebut, yakni: Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2002 tentang Acara Gugatan Perwakilan Kelompok. Adapun salah satu gugatan kelompok yang dilakukan oleh para pencari keadilan adalah gugatan *citizen lawsuit*.

## B. Perumusan Masalah

Berdasarkan pemaparan latar belakang di atas, dapat dirumuskan permasalahan sebagai berikut:

1. Apakah kebijakan pemerintah sebagai penyelenggara negara dapat diawasi atau dikontrol oleh warga negaranya?
2. Bagaimana mekanisme pengawasan terhadap kebijakan pemerintah tersebut selain melalui mekanisme *judicial review*?

## PEMBAHASAN

### A. Pengawasan Kebijakan Pemerintah oleh Masyarakat

Konsep negara hukum menurut Aristoteles adalah negara yang berdiri di atas hukum yang menjamin keadilan kepada warga negaranya. Keadilan merupakan syarat bagi tercapainya kebahagiaan hidup untuk warga negaranya, dan sebagai dasar dari pada keadilan itu perlu diajarkan rasa susila kepada setiap manusia agar ia menjadi warga negara yang baik. Bagi Aristoteles yang memerintah dalam negara bukanlah manusia sebenarnya, melainkan fikiran yang adil, sedangkan penguasa sebenarnya hanya pemegang hukum dan keseimbangan saja.<sup>4</sup>

Gagasan Plato tentang negara hukum semakin tegas ketika didukung oleh muridnya, Aristoteles, yang menuliskannya dalam buku *Politica*. Menurut Plato, penyelenggaraan pemerintahan yang baik ialah yang diatur oleh hukum. Hal tersebut sejalan dengan pendapat aristoteles yang merupakan murid dari plato yang berpendapat bahwa suatu negara yang baik adalah negara yang diperintah dengan konstitusi dan berkedaulatan hukum.

Plato menegaskan betapa pentingnya keharusan pemerintah tunduk pada hukum. Dalam gagasannya, menurut Plato hukum yang adil dapat tercipta dengan sendirinya dari penguasa. Hal yang berbeda dikemukakan oleh Aristoteles, bahwa setiap warga negara ikut aktif dalam proses pembentukan hukum yang akan menentukan keadilan itu.<sup>5</sup>

Lebih lanjut, menurut Aristoteles, suatu negara yang baik adalah negara yang diperintah dengan konstitusi dan berkedaulatan hukum. Ia menyatakan bahwa:<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, Jakarta: PSHTN FH UI dan Sinar Bakti, 1988, h. 153.

<sup>5</sup> I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint), Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-Hak Konstitusional Warga Negara*, Jakarta: Sinar Grafika, 2013, h. 48. dalam buku Karl Proper, *the Open societies and Its Enemies*.

<sup>6</sup> George Sabine, *A History of Political Theory*, George G. Harahap & Co.Ltd: London, 1995, h. 92, juga Dahlan Thaib, *Kedaulatan Rakyat, Negara Hukum dan Hak-Hak Asasi Manusia, Kumpulan Tulisan dalam Rangka 70 Tahun Sri Soemantri Martosoewignjo*, Jakarta: Media Pratama, 1995, h. 22.

*“Constitutional rule in a state is closely connected, also with the requestion whether is better to be rulled by the best men or the best law, since a government in accordinance with law, accordingly the supremacy of law is accepted by aristoteles as mark of good state and not merely as an unfortune necessity.”*

Menurut Aristoteles, ada tiga unsur pemerintahan berkonstitusi. *Pertama*, pemerintah dilaksanakan untuk kepentingan umum. *Kedua*, pemerintahan dilaksanakan menurut hukum yang berdasarkan ketentuan-ketentuan umum dan bukan hukum yang dibuat secara sewenang-wenang. *Ketiga*, pemerintahan dilaksanakan atas kehendak rakyat.<sup>7</sup> Pemikiran ini merupakan cita negara hukum, dimana ketiga unsur tersebut ditemukan dalam negara yang mengidentifikasi dirinya sebagai negara hukum.

Negara hukum dalam kepustakaan Indonesia merupakan terjemahan langsung dari *rechtsstaat*.<sup>8</sup> *Rechtsstaat* merupakan istilah yang dikenal di negara-negara eropa kontinental. Istilah *rechtsstaat* adalah istilah dari bahasa Belanda yang memiliki pengertian yang sama dengan istilah *rule of law* di negara-negara yang berlaku sistem anglo saxon.<sup>9</sup> Walaupun kedua istilah tersebut memiliki pengertian yang sama, namun berdasarkan latar belakang dan sistem hukum yang menopangnya tetap saja ada perbedaan antara konsep *rechtsstaat* dan *rule of law*. Namun, kedua konsep tersebut sama-sama mengakui adanya supremasi hukum yang tujuannya untuk melindungi warga negara terhadap tindakan pemerintah yang sewenang-wenang serta melindungi warga negara untuk menikmati hak-hak sipil dan politiknya sebagai manusia.

Menurut F.J. Stahl, negara hukum memiliki beberapa unsur utama, yaitu :

1. Adanya jaminan terhadap hak-hak asasi.
2. Adanya pemisahan kekuasaan dalam penyelenggaraan negara.
3. Pemerintahan didasarkan pada undang-undang.
4. Adanya peradilan administrasi.

Dari pendapat Stahl di atas, negara hukum bertujuan untuk melindungi hak-hak asasi warga negaranya dengan cara membatasi kekuasaan negara dengan undang-undang. Sehingga hak asasi warga negara dapat terlindungi secara formal.

Lebih lanjut, Sri Soemantri mengemukakan unsur-unsur terpenting negara hukum yaitu:<sup>10</sup>

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

<sup>8</sup> Abu Daud Busroh, *Ilmu Negara*, Jakarta: Bumi Aksara, 1990, h. 53-55.

<sup>9</sup> Munir Fuady, *Teori Negara Hukum Modern (Rechtsstaat)*, Jakarta: Refika Aditama, 2009, h. 2.

<sup>10</sup> Sri Soemantri M, *Op. Cit.*, h. 151.

1. Pemerintah dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya harus berdasarkan atas hukum atau perundang-undangan.
2. Adanya jaminan terhadap hak asasi manusia (warga negara).
3. Adanya pembagian kekuasaan.
4. Adanya pengawasan dari badan-badan peradilan (*rechterlijke controle*)

Konsep negara hukum memberikan satu gambaran bahwa suatu negara diatur oleh sebuah konstitusi yang menjamin kemerdekaan bagi warga negaranya dan melindungi warga negara dari tindakan sewenang-wenang. Agar tidak adanya penumpukan kekuasaan yang dikemudian hari akan menimbulkan tindakan sewenang-wenang tersebut maka perlu adanya pembagian kekuasaan yang tentunya pembagian kekuasaan ini harus tertuang dalam norma dasar atau konstitusi negara. Karena itu, hukum haruslah dipatuhi oleh semua pihak baik pemerintah maupun warga negara. Namun, hukum itu sendiri merupakan produk dari penyelenggara negara sehingga diperlukan pengawasan atau kontrol terhadapnya dari badan-badan peradilan agar tidak merugikan hak-hak asasi warga negara.

Selain itu menurut Jimly Asshiddiqie, terdapat dua belas prinsip pokok negara hukum. Kedua belas prinsip pokok itu merupakan pilar-pilar utama yang menyangga berdiri tegaknya suatu negara modern sehingga dapat disebut negara hukum dalam arti yang sebenarnya. Adapun duabelas prinsip tersebut adalah (1) supermasi hukum (*supermacy of law*), (2) persamaan dalam hukum (*equality before the law*), (3) asas legalitas (*due process of law*), (4) pembatasan kekuasaan, (5) organ-organ eksekutif independen, (6) peradilan bebas dan tidak memihak, (7) peradilan tata usaha negara, (8) peradilan tata negara (*constitutional court*), (9) peradilan hak asasi manusia, (10) bersifat demokratis (*democratische rechtsstaat*), (11) berfungsi sebagai sarana mewujudkan tujuan negara (*welfare rechtsstaat*), dan (12) transparansi dan kontrol sosial.<sup>11</sup>

Beberapa pendapat di atas, maka dapat diketahui bahwa negara hukum pada prinsipnya mengandung unsur-unsur:

1. Pemerintahan dilakukan berdasarkan undang-undang (asas legalitas) di mana kekuasaan dan wewenang yang dimiliki pemerintah hanya semata-mata ditentukan oleh Undang-Undang Dasar atau Undang-undang.
2. Dalam negara itu hak-hak dasar manusia diakui dan dihormati oleh penguasa yang bersangkutan.

<sup>11</sup> Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan Konstitusi RI, 2006, h. 154-161.

3. Kekuasaan pemerintah dalam negara itu tidak dipusatkan dalam satu tangan, tetapi harus diberi kepada lembaga-lembaga kenegaraan di mana yang satu melakukan pengawasan terhadap yang lain sehingga tercipta suatu keseimbangan kekuasaan antara lembaga-lembaga kenegaraan tersebut.
4. Perbuatan pemerintah yang dilakukan oleh aparatur kekuasaan pemerintah dimungkinkan untuk dapat diajukan kepada pengadilan yang tidak memihak yang diberi wewenang menilai apakah perbuatan pemerintahan tersebut bersifat melawan hukum atau tidak.

