



JURNAL KONSTITUSI

Volume 15 Nomor 1, Maret 2018

- The Constitutional Court and Consolidation of Democracy in Indonesia
Luthfi Widagdo Eddyono
- Pancasila sebagai Sumber Hukum dalam Sistem Hukum Nasional
Fais Yonas Bo'a
- Optimalisasi Pemberian Bantuan Hukum Demi Terwujudnya *Access to Law and Justice* Bagi Rakyat Miskin
Suyogi Imam Fauzi dan Inge Puspita Ningtyas
- Hukum Internasional sebagai Alat Interpretasi dalam Pengujian Undang-Undang
Umbu Rauta dan Ninon Melatyugra
- Telaah Hermeneutika Pasal 211 KHI dalam Memberikan *Access to Justice* terkait Hibah dan Waris
Sakirman
- Prinsip Konstitusi Ekonomi dalam Privatisasi Badan Usaha Milik Negara
Josephin Mareta
- Strategi Penguatan Pengelolaan Bersama Minyak dan Gas Bumi di Wilayah Laut
Cut Asmaul Husna TR
- Aksiologis Mahkamah Konstitusi dalam Mewujudkan Demokrasi di Aceh
Cakra Arbas
- Inkonstitusionalitas Sistem *Unbundling* dalam Usaha Penyediaan Listrik
Jefri Porkonanta Tarigan
- Penataan Kelembagaan Pengujian Norma Hukum di Indonesia
Tanto Lailam

JK	Vol. 15	Nomor 1	Halaman 001 - 230	Jakarta Maret 2018	P-ISSN 1829-7706 E-ISSN 2548-1657
----	---------	---------	----------------------	-----------------------	--------------------------------------

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

KEPANITERAAN DAN SEKRETARIAT JENDERAL
MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA



MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA

JURNAL KONSTITUSI

Vol. 15 No. 1	P-ISSN 1829-7706 E-ISSN: 2548-1657	Maret 2018
Terakreditasi LIPI Nomor: 613/Akred/P2MI-LIPI/03/2015 Terakreditasi DIKTI Nomor: 040/P/2014		

Jurnal Konstitusi memuat naskah hasil penelitian atau kajian konseptual yang terkait dengan putusan Mahkamah Konstitusi, isu-isu ketatanegaraan dan kajian hukum konstitusi.

Jurnal Konstitusi adalah media triwulan, terbit sebanyak empat nomor dalam setahun (Maret, Juni, September, dan Desember).

Susunan Redaksi

(Board of Editors)

Pemimpin Redaksi

(Chief Editor)

Mohammad Mahrus Ali

Redaktur Pelaksana

(Managing Editors)

Nalom Kurniawan

Helmi Kasim

Intan Permata Putri

Melisa Fitria Dini

Sekretaris

(Secretary)

Yuni Sandrawati

Tata Letak & Sampul

(Layout & cover)

Nur Budiman

Alamat *(Address)*

Redaksi Jurnal Konstitusi

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia

Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta 10110

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

E-mail: jurnal@mahkamahkonstitusi.go.id

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

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



JURNAL KONSTITUSI

Volume 15 Nomor 1, Maret 2018

DAFTAR ISI

Pengantar Redaksi	iii - vi
The Constitutional Court and Consolidation of Democracy in Indonesia	
Luthfi Widagdo Eddyono	001-026
Pancasila sebagai Sumber Hukum dalam Sistem Hukum Nasional	
Fais Yonas Bo'a	027-049
Optimalisasi Pemberian Bantuan Hukum Demi Terwujudnya <i>Access to Law and Justice</i> Bagi Rakyat Miskin	
Suyogi Imam Fauzi dan Inge Puspita Ningtyas	050-072
Hukum Internasional sebagai Alat Interpretasi dalam Pengujian Undang-Undang	
Umbu Rauta dan Ninon Melatyugra	073-094
Telaah Hermeneutika Pasal 211 KHI dalam Memberikan <i>Access to Justice</i> terkait Hibah dan Waris	
Sakirman	095-117
Prinsip Konstitusi Ekonomi dalam Privatisasi Badan Usaha Milik Negara	
Josefhin Mareta	118-139

Strategi Penguatan Pengelolaan Bersama Minyak dan Gas Bumi di Wilayah Laut	
Cut Asmaul Husna TR	140-163
Aksiologis Mahkamah Konstitusi dalam Mewujudkan Demokrasi di Aceh	
Cakra Arbas	164-184
Inkonstitusionalitas Sistem <i>Unbundling</i> dalam Usaha Penyediaan Listrik	
Jefri Porkonanta Tarigan	185-205
Penataan Kelembagaan Pengujian Norma Hukum di Indonesia	
Tanto Lailam	206-230

Biodata

Pedoman Penulisan

legitimasi secara yuridis melalui TAP MPR Nomor XX/MPRS/1966 tentang Memorandum DPR-GR Mengenai Sumber Tertib Hukum Republik Indonesia dan Tata Urutan Peraturan Perundang Republik Indonesia. Setelah reformasi, keberadaan Pancasila tersebut kembali dikukuhkan dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 yang kemudian diganti dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Peraturan Perundang-Undangan. Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum memberi makna bahwa sistem hukum nasional wajib berlandaskan Pancasila. Akan tetapi, kini keberadaan Pancasila tersebut kian tergerus dalam sistem hukum nasional. Hal demikian dilatarbelakangi oleh tiga alasan yaitu: *pertama*, adanya sikap resistensi terhadap Orde Baru yang memanfaatkan Pancasila demi kelanggengan kekuasaan yang bersifat otoriter. *Kedua*, menguatnya pluralisme hukum yang mengakibatkan terjadinya kontradiksi-kontradiksi atau disharmonisasi hukum. *Ketiga*, status Pancasila tersebut hanya dijadikan simbol dalam hukum.

Artikel ketiga yang berjudul “Optimalisasi Pemberian Bantuan Hukum Demi Terwujudnya *Access to Law and Justice* Bagi Rakyat Miskin” oleh Suyogi Imam Fauzi dan Inge Puspita Ningtyas mengkaji pemberian bantuan hukum sebagai salah satu cara untuk mewujudkan *access to law and justice* bagi rakyat miskin atas amanat dari konstitusi. Beberapa regulasi mengenai bantuan hukum telah dikeluarkan oleh negara melalui Undang-Undang dan peraturan pelaksanaannya, Mahkamah Agung ataupun Mahkamah Konstitusi melalui Peraturan Mahkamah Agung maupun putusan Mahkamah Konstitusi. Belum efektifnya penerapan pemberian bantuan hukum di Indonesia merupakan suatu *legal issue* yang menarik untuk dikaji lebih dalam agar dapat mengetahui permasalahan utama yang menyebabkan belum efektifnya pemberian bantuan hukum di Indonesia. Artikel ini akan memaparkan hasil penelitian normatif-empiris terkait penyediaan *Access to Law and Justice* bagi rakyat yang mengambil lokasi di 5 daerah yaitu DKI Jakarta, Kabupaten Surakarta, Kabupaten Pekalongan, Kabupaten Wonosobo dan Kabupaten Banyumas (Purwokerto) dan *purposive sample* meliputi advokat, organisasi advokat, lembaga bantuan hukum, pengadilan negeri dan penerima bantuan hukum.

Artikel keempat berjudul “Hukum Internasional sebagai Alat Interpretasi dalam Pengujian Undang-Undang” oleh Uumbu Rauta dan Ninon Melatyugra menjawab dua isu utama mengenai hubungan hukum internasional dan pengujian undang-undang oleh Mahkamah Konstitusi RI (MKRI). Isu pertama adalah legitimasi penggunaan hukum internasional sebagai alat interpretasi dalam pengujian undang-undang, sedangkan isu kedua adalah urgensi penguasaan hukum internasional oleh hakim MKRI. Justifikasi keabsahan praktik penggunaan hukum internasional tersebut ditarik dari tradisi ketatanegaraan yang secara implisit dikehendaki UUD NRI Tahun 1945. Manfaat positif yang diberikan hukum internasional nyatanya harus disertai juga dengan penguasaan hukum internasional oleh hakim MKRI supaya hukum internasional dapat digunakan secara tepat.