Negara berdasarkan hukum ditandai oleh beberapa asas, antara lain asas bahwa semua perbuatan atau tindakan pemerintahan atau negara harus didasarkan pada ketentuan hukum tertentu yang sudah ada sebelum perbuatan atau tindakan itu dilakukan. Campur tangan atas hak dan kebebasan seseorang atau kelompok masyarakat hanya dapat dilakukan berdasarkan aturan-aturan hukum tertentu. Asas ini lazim disebut asas legalitas (*legaliteits beginsel*). Untuk memungkinkan kepastian perwujudan asas legalitas ini, harus dibuat berbagai peraturan hukum antara lain Peraturan Perundang-undangan.

Syarat-syarat dasar *rechtsstaat* yang dikemukakan oleh Burken, dalam tulisannya tentang Ide Negara Hukum dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia adalah:<sup>12</sup>

1. Asas legalitas, setiap tindak pemerintahan harus didasarkan atas dasar Peraturan Perundang-undangan (*wetterlike-grondslag*). Dengan landasan ini Undang-undang formal dan Undang-Undang Dasar sendiri merupakan tumpuan dasar tindak pemerintahan. Dalam hubungan ini pembentuk undang-undang merupakan bagian penting negara hukum;
2. Pembagian kekuasaan, syarat ini mengandung makna bahwa kekuasaan negara tidak boleh hanya bertumpu pada satu tangan;
3. Hak-hak dasar (*grondrechten*), hak-hak dasar merupakan sasaran perlindungan hukum bagi rakyat dan sekaligus membatasi pembentukan undang-undang;
4. Pengawasan peradilan, bagi rakyat tersedia saluran melalui pengadilan yang bebas untuk menguji keabsahan tindakan pemerintahan (*rechtmatigeidstoetsing*).

Salah satu syarat dari negara hukum adalah pengawasan peradilan sebagai salah saluran bagi warga negara untuk menguji keabsahan tindakan pemerintah. Pengawasan ini dapat dikatakan sebagai mekanisme *guarantees of the constitution*<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia, Sebuah Studi Tentang Prinsip-Prinsip, Penerapannya Oleh Pengadilan Dalam Lingkungan Peradilan Administrasi Negara*, Surabaya: Bina Ilmu, 1972, h. 72.

<sup>13</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, yang diterjemahkan oleh Anders Wedberg, Russell&Russell, New York, 1973, h. 24.

Pemerintah dalam hal ini memiliki tanggung jawab secara hukum kepada warga negaranya. Menurut teori tanggung jawab hukum, bahwa setiap orang termasuk pemerintah harus mempertanggungjawabkan setiap tindakannya, baik karena kesalahan atau tanpa kesalahan. Tanggung jawab hukum dari pemerintah ini dilakukan di depan pengadilan.<sup>14</sup>

Terdapat tiga kategori pengujian peraturan perundang-undangan (dan perbuatan administrasi negara), yaitu:<sup>15</sup>

1. Pengujian oleh badan peradilan (*judicial review*);
2. Pengujian oleh badang yang sifatnya politik (*political review*);
3. Pengujian oleh pejabat atau badan administrasi negara (*administrative review*).

Cappeletti membedakan dua sistem pengawasan yang lazim dilakukan, yaitu pengawasan secara yudisial (*judicial review*) maupun pengawasan secara politik. Pengawasan secara yudisial artinya pengawasan yang dilakukan oleh badan-badan yudisial. Sedangkan pengawasan secara politik artinya pengawasan yang dilakukan oleh badan-badan nonyudisial. Baik pengawasan politik ataupun pengawasan yudisial dilakukan dengan cara menilai atau menguji (*review*), apakah suatu undang-undang atau peraturan perundang-undangan lainnya atau tindakan pemerintah yang dilakukan atau akan dilakukan bertentangan atau tidak dengan Undang-Undang Dasar, ketentuan lain yang lebih tinggi daripada peraturan perundang-undangan atau tindakan pemerintah yang sedang dinilai. Semua kewenangan menilai tersebut yang disebut dengan hak menguji.

Dalam kosa kata di Indonesia, kita mengenal hak menguji dengan istilah *judicial review*. Kedua istilah tersebut berbeda, ketika kita menggunakan istilah hak menguji maka kita mengacu kepada negara-negara kontinental eropa salah satunya Belanda, sedangkan *judicial review* mengacu kepada Amerika Serikat.

Istilah hak menguji dalam beberapa literatur disebutkan terdiri dari dua macam pengertian, yaitu hak menguji formal dan hak menguji materiil. Hak menguji formal adalah kewenangan hakim untuk menyelidiki apakah suatu produk legislatif telah dibuat secara sah. Sedangkan hak menguji materiil adalah kewenangan hakim untuk menyelidiki apakah kekuasaan/organ yang membuat peraturan tersebut memiliki kewenangan untuk mengeluarkannya dan apakah isi peraturan tersebut tidak bertentangan dengan ketentuan yang lebih tinggi.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Munir Fuady, Op.Cit, h. 147.

<sup>15</sup> Bagir Manan, *Empat Tulisan tentang Hukum*, Bandung: Universitas Padjajaran PPBKU Hukum Ketatanegaraan, 1995, h. 3.

<sup>16</sup> Harun Alrasid, "Hak Menguji dalam Teori dan Praktik", *Jurnal Konstitusi*, Volume 1 Nomor 1, Juli 2004, h. 95-96.

Dasar tujuan dari hak menguji adalah melindungi konsitusi dari pelanggaran atau penyimpangan yang mungkin dilakukan oleh badan legislatif atau tindakan eksekutif.<sup>17</sup>

## **B. Mekanisme *Citizen Lawsuit* sebagai Kontrol terhadap Kebijakan Pemerintah**

Mekanisme *citizen lawsuit* menjadi salah satu pilihan bagi warga negara untuk secara aktif mengawasi setiap tindakan pemerintah dalam mengeluarkan suatu kebijakan. Namun, mekanisme *citizen lawsuit* merupakan mekanisme yang digunakan dalam hukum perdata, karena merupakan bentuk gugatan yang bersifat publik.

Dasar dari pengajuan *citizen lawsuit* adalah setiap warga negara memiliki hak yang sama di hadapan hukum. Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 menyatakan “Kedaulatan ada ditangan rakyat dan dilaksanakan menurut undang-undang dasar”, maka rakyat sebagai pemegang kedaulatan seyogyanya memiliki ruang untuk menggugat pemerintah demi tercapainya keadilan. Dalam hal kebijakan pemerintah yang merugikan atau diindikasikan merugikan warga negaranya maka warga negara memiliki hak yang sama untuk melakukan gugatan terhadap kebijakan tersebut. Gugatan warga negara tersebut dapat dilakukan seorang diri ataupun secara perwakilan.

Gugatan warga negara secara berkelompok atau gugatan perwakilan ini merupakan tindakan hukum dari warga negara yang efektif dan progresif untuk mengawasi setiap kebijakan pemerintah dan tidak hanya mendasarkan kepada kepentingan seseorang namun juga kepentingan masyarakat yang lebih besar jumlahnya. Gugatan perwakilan ini muncul ketika kerugian masyarakat sebagai akibat berlakunya kebijakan pemerintah tersebut terlalu besar sehingga tidak efisien ketika kelompok masyarakat tersebut mengajukan gugatan secara individual ke pengadilan.

Sebelum dikenal mekanisme *citizen lawsuit*, lazimnya gugatan warga negara secara berkelompok di Indonesia menggunakan gugatan *Class Action*. Gugatan *Class Action* lebih dulu dikenal dalam sistem hukum Indonesia. *Class Action* dikenal pertama kalinya pada abad ke-18 di Inggris dan kemudian meluas penerapannya di abad ke-19 di negara-negara jajahan Inggris seperti Amerika, Canada, Australia dan negara lain yang menganut sistem hukum *Common Law*.

<sup>17</sup> Rosjidi Ranggawidjaja dan Indra Perwira, *Perkembangan Hak Menguji Material di Indonesia*, Bandung: Cita Bhakti Akademika, 1986, h. 6.

Sistem hukum Indonesia telah mengenal Gugatan perwakilan atau *Class Action* dalam berbagai peraturan perundang-undangan. *Class Action* (Perwakilan Kelompok) menurut Paragraf 5 tentang Hak Gugat Masyarakat Pasal 91 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup adalah hak masyarakat untuk mengajukan gugatan perwakilan kelompok untuk kepentingan dirinya sendiri dan/atau untuk kepentingan masyarakat apabila mengalami kerugian akibat pencemaran dan/atau kerusakan lingkungan hidup.

Pengertian *Class Action* berdasarkan Bab XI tentang Gugatan Perwakilan Pasal 71 Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan adalah hak masyarakat untuk mengajukan gugatan perwakilan kepengadilan atas kerusakan hutan yang merugikan kehidupan masyarakat akibat pengelolaan hutan yang tidak sesuai dengan undang-undang.

Pengertian *Class Action* kemudian dapat ditemui dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen. Dalam Pasal 46 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen dapat diketahui bahwa *Class Action* adalah gugatan yang diajukan oleh sekelompok konsumen yang mempunyai kepentingan yang sama dan dirugikan dan dapat dibuktikan secara hukum.

Dalam Pasal 1 huruf a PERMA No. 1 Tahun 2002 tentang Acara Gugatan Perwakilan Kelompok, definisi gugatan *Class Action* (Perwakilan Kelompok) adalah suatu tata cara atau prosedur pengajuan gugatan, dimana satu orang atau lebih yang mewakili kelompok mengajukan gugatan untuk dirinya sendiri dan sekaligus mewakili sekelompok orang yang jumlahnya banyak, yang memiliki kesamaan fakta atau kesamaan dasar hukum dan kesamaan tuntutan antara wakil kelompok dan anggota kelompoknya.

Berdasarkan definisi yang diberikan oleh beberapa peraturan perundang-undangan di atas, maka dapat diketahui bahwa pada prinsipnya gugatan *Class Action* adalah salah satu cara bagi pencari keadilan untuk mendapatkan pemulihan hak-hak hukumnya melalui jalur keperdataan. Gugatan perwakilan atau *Class Action* ini merupakan cara yang memudahkan jika memang terdapat kasus yang menimbulkan kerugian terhadap masyarakat banyak, memiliki fakta hukum dan memiliki tergugat yang sama. Adalah menjadi tidak efisien apabila gugatan terhadap hal yang sama tersebut diajukan secara sendiri-sendiri.

Mekanisme lain yang dapat ditempuh oleh warga negara secara bersama-sama untuk mempertahankan haknya dalam satu gugatan adalah dengan menggunakan mekanisme *Citizen Lawsuit* atau gugatan warga negara atau *Action Popularis*.

*Citizen Lawsuit* dipakai oleh negara-negara yang menganut sistem *Common Law*. Dalam sistem *Common Law*, prinsip *Citizen Lawsuit* sama dengan prinsip *Action Popularis* misalnya dalam gugatan terhadap perlindungan lingkungan oleh warga negara, terlepas apakah warga negara tersebut mengalami langsung pencemarannya atau tidak.<sup>18</sup> Istilah *Citizen Lawsuit* sebagai suatu hak gugat warga negara banyak dikenal dalam sistem hukum di Amerika Serikat, India, dan Australia. Di Amerika Serikat hak gugat ini diperkenalkan pertama kali pada tahun 1970 dalam *Clean Air Act (article 304)*.<sup>19</sup> *Citizen Lawsuit* pun dapat ditemui juga pada beberapa undang-undang dalam hukum lingkungan di Amerika Serikat seperti *Clean Water Act (article 505)*, *Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act (Article 310)*, *Resource Conservation and Recovery Act (Article 7002)*. Di dalam undang-undang tersebut diatur bahwa gugatan dapat dilakukan oleh setiap warga demi perlindungan lingkungan, terlepas apakah warga negara tersebut mengalami langsung pencemarannya atau tidak.<sup>20</sup>

Menurut sejarah, *citizen lawsuit* dikembangkan di Amerika Serikat dan India, berdasarkan pada suatu pemikiran bahwa kenyataannya pemerintah kerap kali tidak melaksanakan kewajibannya untuk menegakkan hukum, melalaikan kewajiban hukum yang dibebankan oleh Undang-Undang kepadanya.<sup>21</sup>

*Citizen Lawsuit* merupakan klaim atau tuntutan atau kehendak dari masyarakat terorganisir menyangkut kepentingan umum yang dilanggar oleh siapapun. Atas pelanggaran kepentingan umum ini diperlukan kontri yang bersifat fundamental dari warga negara melalui *Citizen Lawsuit*. Secara sederhana *Citizen Lawsuit* diartikan sebagai gugatan yang dapat diajukan oleh setiap warga negara, tanpa pandang bulu, dengan pengaturan oleh negara.<sup>22</sup>

*Citizen lawsuit*, merupakan mekanisme yang ditemukan dalam sistem hukum di Indonesia masuk kedalam wilayah hukum perdata, karena merupakan gugatan

<sup>18</sup> Mas Achmad Santosa, *Konsep dan Penerapan Gugatan Perwakilan Kelompok (Class Action) Seri Informasi Hukum Lingkungan*, Jakarta: ICEL, 1997, h. 20.

<sup>19</sup> Michael D.Axline, *Environmental Citizen Lawsuit, United States of America*, 1995, h.v, dikutip oleh Indro Sugianto, *Kasus Nunukan: Hak Gugat Warga Negara (Citizen Lawsuit) Terhadap Negara*, [www.leip.or.id](http://www.leip.or.id). Diunduh pada tanggal 30 April 2016.

<sup>20</sup> Mas Achmad Santosa dan Sulaiman N.Sembiring, *Hak Gugat Organisasi Lingkungan (Environmental Legal Standing)*, Jakarta, ICEL, 1997, h. 20.

<sup>21</sup> Diungkapkan oleh Defenders og Wildlife and Center for Wildlife Law dalam monografinya "The Public in Action: Using State Citizen Lawsuit to Protect Biodiversity", United State of America, 2000, h. 4.

<sup>22</sup> E. Sundari, *Pengajuan Gugatan secara Class Action (Suatu Studi Perbandingan & Penerapannya di Indonesia)*, Yogyakarta: Universitas Atma Jaya, 2000, h. 15.

terhadap dalam beberapa putusannya merupakan gugatan terhadap perbuatan melawan hukum pemerintah yang mengakibatkan kerugian terhadap warga negara. Namun, dalam tulisan ini tidak membahas mengenai *citizen lawsuit* dalam sistem hukum perdata tetapi *citizen lawsuit* sebagai bentuk pengendalian atau pengawasan pengadilan terhadap kebijakan pemerintah.

Putusan Nomor 28/Pdt.G/2003/PN.JKT.PST merupakan yurisprudensi yang pertama kali menyatakan bahwa gugatan *citizen lawsuit* diterima dalam mekanisme hukum di Indonesia. Negara ketika itu dianggap lalai dalam memberikan perlindungan terhadap warga negara yang menjadi buruh migran di luar negeri. Melalui putusan tersebut maka dapat dikatakan bahwa bentuk pengawasan terhadap kebijakan pemerintah yang dianggap lalai sehingga menyebabkan kerugian terhadap warga negaranya dapat dilakukan selain menggunakan pengawasan melalui *judicial review*.

Putusan lain yang merupakan gugatan *citizen lawsuit* adalah Putusan Nomor 228/Pdt.G/2006/PN.Jkt.Pst mengenai pelaksanaan ujian nasional tahun ajaran 2006-2007. Dalam amar putusannya Majelis Hakim mengabulkan gugatan subsidair Para Penggugat, dimana salah satunya adalah meninjau kembali Sistem Pendidikan Nasional. Sistem Pendidikan Nasional merupakan kebijakan pemerintah yang dituangkan dalam peraturan perundang-undangan. Salah satu kebijakan pemerintah terkait Sistem Pendidikan Nasional yang dianggap merugikan ketika itu adalah penyelenggaraan Ujian Nasional yang ketika itu diatur dalam Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional dan Peraturan Pemerintah Nomor 19 Tahun 2005 tentang Standar Pendidikan Nasional. Para Tergugat yang merupakan kelompok masyarakat yang mewakili pemerhati, aktivis, pendidik serta orang tua murid yang merasa dirugikan akibat pemberlakuan kebijakan pemerintah tersebut.

Dalam putusan Nomor 228/Pdt.G/2006/PN.Jkt.Pst tersebut dapat terlihat bahwa warga negara memiliki hak untuk melakukan pengawasan (kontrol) terhadap kebijakan pemerintah yang merugikan dan/atau berpotensi merugikan. Majelis Hakim dalam putusannya secara tidak langsung memberikan kewajiban kepada pemerintah ketika itu untuk meninjau kebijakan terkait dengan Ujian Nasional yang telah menjadi kebijakan dan tertuang dalam peraturan perundang-undangan.

Melalui putusan-putusan tersebut dapat diketahui bahwa warga negara dapat melakukan pengawasan dalam rangka hak menguji kebijakan pemerintah

jika memang kebijakan pemerintah tersebut melanggar hak-hak warga negara melalui pengadilan. Bentuk pengawasan yang dimiliki warga negara tersebut dalam prakteknya tidak hanya dapat dilakukan melalui *judicial review* saja tetapi juga *judicial control*. *Citizen lawsuit* merupakan salah satu mekanisme yang dapat digunakan oleh warga negara Indonesia.

### C. Sekilas Mengenai Pengertian *Citizen Lawsuit*

*Citizen Lawsuit* atau dikenal juga dengan *Actio Popularis* menurut Gokkel adalah gugatan yang dapat diajukan oleh setiap warga negara, tanpa pandang bulu, dengan pengaturan oleh negara.<sup>23</sup> Kemudian menurut Kotenhagen-Edzes, dalam *Action Popularis* setiap orang dapat menggugat atas nama kepentingan umum dengan menggunakan Pasal 1365 BW.<sup>24</sup>

Sementara menurut Mas Achmad Sentosa, *Citizen Lawsuit* adalah hak warga atau perorangan untuk berontak karena mengalami kerugian atas masalah hak kepentingan umum. Suatu Contoh yang dapat dikemukakan adalah dalam hal P seorang warga negara DKI Jakarta dapat menggugat Q perusahaan pembangunan rumah mewah karena menimbun (reklamasi) wilayah pantai utara Jakarta untuk membangun areal perumahan, sehingga menimbulkan banjir dan membuat jalan utama tidak dapat dilalui karena sering tergenang air sebagai akibat reklamasi.<sup>25</sup>

*Citizen lawsuit* merupakan kehendak dari masyarakat terorganisir menyangkut kepentingan umum yang dilanggar oleh siapapun. Atas pelanggaran kepentingan umum ini maka diperlukan kontrol dari warga negara melalui *citizen lawsuit*. Secara singkat dapat dikatakan bahwa *citizen lawsuit* merupakan gugatan yang diajukan oleh setiap warga negara tanpa membeda-bedakan dan dengan pengaturan negara.