Artikel kelima berjudul “Telaah Hermeneutika Pasal 211 KHI dalam Memberikan *Access to Justice* terkait Hibah dan Waris” oleh Sakirman mengkaji permasalahan konsep pembagian harta warisan dalam Islam dilaksanakan ketika pewaris telah meninggal dunia. Namun, pada praktiknya banyak terjadi bahwa kewarisan dilaksanakan oleh pewaris dalam hal ini adalah orang tua kepada anaknya ketika orang tua masih hidup dengan menggunakan usaha alternatif berupa hibah. Hal ini telah diberikan legalisasi dengan dirumuskannya Pasal 211 dalam Kompilasi Hukum Islam, yang seakan memberikan legalisasi terhadap praktik kewarisan dengan menabrak ortodoksi konsep kewarisan Islam yang sudah baku. Tulisan ini hadir untuk menelaah substansi dan menakar nilai-nilai hukum yang termaktub dalam Pasal 211 Kompilasi Hukum Islam dengan menggunakan pendekatan hermenutika hukum. Sehingga, permasalahan pokok dalam tulisan ini adalah bagaimana hibah orang tua kepada anak sebagai pengganti waris menurut Kompilasi Hukum Islam dalam Pasal 211. Hasil akhir dari tulisan yang tidak bersifat final ini menunjukkan bahwa pembagian harta hibah sebagai pengganti waris kepada anak dilatarbelakangi atas perkembangan hukum Islam. Potret hukum Islam tidak terlepas dari wacana pembaharuan hukum Islam menuju hukum yang berkeadilan.

Artikel keenam berjudul “Prinsip Konstitusi Ekonomi dalam Privatisasi Badan Usaha Milik Negara” oleh Josephin Mareta mengkaji permasalahan peningkatan produktivitas dan efisiensinya adalah BUMN dikarenakan kinerja BUMN yang dinilai belum memuaskan dan masih terdapatnya birokrasi yang menyebabkan profesionalisme BUMN menjadi rendah. Privatisasi yang dilakukan sebagai upaya meningkatkan efisiensi BUMN menyebabkan berkurangnya kontrol dan proteksi negara terhadap badan-badan usaha yang menyentuh sektor publik. Pemaknaan terhadap hak menguasai negara adalah negara melakukan pengaturan, pengurusan dan pengolahan, serta pengawasan sehingga negara dapat menyerahkan pengelolaannya pada pihak swasta dengan pengawasan pemerintah.

Artikel selanjutnya berjudul “Strategi Penguatan Pengelolaan Bersama Minyak dan Gas Bumi di Wilayah Laut” oleh Cut Asmaul Husna TR mengkaji kondisi tatanan tektonik dan geologi Aceh memiliki prospek untuk dilakukan eksplorasi dan pengembangan serta produksi Minyak dan Gas Bumi, baik di Wilayah Darat maupun di Wilayah Laut. Penemuan cadangan Minyak dan Gas baru di Aceh diharapkan dapat meningkatkan Penerimaan Negara dan Penerimaan Pemerintah Aceh dalam membangun infrastruktur dan Ketahanan Energi Aceh untuk melahirkan kembali industri-industri skala internasional. Ketentuan dalam Pasal 3 Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2015 tentang Pengelolaan Bersama Sumber Daya Alam Minyak dan Gas Bumi di Aceh, kewenangan pengelolaan Migas pada Wilayah Laut 12 (dua belas) sampai dengan 200 (dua ratus) mil laut yang merupakan Zona Ekonomi Eksklusif (ZEE) dikelola dan dilaksanakan Pemerintah Pusat dengan mengikutsertakan Pemerintah Aceh. Tafsir dalam 3 (tiga) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 002/PUU-I/2003, 20/PUU-V/2007 dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 36/PUU-X/2012 Tentang Uji Materiil Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 Tentang Minyak

dan Gas Bumi Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 bahwa penguasaan negara terhadap sumber daya alam dan cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak dimaknai sebagai mandat yang harus dilaksanakan oleh pemerintah untuk mengadakan kebijakan (*beleid*), pengurusan (*bestuursdaad*), pengaturan (*regelendaad*), pengelolaan (*beheersdaad*), dan pengawasan (*toezichthoudensdaad*) untuk tujuan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