Sementara itu, dalam Laporan Penelitian *Class Action* dan *Citizen Lawsuit* Mahkamah Agung RI Tahun 2009, *Citizen Lawsuit* adalah mekanisme bagi Warga Negara untuk menggugat tanggung jawab Penyelenggara Negara atas kelalaian dalam memenuhi hak-hak warga negara. Kelalaian tersebut didalilkan sebagai Perbuatan Melawan hukum. Oleh karena itu, atas kelalaian tersebut, negara dihukum untuk tidak melakukan tindakan tertentu atau mengeluarkan suatu kebijakan yang bersifat pengaturan umum agar kelalaian tersebut tidak terjadi lagi di kemudian hari.

<sup>23</sup> *Ibid*, h. 15.

<sup>24</sup> *Ibid*, h. 7.

<sup>25</sup> N.H.T. Siahaan (a), *Hukum Lingkungan dan Ekologi Pembangunan*, Jakarta: Erlangga, 2004, h. 230.

Dari definisi tersebut, maka dapat dilihat bahwa *citizen lawsuit* memiliki beberapa karakteristik, antara lain (1) merupakan akses bagi warga negara untuk mengajukan gugatan di pengadilan untuk dan atas nama kepentingan seluruh warga negara atau kepentingan publik; (2) tujuannya untuk melindungi warga negara dari kemungkinan terjadinya kerugian akibat dari tindakan negara atau otoritas negara; (3) dapat memberikan kekuatan kepada warga negara dalam menggugat pelanggaran dari berlakunya sebuah kebijakan negara atau kegagalan dalam memenuhi kewajiban pelaksanaan dari sebuah undang-undang; (4) penggugat tidak perlu membuktikan adanya kerugian yang bersifat nyata; (5) peradilan cenderung meniadakan tuntutan ganti kerugian.

Munculnya mekanisme gugatan *Citizen Lawsuit* di Indonesia merupakan sebuah proses transplantasi hukum dengan tujuan untuk memenuhi kebutuhan bagi masyarakat pencari keadilan. Mekanisme *Citizen Lawsuit* dapat diterima melalui Putusan Nomor 28/Pdt.G/2003/PN.JKT.PST yang merupakan gugatan *Citizen Lawsuit* pertama kali di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Dimana dalam penetapannya Majelis Hakim menetapkan bahwa gugatan *Citizen Lawsuit* yang diajukan oleh Para Penggugat dapat dilanjutkan. Majelis Hakim menerima perkara tersebut dengan dasar hukum Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman yang telah diubah terakhir dengan Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Putusan tersebut kemudian menjadi yurisprudensi bagi gugatan *Citizen Lawsuit* lainnya.

Melalui Putusan Nomor 28/Pdt.G/2003/PN.JKT.PST, dapat disimpulkan bahwa *Citizen Lawsuit* memiliki karakteristik antara lain sebagai berikut:

1. *Citizen Lawsuit* merupakan akses orang perorangan atau warga negara untuk mengajukan gugatan di Pengadilan untuk dan atas nama kepentingan keseluruhan warga negara atau kepentingan publik;
2. *Citizen Lawsuit* dimaksudkan untuk melindungi warga negara dari kemungkinan terjadinya kerugian akibat dari tindakan pembiaran otoritas negara;
3. *Citizen Lawsuit* memberikan kesempatan kepada warga negara untuk menggugat negara apabila negara gagal memenuhi kewajibannya dalam pelaksanaan undang-undang;
4. Warga negara yang menjadi penggugat tidak perlu membuktikan adanya kerugian langsung yang bersifat nyata dan dapat dinilai kerugiannya;
5. Peradilan dalam *Citizen Lawsuit* lebih cenderung enggan terhadap tuntutan ganti rugi.

#### **D. Mekanisme Pengajuan *Citizen Lawsuit***

Hukum perdata di Indonesia telah mengalami perkembangan. Hukum acara perdata sebagai hukum formal yang berfungsi untuk mempertahankan atau melaksanakan hukum (perdata) materiil telah banyak mengadopsi mekanisme pada hukum acara perdata asing yang bersumber pada sistem hukum *common law*, seperti *class action*. Gugatan *class action* sebelumnya tidak dikenal dalam sistem hukum di Indonesia, mekanisme tersebut mulai diperkenalkan setelah Mahkamah Agung menerbitkan PERMA Nomor 1 Tahun 2002 tentang Tata Cara Penerapan Gugatan Perwakilan Kelompok untuk memenuhi kebutuhan masyarakat.

Pengaruh sistem hukum *common law* di Indonesia khususnya dalam sistem hukum perdata muncul kembali pada tahun 2003. Gugatan *citizen lawsuit* diajukan pertama kalinya atas nama Munis dkk atas penelantaran negara terhadap buruh migran yang dideportasi di Nunukan. Gugatan *citizen lawsuit* merupakan model gugatan perdata yang dikenal di sistem hukum *common law*. Jika kita melihat sejarah mengenai pengajuan gugatan *citizen lawsuit* yang diajukan lebih banyak terhadap kasus mengenai lingkungan, namun pada perkembangannya pengajuannya mencakup berbagai bidang dimana negara oleh warga negaranya dianggap telah lalai dan melanggar hak-hak warga negara.

Mengenai bentuk gugatan dari *citizen lawsuit* ini, diantara Hakim hingga sekarang masih belum ada kesesuaian pendapat. Beberapa Hakim ada yang berpendapat dapat menerima gugatan *citizen lawsuit*, sementara Hakim lain masih tidak dapat menerima gugatan dalam bentuk baru ini.

Perkara Nomor 28/Pdt.G/2003/PN.JKT.PST yang diajukan oleh Munir mengenai penelantaran negara terhadap TKI migran yang dideportasi di Nunukan merupakan gugatan *citizen lawsuit* pertama kali yang diajukan di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Dalam penetapan Majelis Hakim menetapkan bahwa gugatan yang diajukan Para Penggugat dapat dilanjutkan. Dasar hukum yang digunakan oleh Majelis Hakim ketika itu adalah Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 35 Tahun 1999 yaitu Pasal 14 ayat (1) dan Pasal 27, yang telah diubah terakhir dengan Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 10 ayat (1) dan Pasal 5. Majelis Hakim juga menggunakan asas kebebasan hakim yang tertuang di dalam Pasal 1 angka 1 dan Pasal 3 UU Kekuasaan Kehakiman dalam memeriksa dan memutus perkara tersebut. Adanya penetapan

tersebut tentunya merupakan proses transplantasi sistem *common law* ke dalam mekanisme hukum acara di Indonesia.

Berdasarkan perkara-perkara gugatan yang menggunakan mekanisme *citizen lawsuit*, maka dapat diketahui bahwa untuk mengajukan gugatan *citizen lawsuit*, penggugat harus memiliki hak gugat (*standing*). Jika Penggugat dinyatakan oleh Majelis Hakim memiliki hak gugat dan diakui dalam sebuah penetapan, maka proses berikutnya adalah sebagaimana proses gugatan seperti biasa, yaitu upaya media, jawab menjawab (jawaban, replik, duplik), pembuktian dan putusan.<sup>26</sup>

Satu proses yang merupakan transplantasi dari sistem *common law* yang dapat ditemui dalam mekanisme *citizen lawsuit* adalah adanya surat pemberitahuan (notifikasi) terkait gugatan. Notifikasi ini merupakan prasyarat yang harus dilakukan oleh Penggugat sebelum mengajukan gugatan.

Sebelum Penggugat melakukan *Citizen Lawsuit*, Penggugat terlebih dahulu melakukan pemberitahuan atau notifikasi kepada Tergugat.<sup>27</sup> Menurut Indro Sugianto, notifikasi tersebut setidaknya-tidaknya memuat perihal:<sup>28</sup>

- a. Informasi tentang pelanggaran yang dituduhkan dan lembaga yang relevan dengan pelanggaran yang mendasari penggugat melakukan gugatan terhadap Tergugat/para Tergugat;
- b. Jenis pelanggaran (objek gugatan).

Dalam sistem hukum Amerika Serikat, pemberitahuan tersebut harus dikirim selambat-lambatnya 60 hari sebelum tuntutan hukum diajukan. Pelanggaran terhadap batas pemberitahuan ini akan dapat dipergunakan sebagai dasar alasan untuk mengajukan mosi penolakan *citizen lawsuit*.<sup>29</sup> Pemberitahuan *citizen lawsuit* harus dibuat dalam bentuk tertulis dan harus dikirimkan kepada pelanggar yang dituduh atau kepada instansi yang bertanggung jawab untuk mengimplementasikan undang-undang yang dilanggar. Ada pula beberapa ketentuan *citizen lawsuit* yang mensyaratkan pemberitahuan ini juga dikirimkan kepada lembaga negara yang bertanggungjawab dalam penegakkan hukum.<sup>30</sup>

Notifikasi dalam *citizen lawsuit* tidak dikenal adanya notifikasi *option out* setelah gugatan didaftarkan sebagaimana gugatan *class action* yang diatur dalam

<sup>26</sup> Laporan Penelitian *Class Action and Citizen Lawsuit*, Mahkamah Agung, 2009, h. 66

<sup>27</sup> Indro Sugianto, "Hak Gugat Warga Negara (*Citizen Lawsuit*) terhadap Negara-Kajian Putusan No. 28/Pdt.G/2003/PN.Jkt.Pusat", *Majalah Dictum Jurnal Kajian Putusan Pengadilan*, Ed. 2, Jakarta: Lembaga Independensi Peradilan, 2004, h. 41.

<sup>28</sup> Indro Sugianto, *Ibid*, h. 43.

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

<sup>30</sup> *Ibid*

PERMA. Gugatan *citizen lawsuit* hanya mensyaratkan notifikasi berupa somasi kepada penyelenggara negara. Isi somasi adalah mengenai pemberitahuan akan adanya gugatan *citizen lawsuit* kepada penyelenggara negara atas kelalaian negara terhadap pemenuhan hak-hak warga negaranya serta memberi kesempatan kepada penyelenggara negara untuk memenuhi hak-hak tersebut. Mengenai ketentuan waktu notifikasi tersebut di Indonesia belumlah memiliki batas waktu karena belum ada hukum acara yang mengatur, hal tersebut menjadi penilaian hakim apakah 60 hari atau 30 hari. Namun, dalam perkara-perkara gugatan *citizen lawsuit* yang pernah ada, somasi tersebut harus diajukan kepada pemerintah sebagai penyelenggara negara dalam waktu selambat-lambatnya 2 bulan sebelum gugatan didaftarkan.

## KESIMPULAN

Bahwa kebijakan pemerintah dapat diawasi oleh masyarakat (warga negara) selain melalui mekanisme *judicial review*. Salah satu mekanisme pengawasan yang dapat digunakan adalah *citizen lawsuit* yang merupakan mekanisme pengajuan gugatan terhadap perbuatan melawan hukum dari kebijakan pemerintah. Mekanisme ini terdapat dalam sistem hukum perdata, karenanya mekanisme ini dinamakan gugatan *citizen lawsuit* karena merupakan gugatan untuk meminta ganti rugi atas kebijakan pemerintah yang merugikan warga negara.

Mekanisme pengawasan melalui *citizen lawsuit* adalah melalui pengajuan gugatan terhadap kebijakan pemerintah, antara lain mengenai kebijakan pemerintah pusat yang tertuang dalam peraturan perundang-undangan maupun kebijakan pemerintah daerah. Mekanisme gugatan *citizen lawsuit* belum diatur dalam peraturan perundang-undangan tersendiri, dan oleh karena mekanisme gugatan *citizen lawsuit* merupakan mekanisme yang ditransplantasikan dari sistem hukum asing maka pengajuan gugatan *citizen lawsuit* dan juga hukum acaranya mengikuti gugatan ganti rugi pada umumnya. Perbedaan antara gugatan *citizen lawsuit* dengan gugatan ganti rugi lainnya adalah adanya prosedur notifikasi yang terlebih dahulu harus dilakukan oleh Para Penggugat.

## DAFTAR PUSTAKA

- Abu Daud Busroh, 1990, *Ilmu Negara*, Jakarta: Bumi Aksara.
- Bagir Manan, 1995, *Empat Tulisan tentang Hukum*, Bandung: UNPAD PPBKU Hukum Ketatanegaraan.
- Dahlan, Thaib, 1995, *Kedaulatan Rakyat, Negara Hukum dan Hak-Hak Asasi Manusia, Kumpulan Tulisan dalam Rangka 70 Tahun Sri Soemantri Martosoewignjo*, Jakarta: Media Pratama.
- D. Axline Michael, 1995, *Enviromental Citizen Lawsuit, United States of America*, hxy, dikutip oleh Indro Sugianto, *Kasus Nunukan: Hak Gugat Warga Negara (Citizen Lawsuit) terhadap Negara*, [www.leip.or.id](http://www.leip.or.id). Diunduh pada tanggal 30 April 2016.
- Defenders of Wildlife and Center for Wildlife Law*, 2000, dalam monografinya "*The Public in Action: Using State Citizen Lawsuit to Protect Biodiversity*", United State of America.
- E. Sundari, 2000, *Pengajuan Gugatan secara Class Action (Suatu Studi Perbandingan & Penerapannya di Indonesia)*, Yogyakarta: Universitas Atma Jaya.
- Fuady, Munir, 2009. *Teori Negara Hukum Modern (Rechtsstaat)*, Jakarta: Refika Aditama.
- Harun Alrasid, "Hak Menguji Dalam Teori dan Praktek", Jakarta: Jurnal Konstitusi, Volume 1 Nomor 1, Jakarta, Juli 2004.
- Hans Kelsen, 1973, *General Theory of Law and State*, yang diterjemahkan oleh Anders Wedberg, New York: Russell&Russell.
- I Dewa Gede Palguna, 2013, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint), Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-Hak Konstitusional Warga Negara*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Indro Sugianto, 2004, "Hak Gugat Warga Negara (*Citizen Lawsuit*) terhadap Negara-Kajian Putusan Nomor 28/Pdt.G/2003/PN.Jkt.Pusat", *Jurnal Kajian Putusan Pengadilan*, Edisi 2, Jakarta: Lembaga Independensi Peradilan.
- Jimly Asshiddiqie, 2006, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan Konstitusi RI.

Mas Achmad Santosa, 1997, *Konsep dan Penerapan Gugatan Perwakilan Kelompok (Class Action) Seri Informasi Hukum Lingkungan*, Jakarta: ICEL.

\_\_\_\_\_, dan Sulaiman N. Sembiring, 1997, *Hak Gugat Organisasi Lingkungan (Environmental Legal Standing)*, Jakarta: ICEL.

Mahkamah Agung RI, 2009, Laporan Penelitian *Class Action and Citizen Lawsuit*, Mahkamah Agung.

Moh Kusnardi dan Bintang R. Saragih, 2008, *Ilmu Negara*, Jakarta: Gaya Media Pratama.

Moh Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, 1988, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, Jakarta: PSHTN FH UI dan Sinar Bakti.

N.H.T. Siahaan, 2004, *Hukum Lingkungan dan Ekologi Pembangunan*, Jakarta: Erlangga.

Philipus M. Hadjon, 1972, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia, Sebuah Studi Tentang Prinsip-Prinsip, Penerapannya Oleh Pengadilan Dalam Lingkungan Peradilan Administrasi Negara*, Surabaya: Bina Ilmu.

Ridwan HR, 2002, *Hukum Administrasi Negara*, Yogyakarta: UII Press,

Rosjidi Ranggawidjaja dan Indra Perwira, 1986, *Perkembangan Hak Menguji Material di Indonesia*, Bandung: Cita Bhakti Akademika.

Sri Soemantri M, 1992, *Bunga Rampai Hukum Tata Negara Indonesia*, Bandung: Alumni.

## **Biodata**

**Tri Aripriabowo**, menyelesaikan Sarjana Ekonomi pada Fakultas Ekonomi Universitas Muhammadiyah Malang, Magister Ekonomi pada Universitas Airlangga Surabaya dan S3 pada Universitas Airlangga Surabaya. Saat ini berprofesi sebagai staf pengajar pada Fakultas Ekonomi Universitas Muhammadiyah Gresik.

**R. Nazriyah**, menyelesaikan Sarjana Hukum pada Universitas Islam Indonesia Yogyakarta, Magister Hukum pada Universitas Islam Indonesia Yogyakarta. Saat ini menjadi Dosen Luar Biasa di Universitas Muhammadiyah Gresik.

**Mei Susanto**, meraih gelar sarjana hukum di Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran Bandung (2010) dan gelar magister hukum di Fakultas Hukum Universitas Indonesia (2013). Saat ini menjadi dosen Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran dengan program kekhususan Hukum Tata Negara. Aktif sebagai peneliti di Pusat Studi Kebijakan Negara (PSKN) FH Unpad dan Anggota Asosiasi Sarjana Hukum Tata Negara (ASHTN) Indonesia. Pernah juga menjadi Tenaga Ahli Anggota Komisi III DPR RI. Buku yang telah diterbitkan adalah Hak Budget Parlemen di Indonesia, Jakarta: Sinar Grafika, 2013.

**Khairul Fahmi**, Dosen Hukum Tata Negara, sekaligus Peneliti pada Pusat Studi Konstitusi (PUSaKO) Fakultas Hukum Universitas Andalas. Ia menyelesaikan studi Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Andalas Tahun 2004 dan melengkapi pendidikan formalnya pada Program Pascasarjana Universitas Andalas yang diselesaikan pada Tahun 2010. Saat ini penulis sedang menyelesaikan studi Program Doktor Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada (2015-sekarang). Hasil penelitian yang bersangkutan telah dipublikasikan melalui berbagai jurnal ilmiah hukum. Salah satu hasil penelitian terakhir yang dipublikasi pada jurnal nasional adalah berjudul *"Menelusuri Konsep Keadilan Pemilihan Umum Menurut UUD 1945"*. Selain itu, sejumlah makalah di bidang hukum tata negara dan pemilu telah pula disampaikan dalam berbagai jamuan ilmiah. Selain itu, yang bersangkutan juga aktif menulis karya ilmiah populer yang diterbitkan *Harian Kompas*, *Harian Media Indonesia*, *Majalah Geotime*, *Harian Singgalang*, *Harian Padang Ekspres*. Kontak e-mail: fahmihukum@gmail.com.

**Anna Triningsih**, Lahir di Palembang, 23 September 1981, menyelesaikan pendidikan Sarjana Hukum (S1) pada Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah

Yogyakarta (2001), dan melanjutkan Program Pascasarjana pada Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada (2007). Saat ini menempuh studi pada PDIH Universitas Diponegoro. Penulis adalah Peneliti pada Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara, Pengelolaan Teknologi Informasi dan Komunikasi, Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Penulis juga menjadi pengajar pada perguruan tinggi, antara lain, Fakultas Hukum Universitas Internasional Batam (2005-2010), Batam dan Fakultas Hukum Esa Unggul (2013-sekarang), Jakarta.