Artikel kedelapan berjudul “Aksiologis Mahkamah Konstitusi dalam Mewujudkan Demokrasi di Aceh” oleh Cakra Arbas mengkaji permasalahan terkait kontestan pilkada tidak hanya berasal dari partai politik, melainkan seiring dinamika pilkada yang terjadi di Aceh Tahun 2006, telah menuntut Mahkamah Konstitusi bernilai aksiologis melalui berbagai putusannya untuk mengakomodir calon perseorangan dalam kontestasi pilkada secara nasional. Bagaimana latar belakang implementasi calon perseorangan dalam pesta demokrasi, khususnya melalui pilkada? Bagaimana aksiologis mahkamah konstitusi dalam mengokohkan perwujudan nilai demokrasi, khususnya pada daerah otonom Aceh? Keberadaan calon perseorangan dalam kontestasi pilkada nasional, diawali ketika pelaksanaan pilkada di Aceh pada Tahun 2006. Berawal dari pelaksanaan pilkada di Aceh timbulnya kesadaran kolektif masyarakat tentang urgensi calon perseorangan, fase berikutnya dilakukan *judicial review* atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, bermuara dengan putusan MK Nomor 5/PUU-V/2007, yang pada hakikatnya mengakomodir calon perseorangan sebagai salah satu kontestan dalam pilkada secara nasional. Mahkamah Konstitusi berperan secara aktif, menjadi lembaga negara yang bernilai aksiologis melalui berbagai putusannya seperti pada Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 35/PUU-VIII/2010, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 108/PHPU.D-IX/2011, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 1/SKLN-X/2012 dalam rangka meluruskan berbagai friksi dan sengkaret yang melingkupi Pilkada di Aceh.

Artikel selanjutnya berjudul “Inkonstitusionalitas Sistem *Unbundling* dalam Usaha Penyediaan Listrik” oleh Jefri Porkonanta Tarigan, fungsi negara tidak hanya sebagai *regulator* (pengatur) dan *umpire* (wasit), namun juga berfungsi sebagai *provider* (penyedia) dan *entrepreneur* (pengusaha). Oleh karena itu, sudah seharusnya negara terlibat langsung dalam usaha penyediaan listrik untuk kepentingan umum bagi sebesar-besarnya kemakmuran rakyat sebagaimana amanat Pasal 33 UUD 1945. Usaha penyediaan listrik untuk kepentingan umum dengan *unbundling system* yaitu terpisahnya antara usaha pembangkitan, transmisi, distribusi, dan penjualan listrik, telah dinyatakan inkonstitusional oleh Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003, bertanggal 15 Desember 2004. Namun kemudian adanya putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 149/PUU-VII/2009, bertanggal 30 Desember 2010, justru dipandang sebagai peluang dibolehkannya kembali sistem *unbundling* dalam usaha penyediaan listrik sebagaimana ketentuan Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 tentang Ketenagalistirikan. Hal tersebut kemudian mendorong diajukannya kembali permohonan pengujian terhadap ketentuan

Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009. Melalui Putusan Nomor 111/PUU-XIII/2015, bertanggal 14 Desember 2016, Mahkamah Konstitusi pun menegaskan bahwa *unbundling* dalam usaha penyediaan tenaga listrik adalah tidak sesuai dengan konstitusi.