**Nuzul Qur'aini Mardiyah**, Lahir di Palembang, 29 Juni 1983. Penulis menamatkan Sarjana Hukum (S1) di Fakultas Hukum Universitas Islam Jakarta (2000-2004) pada jurusan Ilmu Hukum dan kemudian melanjutkan Program Pascasarjana (S2) (2005-2006) pada jurusan Ilmu Hukum di Universitas Indonesia. Penulis saat ini staf pada bagian Pengolah Data dan Putusan pada Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi, Jalan Medan Merdeka Barat No. 6, Jakarta Pusat 10110.

**Damian Agata Yuvens** adalah lulusan dari Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Ia menyelesaikan pendidikannya pada Tahun 2012, dan langsung bergabung di Lubis, Santosa & Maramis Law Firm. Di akhir Tahun 2017, ia mendapatkan gelar Master of Law and Development dari University of Melbourne.

**Gautama Budi Arundhati**, Lahir di Jember, 30 September 1975, Peneliti di Pusat Pengkajian Pancasila dan Konstitusi Fakultas Hukum Universitas Jember (PUKAPSI FH UNEJ) dan Dosen Tetap di Fakultas Hukum Universitas Jember. Memperoleh gelar S.H. di Fakultas Hukum Universitas Jember dan LL.M. dalam Master Hukum Eropa (track Hukum HAM dan Migrasi) di Radboud Universiteit Nijmegen-Belanda, pernah mengikuti ICRC International Humanitarian Law Course (basic s/d advanced); CPG School di Thammasat University Bangkok-Thailand dan CPG School di Westfälische Wilhelms-Universität Münster-Jerman.

**Muhammad Ridwansyah**, lahir di Aceh Tenggara, Kutacane, 15 Juli 1992. Pada Tahun 2010 melanjutkan pendidikan S1 Hukum Islam (Konsentrasi Hukum Keluarga) di Fakultas Syari'ah dan Hukum UIN Ar Raniry (lulus 2014). Selanjutnya di penghujung 2014 mengambil Magister Hukum (Prodi Program Pasca Sarjana Magister Hukum (Konsentrasi Hukum Tata Negara) di Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada.

**Ani Purwanti**, Lahir di Banjarnegara, 21 Agustus 1962, Merupakan Dosen Fakultas Hukum Universitas Diponegoro (1988-sekarang). Menyelesaikan S1 di Fakultas

Hukum Universitas Diponegoro (1986), S2 di Fakultas Hukum Universitas Diponegoro (1997), dan S3 di Fakultas Hukum Universitas Indonesia (2014).

**Nalom Kurniawan**, Lahir di Jakarta, 27 Mei 1979. Menyelesaikan S1 di Fakultas Hukum Universitas Widyagama Malang (2001), dan S2 di Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran Bandung (2006). Saat ini menjadi Peneliti pada Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara, Pengelolaan Teknologi Informasi dan Komunikasi Mahkamah Konstitusi, Jalan Medan Merdeka Barat No. 6, Jakarta Pusat.

**Cholidin Nasir**, Lahir di Jakarta, 19 September 1970. Menyelesaikan S-1 di Universitas Satria Makassar (1998), S-2 di Universitas Islam Jakarta (2010), dan saat ini menempuh studi pada PDIH Universitas Diponegoro (2015-sekarang). Penulis dapat dihubungi di E-mail: [Cholidin70@gmail.com](mailto:Cholidin70@gmail.com).

## **PEDOMAN PENULISAN JURNAL KONSTITUSI**

Jurnal Konstitusi merupakan media triwulanan guna penyebarluasan (diseminasi) hasil penelitian atau kajian konseptual tentang konstitusi dan putusan Mahkamah Konstitusi. Jurnal Konstitusi terbit empat nomor dalam setahun (Maret, Juni, September, dan Desember). Jurnal Konstitusi memuat hasil penelitian atau kajian konseptual (hasil pemikiran) tentang konstitusi, putusan Mahkamah Konstitusi serta isu-isu hukum konstitusi dan ketatanegaraan yang belum pernah dipublikasikan di media lain. Jurnal Konstitusi ditujukan untuk kalangan pakar, akademisi, praktisi, penyelenggara negara, LSM, serta pemerhati hukum konstitusi dan ketatanegaraan. Jurnal Konstitusi telah terakreditasi oleh Direktur Penelitian dan Pengabdian Kepada Masyarakat Direktorat Jenderal Pendidikan Tinggi (DPPM DIKTI) dengan Nomor 040/P/2014 yang berlaku selama 5 (lima) tahun. Di samping itu, Jurnal Konstitusi juga diakreditasi oleh Lembaga Ilmu Pengetahuan Indonesia (LIPI) dengan Nomor 613/Akred/P2MI-LIPI/03/2015 yang berlaku selama 3 (tiga) tahun.

Tata cara penulisan dan pengiriman naskah dalam Jurnal Konstitusi, sebagai berikut:

1. Naskah yang dikirim merupakan karya ilmiah original dan tidak mengandung unsur plagiarisme.
2. Naskah ditulis dalam bahasa Indonesia atau bahasa Inggris sepanjang 20-22 halaman, kertas berukuran A4, jenis huruf Times New Roman, font 12, dan spasi 1,5. Menggunakan istilah yang baku serta bahasa yang baik dan benar.
3. Naskah ditulis dalam format jurnal dengan sistem baris kredit (*byline*).
4. Naskah dilengkapi Judul Artikel, Nama Penulis, Lembaga Penulis, Alamat Lembaga Penulis, Alamat Email Penulis, Abstrak, Kata Kunci.
5. Judul artikel harus spesifik dan lugas yang dirumuskan dengan maksimal 12 kata (bahasa Indonesia), 10 kata (bahasa Inggris), atau 90 ketuk pada papan kunci, yang menggambarkan isi artikel secara komprehensif.
6. Abstrak (*abstract*) ditulis secara gamblang, utuh dan lengkap menggambarkan esensi isi keseluruhan tulisan dalam dua bahasa yaitu bahasa Indonesia dan bahasa Inggris yang masing-masing satu paragraf.
7. Kata kunci (*key word*) yang dipilih harus mencerminkan konsep yang dikandung artikel terkait sejumlah 3-5 istilah (*horos*) dalam dua bahasa yaitu bahasa Indonesia dan bahasa Inggris.

8. Sistematika penulisan **Hasil Penelitian** sebagai berikut;
  - I. Pendahuluan
    - A. Latar Belakang
    - B. Perumusan Masalah
    - C. Metode Penelitian
  - II. Hasil dan Pembahasan
  - III. Kesimpulan
9. Sistematika penulisan **Kajian Konseptual** (hasil pemikiran) sebagai berikut;
  - I. Pendahuluan
    - A. Latar Belakang
    - B. Perumusan Masalah
  - II. Pembahasan
  - III. Kesimpulan
10. Cara pengacuan dan pengutipan menggunakan model catatan kaki (*footnotes*).

**Kutipan Buku:** Nama penulis, *judul buku*, tempat penerbitan: nama penerbit, tahun terbitan, halaman kutipan.

Contoh:

A.V. Dicey, *An Introduction to The Study of The Law of The Constitution*, 10th ed., English Language Book Society, London: Mc Millan, 1968, h. 127

Moh. Mahfud MD., *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta: LP3ES, 2007, h. 17.

Saldi Isra, *Pergeseran Fungsi Legislasi (Menguatnya Model Legislasi Parleментар Dalam Sistem Presidensial Indonesia)*, Jakarta: PT RadjaGarfindo Persada, 2010, h. 7.

**Kutipan Jurnal:** Nama penulis, "judul artikel", *nama jurnal*, volume, nomor, bulan dan tahun, halaman kutipan.

Contoh:

Rosalind Dixon, "Partial Constitutional Amendments", *The Journal of Constitutional Law*, Volume 13, Issue 3, March 2011, h. 647.

Arief Hidayat, "Politik Hukum Konstitusi dan Fenomena Absentia Voter (Golput) ] Dalam Pemilu di Indonesia, *Jurnal Konstitusi*, Volume 1, Nomor 1, Juni 2009, h. 20.

M Mahrus Ali, *et.al*, "Tafsir Konstitusional Pelanggaran Pemilukada yang Bersifat Sistematis, Terstruktur dan Masif", *Jurnal Konstitusi*, Volume 9, Nomor 1, Maret 2012, h. 189.

**Kutipan makalah/paper/orasi ilmiah:** Nama penulis, “judul makalah”, *nama forum kegiatan*, tempat kegiatan, tanggal kegiatan, halaman kutipan.

Contoh:

Moh. Mahfud, MD., “Separation of Powers and Independence of Constitutional Court in Indonesia”, *Paper Presented at The 2nd Congress of The World Conference on Constitutional Justice*, Rio de Janeiro – Brazil, 16 – 18 January 2011, h. 7.

Yuliandri, “Membentuk Undang-Undang Berkelanjutan Dalam Penataan Sistem Ketatanegaraan”, *Naskah Pidato Pengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Andalas*, Padang: Universitas Andalas, 23 Juli 2009, h. 5.

**Kutipan Internet/media online:** Nama penulis, “judul tulisan”, alamat portal (website/online), tanggal diakses/unduh.

Contoh:

Simon Butt, “Islam, the State and the Constitutional Court in Indonesia”, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1650432](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1650432), diunduh 28 Juli 2010.

MuchamadAli Safa’at, “Militer Dalam Prespektif Hukum Tata Negara”, [http://anomalisemesta.blogspot.com/2007/10/artikel\\_06.html](http://anomalisemesta.blogspot.com/2007/10/artikel_06.html), diunduh 27 Desember 2007.

11. Daftar Pustaka memuat daftar buku, jurnal, makalah/paper/orasi ilmiah baik cetak maupun online yang dikutip dalam naskah, yang disusun secara alfabetis (*a to z*) dengan susunan: Nama penulis (mendahulukan nama keluarga/marga), tahun, *judul*, tempat penerbitan: penerbit, dst., seperti contoh berikut ini:
- Arief Hidayat, 2009, “Politik Hukum Konstitusi dan Fenomena Absentia Voter (Golput) Dalam Pemilu di Indonesia”, *Jurnal Konstitusi*, Volume 1, Nomor 1, Juni, h. 20 – 31.
- Butt, Simon, 2010, “Islam, the State and the Constitutional Court in Indonesia”, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1650432](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1650432), diunduh 28 July.
- Dicey, A.V., 1968, *An Introduction to The Study of The Law of The Constitution*, 10th ed., English Language Book Society, London: Mc Millan.
- Dixon, Rosalind, 2011, “Partial Constitutional Amendments”, *The Journal of Constitutional Law*, Volume 13, Issue 3, March, h. 643 – 686.
- Moh. Mahfud, MD., 2011, “Separation of Powers and Independence of Constitutional Court in Indonesia”, *Paper Presented at The 2nd Congress of The World Conference on Constitutional Justice*, Rio de Janeiro – Brazil, 16 – 18 January.
- Moh. Mahfud MD., 2007, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta: LP3ES.

- Muchamad Ali Safa'at, 2007, "Militer Dalam Prespektif Hukum Tata Negara", [http://anomalisemesta.blogspot.com/2007/10/artikel\\_06.html](http://anomalisemesta.blogspot.com/2007/10/artikel_06.html), diunduh 27 Desember.
- M. Mahrus Ali, *et.al*, 2012, "Tafsir Konstitusional Pelanggaran Pemilu yang Bersifat Sistematis, Terstruktur dan Masif", *Jurnal Konstitusi*, Volume 9, Nomor 1, Maret, h. 189 - 225.
- Saldi Isra, 2010, *Pergeseran Fungsi Legislasi (Menguatnya Model Legislasi Parlementer Dalam Sistem Presidensial Indonesia)*, Jakarta: PT RadjaGarfindo Persada.
- Yuliandri, 2009, "Membentuk Undang-Undang Berkelanjutan Dalam Penataan Sistem Ketatanegaraan, *Naskah Pidato Pengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Andalas*, Padang: Universitas Andalas, 23 Juli.
12. Naskah dalam bentuk file document (.doc) dikirim via email ke alamat email redaksi: [jurnal@mahkamahkonstitusi.go.id](mailto:jurnal@mahkamahkonstitusi.go.id) atau [jurnalkonstitusi@gmail.com](mailto:jurnalkonstitusi@gmail.com)  
Naskah dapat juga dikirim via pos kepada:

**REDAKSI JURNAL KONSTITUSI**

**MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA**

Jl. Medan Merdeka Barat, No. 6 Jakarta 10110

Telp. (021) 23529000; Faks. (021) 352177

Website: [www.mahkamahkonstitusi.go.id](http://www.mahkamahkonstitusi.go.id)

13. Dewan penyunting menyeleksi dan mengedit naskah yang masuk tanpa mengubah substansi. Naskah yang dimuat mendapatkan honorarium. Naskah yang tidak dimuat akan dikembalikan atau diberitahukan kepada penulisnya.

# Indeks

## A

*Abuse of Power* 764, 770  
*A Contrario* 815  
*Acquis Communautaire*  
831  
*Acte*  
    *Clair* 830  
    *Condition* 735  
    *Regle* 735  
*Action Popularis* 910  
*Administrative Review*  
915  
*Affirmative Action* 860,  
870  
*Algemene Bepalingen*  
    *Van Wetgeving Voor*  
    *Indonesie* 809, 810,  
819  
Alternatif  
    Penyelesaian Sengketa  
    701, 703-705, 712,  
    716, 725, 727  
    Dispute Resolution  
    702, 705, 706, 910  
*Amerika Serikat* 748,  
751, 752, 795, 826,  
827, 832, 833, 915,  
918, 923  
*Anggaran Pendapatan*  
*dan Belanja Negara*  
728, 729  
*Arbiter* 703, 706-711,  
713, 716, 717  
*Arbitrase* 701-717, 720-  
725, 727, 910  
*Asas Legalitas* 909, 914

## Asimetri

*De Facto* 852  
    *De Jure* 852  
*Atribusi* 793  
*Australia* 916, 918

## B

*Balancing Budget* 753  
*Bangladesh* 881-883  
*Bank Sentral Eropa* 828  
*Beschikung* 731, 735  
*Bill of Rights* 780  
*Bosnia Herzegovina* 893,  
894  
*Burgerlijk Wetboek Voor*  
    *Indonesie* 800, 809,  
    811, 812, 814, 819  
*Burma* 881, 882

## C

*Causal-Verband* 794  
*Checks and Balances* 782,  
783, 790, 860, 866  
*Cina* 826  
*Citizen Lawsuit* 906, 907,  
916, 918, 920-923,  
925, 926  
*Civil Law* 831  
*Class Action* 907, 910,  
922, 923  
*Common Law* 831, 916,  
918,  
*Complementary Principle*  
897  
*Conditionally*  
    *Constitutional* 750  
    *Unconstitutional* 750,  
771

## Constitutional

*Complaint* 820-822,  
    826, 831-833, 835  
    *Court* 701, 702, 728,  
    729, 779, 799, 800,  
    820, 821, 833, 866,  
    907  
    *Question* 820, 821,  
    832, 835  
    *Review* 752, 860, 867  
*Court of Justice on*  
    *European Union* 827  
*Crimes Against Humanity*  
891, 896

## D

*Da Costa Doctrine* 830,  
834  
*Daerah Istimewa*  
    Yogyakarta 838, 856  
*Dauerhaftig* 734  
*Democratische*  
    *Rechtsstaat* 913  
*Demokrasi* 789, 790  
*Desentralisasi* 838-840,  
843-847, 849-853,  
856, 858  
    Asimetris 838, 843,  
    846, 849, 851, 852,  
    856  
*Dewan Konstituante*  
    Perancis 752  
*Die Staatsorgane* 791  
*Direct Effect* 820, 821,  
835  
*Dispute* 702, 705, 706,  
784, 791, 894, 907,  
910

*Dissenting Opinion* 788,  
790  
*Due Process of Law* 913

## E

*Eenmalig* 734, 745  
*Elected Officials* 770  
*Equality Before The Law*  
913  
*Erga Omnes* 895, 901,  
902  
Eropa Kontinental 831  
*Executive Review* 867  
*Expressis Verbis* 701, 702,  
722, 724, 787

## F

Fairness 764, 768, 770,  
774  
*Founding Father* 849  
*Free*  
*Movement of Capital*  
827, 835  
*Movement of Goods*  
827, 835  
*Movement of Goods*  
*and Services* 835  
*Movement of Person*  
827, 835

## G

*Gemeinschaft* 847  
*General Theory of Law*  
*and State* 729, 753,  
785, 796, 914, 925  
*Genocide Convention* 887,  
892, 893, 894, 895  
Genosida 887, 892, 894-  
896

*Gesselchaft* 847  
*Gezagsverhouding* 843  
*Good Governance* 864,  
865  
*Grainne De Burca* 832,  
836  
*Grammatische*  
*Interpretatie* 778, 779,  
783  
*Grondrechten* 914  
*Guarantees of The*  
*Constitution* 914

## H

Hak  
Budget 730, 751  
Guna Bangunan 799,  
801  
Usaha 801  
Hak-Hak  
Azasi Manusia 780  
Konstitusional 704,  
721, 733, 757, 771,  
773, 821, 831, 835,  
866, 911, 925  
Milik 801  
Pilih 757, 766, 767,  
777

Helsinki 855  
*Het Herziene Indonesisch*  
*Reglement* 910

## Hukum

Eropa 829  
Lingkungan 918  
Tata Negara 735, 754,  
780, 781, 796, 797,  
866, 909, 911, 926  
*Human Rights Watch* 882  
*Hypothetical* 829, 834

## I

*Impossibility* 769, 770,  
771  
*Impunity* 898  
*Inability* 899  
*Incumbent* 764  
India 826, 827, 881, 918  
Indonesia 820-828, 830-  
832, 834-837, 880-  
882, 884, 905, 909,  
911-926  
Inggris 827, 831  
*International*  
*Crime* 891  
*Criminal Tribunal for*  
*Former Yugoslavia*  
899  
*Internationalized*  
*Domestic Tribunal* 897  
*International*  
*Law Commission* 885,  
891  
*Wrongful Act* 885  
*Wrongful Behavior*  
884

## J

Jawa Tengah 859, 860,  
863, 868-871, 875-  
877  
Jerman 752  
*Judicial*  
*Control* 906, 907, 910,  
920  
*Review* 729, 748, 750,  
758, 849, 860, 861,  
878, 879, 906, 907,  
911, 915, 919, 920,  
924

- K**  
 Kementerian Dalam Negeri 849  
 Ketetapan MPR Nomor XXV/MPRS/1966 763  
 Komunisme 763  
 Korea 752
- L**  
 Lapindo 741-743, 746-748, 751  
*Law-*  
     *Applying* 786  
     *Creating* 786  
*Legaliteits Beginsel* 914  
*Legal Standing* 735, 736, 747, 748, 784, 789, 790, 793-796, 867  
*Legal Standing* 918, 926  
*Legal Binding* 867  
*Legislative Review* 867  
 Lembaga Swadaya Masyarakat 859, 862
- M**  
 Mahkamah  
     Ad Hoc Den Haag 899  
     Agung 906, 909, 910, 920, 922, 923, 926  
     Agung Amerika Serikat 748, 751, 752  
     Konstitusi 701-707, 711-713, 721, 723, 724, 727-729, 735, 737, 748-750, 754, 755, 760-764, 766-772, 774, 776-779, 783, 784, 788, 791-794, 796-799, 801, 804, 806-809, 815, 816, 820, 822, 824, 825, 828, 830-833, 835, 859, 861-866, 868, 872, 873, 875-878, 819, 879, 906, 909  
     Pidana Internasional 898, 900, 904, 905  
     Malaysia 881, 882  
     Marxisme-Leninisme 763  
     Mental Capacity 884  
     Modern Constitutionalism 781  
     *Movement of Person* 827, 835  
     Myanmar 880, 881, 882, 883, 884, 902, 903
- N**  
*Negative*  
     *Budgeter* 728, 729, 748  
     *Legislature* 728-731, 749, 750, 753  
*Niet Ontvankelijke Verklaard* 784  
*Norm*  
     *Applying* 785  
     *Creating* 785  
     Nunukan 918, 922, 925
- O**  
*Objectum Litis* 779, 788-791, 793, 796  
*Open Legal Policy* 746, 748  
 Organ 780, 781, 784-787, 796, 908, 913, 915  
 Otonomi Daerah 840-842, 844, 846, 849, 850, 856, 857, 858  
     Khusus 853, 854, 855
- P**  
*Parliamentary Supremacy* 864, 865  
 Pegawai Negeri Sipil (PNS) 762, 764, 771  
 Pemilu 750, 757, 759, 762-767, 769, 772-775, 777, 848, 859, 864, 870  
 Pengadilan Negeri 820, 831-833, 835  
 Perancis 752  
 Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria 799, 801, 805, 816, 819  
 Peraturan Mahkamah Konstitusi 788, 792, 796, 798  
 Perjanjian Perkawinan 799, 807, 808  
 Pilkada 757, 767, 772, 773, 777  
 Plato 911  
*Policy Statement* 730  
*Political Review* 915  
 Politik Perempuan 863, 869, 879  
*Positive*  
     *Budgeter* 728, 729, 745, 748, 751, 753

- Legislature* 728, 729,  
749, 750, 751, 753
- Postnuptial Agreement*  
815
- Power Limit Power* 782
- Preliminary Ruling*  
*Procedure* 820, 821,  
828, 829, 833
- Prenuptial Agreement*  
815
- Prudential* 794, 795
- R**
- Rakhine 883
- Rechterlijke Controle* 909,  
913
- Rechtmatigheidstoetsing*  
914
- Rechtskarakter* 731
- Rechtsonzekerheid* 743
- Rechtsreglement*  
*Buitengewesten* 910
- Rechtsstaat* 781, 912, 925
- Refferal* 832, 833
- Regelling* 731
- Restituti of Kind* 889
- Retroaktif* 808, 809, 811
- Right To Be Candidate*  
761, 771
- Right To Vote* 758, 765,  
771
- Rohingya 880,-883, 903
- Roma, Italia 898
- Rule*  
*adjudication function*  
781  
*Application Function*  
781
- Making Function* 781  
*of Law* 781, 829, 861,  
912
- S**
- Sentralisasi 840, 844,  
850, 851
- Separation of Power* 782,  
861
- Spanyol 752
- Staatswill* 791
- Stakeholder* 840
- State Responsibility* 885,  
886
- Statuta Roma 896, 898,  
899, 900, 904, 905
- Strict Knit Structure* 826
- Subjectum Litis* 779, 788,  
790, 793, 796
- Sub-Ordinate* 831, 833
- Subsatnce* 833
- Substantive*  
*Justice* 865  
*Laws* 827, 834
- Supremacy of Law* 913
- T**
- Tentara Nasional  
Indonesia 762, 765-  
767, 771, 775
- Nasional Indonesia,  
Kepolisian Negara  
Republik Indonesia  
762, 771
- Thailand 881, 882
- The Concept of The State*  
*Organ* 785
- The Guardian Constitution*  
728, 729, 753
- The Guardian of The*  
*Constitution* 737, 752,  
821, 863
- The Protection of*  
*Fundamental Rights*  
861
- The Sole Interpreter of*  
*Constitution* 866
- Toetzingrechts* 866
- Treaty on European*  
*Union* 827, 835, 836
- Treaty on the Functioning*  
*of European Union*  
827, 835, 836
- Trias Politika 781, 785,  
790
- U**
- Unfriendly Country* 703
- Uni Eropa 820, 826-835
- Unitary State 853
- UU APBN 728-738, 743-  
749, 751-753
- W**
- Warga Negara Asing 799,  
801, 803
- Warga Negara Indonesia  
799, 801
- Welfare Rechtsstaat* 913
- Wetterlike-Grondslag* 914
- Y**
- Yugoslavia 893-895, 899,  
900
- Yunani 748, 781, 827
- Yuridis Normative 760
- Z**
- Zelfstandigheid 841

# Indeks Pengarang

## A

Achmad Sentosa 918,  
920  
Afif Syarif 841, 842, 856  
Agus Santoso 846, 856  
Ani Purwanti 859  
Anna Triningsih 778  
Arifin P. Soeria Atmadja  
731, 753  
Aristoteles 908, 911, 912

## B

Bagir Manan 719, 725,  
730, 753, 840, 841,  
843-846, 856, 915,  
925  
Benyamin Hosein 850  
Bismar Siregar 703  
Bojan Bugaric 749, 754  
Bryan A. Garner 884, 903

## C

C. De Rover 887  
Charles Tartlon 851  
Cholidin Nasir 906

## D

Damian Agata Yuvens  
799  
D. A. Rondineli 849  
Dian Puji N. Simatupang  
732, 753

## F

Fj. Stahl 912  
F. Sugeng Istanto 760,  
884, 885, 888, 904

## G

Gautama Budi Arundhati  
820  
Grainne De Burca 832,  
836  
G. Shabbir Cheema 849,  
850

## H

Hans Kelsen 729, 748,  
749, 753, 785, 786,  
796, 914, 925  
Harry Friedman 851  
Helsinki 855  
Hood Phillip 782

## I

Ian Brownlie 890, 904  
Ian Lienert 752, 754  
I Made Suwandi 848  
Indro Sugianto 918, 923,  
925

## J

Jazim Hamidi 834, 836  
Jimly Asshiddiqie 718,  
719, 725, 731, 735-  
737, 754, 780-782,  
784-786, 791, 794,  
796, 913, 925  
John Locke 781  
John Marshall 748  
John Mc. Gerry 852  
John Rawls 768, 774  
Josef Riwu Kaho 849,  
857  
Julius Stahl 780

## K

Khairul Fahmi 757, 759,  
774

## M

Malcolm N. Shaw 885,  
887, 904  
Maria Farida Indrati S  
734, 754  
Mei Susanto 728, 730,  
754  
Miriam Budiardjo 780,  
781, 797  
Moh. Hatta 846  
Montesquieu 781, 784,  
785, 790  
Moo-Kyung Jung 752,  
755  
Muhammad Ali Safa'at  
854  
Muhammad Ridwansyah  
838  
Mustafa Lutfi 834, 836

## N

Nalom Kurniawan 880  
Ni'matul Huda 849, 850,  
851, 852, 853, 857  
Nuzul Qur'aini Mardiya  
778

## P

Pan Mohamad Faiz 750,  
751, 755  
Paul Craig 832, 836

Paul Scholten 780  
Philips 780  
Plato 911

**R**

Rosalyn Higgins 884

**S**

Schwahzeberger 890  
Soepomo 845, 846

Sri Soemantri 906, 907,  
909, 911, 912, 925,  
926

Sugeng F. Istanto 888,  
890

Sunaryati Hartono 841,  
858

Syarif Hidayat 850, 858

**T**

Tarlton 852

**W**

Wade 780, 797



Jurnal Konstitusi  
menyampaikan terima kasih  
Kepada para  
Mitra Bestari/Penilai (*referee*)  
Volume 14 No. 1 - 4, Maret - Desember 2017

Prof. Dr. Ahmad Sodiki, S.H.  
Prof. Dr. Yuliandri, S.H., M.H.  
Prof. Masruchin Ruba'i, S.H., M.S.  
Prof. Moh. Bakri, S.H., M.S.  
Prof. Dr. Adji Samekto, S.H., M. Hum  
Prof. Dr. Zainul Daulay, S.H., M.H.  
Prof. Dr. Ni'matul Huda, S.H., M. Hum.  
Prof. Dr. I. Gusti Ayu Ketut Rachmi Handayani, S.H., M.M.  
Dr. Jazim Hamidi, S.H., M. Hum.  
Dr. M. Ali Safaat, S.H., M.H.  
Dr. Oky Burhamzah, S.H., M.H.  
Dr. Hesti Armiwulan, S.H., M. Hum.  
Dr. Bayu Dwi Anggono, S.H., M.H.





**Visi:**

Mengawal Tegaknya Konstitusi Melalui  
Peradilan Konstitusi yang Independen, Imparsial dan Adil

**Misi:**

- Membangun Sistem Peradilan Konstitusi yang Mampu Mendukung Penegakan Konstitusi
- Meningkatkan Pemahaman Masyarakat Mengenai Hak Konstitusional Warga Negara

ISSN 1829-7706



9 771829 770696