Artikel terakhir berjudul “Penataan Kelembagaan Pengujian Norma Hukum di Indonesia” oleh Tanto Lailam. Artikel ini membahas tentang penataan kelembagaan pengujian norma hukum di Indonesia, yang diawali dengan pembahasan problematika kelembagaan dan praktik pengujian norma hukum saat ini dan gagasan penataan lembaga ke depan. Hasil Kajian menunjukkan bahwa beberapa persoalan, meliputi: yaitu: (1) kelembagaan yang tidak ideal dan tidak sesuai dengan *checks and balances system*, hal ini terbukti banyaknya lembaga yang terlibat dalam pengujian norma, yakni: MK, MA, dan Mendagri – Gubernur (Wakil Pemerintah Pusat); (2) persoalan objek pengujian yang tidak memiliki batasan yang jelas; (3) dalam praktik, persoalan tolok ukur pengujian terjadi kerumitan, terutama dalam penggunaan tolok ukur dalam menilai pertentangan norma hukum. Gagasan penataan kelembagaan ini didesain untuk kelembagaan satu atap pada MK, yang didasari argumentasi bahwa: MK sebagai pengawal Pancasila dan UUD 1945, dalam rangka penataan kelembagaan yang berbasis pada mekanisme *checks and balances system*, mewujudkan hierarkisitas peraturan perundang-undangan yang berkelanjutan. Implementasi pengujian formil dalam praktik pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang, penataan regulasi menjadi lebih tersistem dan pengujian produk hukum tertentu merupakan pintu masuk untuk melihat semua persoalan pertentangan normanya pada setiap hierarki. Pada sisi yang lain, objek dalam sistem pengujian peraturan perundang-undangan juga belum terintegrasi menurut konstitusi dan belum mengarah pada penataan sistem hierarki norma hukum dan upaya harmonisasi norma hukum. Sistem konstitusi dengan paradigma “*the supreme law of the land*” mengharuskan seluruh peraturan dibawahnya harus bersumber dan tidak boleh bertentangan, Berpijak pada prinsip “tidak boleh satu detik pun ada peraturan perundang-undangan yang berpotensi melanggar konstitusi tanpa bisa diluruskan atau diuji melalui pengujian yudisial”.

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

Redaksi Jurnal Konstitusi

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

Luthfi Widagdo Eddyono

The Constitutional Court and Consolidation of Democracy in Indonesia

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 15 No. 1 p. 001-026

The amendment of 1945 Constitution was stipulated and conducted gradually and became one of the agendas of the Meetings of the People's Consultative Assembly (Majelis Permusyawaratan Rakyat) from 1999 until 2002. It happened after the resignation of President Soeharto on May 21, 1998, that already in power for almost 32 years. In the reform era, Indonesia has taken comprehensive reform measures by bringing the sovereignty back to the hand of the people. To safeguard the supremacy of the 1945 Constitution, the Constitutional Court of Indonesia is formed as one of the judiciary authority organizing court proceedings to enforce the law and justice. This article analyzes the consolidation of democracy in Indonesia, the role of Constitutional Court of Indonesia based on its authority and describe how its decision has significant support for consolidation of democracy in Indonesia. The result of the research then shows that the Constitutional Court has made a positive influence in Indonesian consolidation of democracy. The Constitutional Court is also handy for upholding the constitutional norm, especially about state institutions and human rights. The Constitutional Court has taken an essential role in the consolidation of democracy in Indonesia through its decisions in judicial review of acts and resolving election disputes.

Keywords: Amendment of 1945, Consolidation of Democracy, Indonesian Constitutional Court.

Luthfi Widagdo Eddyono

Mahkamah Konstitusi dan Konsolidasi Demokrasi di Indonesia

Jurnal Konstitusi Vol. 15 No. 1

Perubahan UUD 1945 yang dilakukan secara bertahap dari 1999-2002 merupakan agenda utama pertemuan Majelis Permusyawaratan Rakyat. Perubahan konstitusi tersebut dilakukan pasca berhentinya Presiden Soeharto pada 21 Mei 1998 yang sudah berkuasa hampir 32 tahun. Pada era reformasi, Indonesia berupaya melakukan reformasi yang komprehensif untuk mengembalikan kekuasaan kembali kepada rakyat. Untuk menjaga supremasi konstitusi, dibentuklah Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia sebagai bagian dari kekuasaan kehakiman yang menyelenggarakan peradilan ketatanegaraan dan menegakkan hukum dan keadilan. Tulisan ini menganalisis konsolidasi demokrasi di Indonesia, peran Mahkamah Konstitusi berdasarkan kewenangan konstitusionalnya, dan menjelaskan bagaimana putusan Mahkamah Konstitusi memberikan dukungan yang signifikan terhadap konsolidasi demokrasi di Indonesia. Hasil penelitian menunjukkan bahwa bahwa Mahkamah Konstitusi memang memberikan pengaruh positif terhadap konsolidasi demokrasi di Indonesia. Mahkamah Konstitusi berhasil menegakkan hukum berdasarkan konstitusi khususnya terhadap norma bagi lembaga negara dan hak asasi manusia. Mahkamah Konstitusi memberikan pengaruh penting dalam konsolidasi demokrasi melalui putusan-putusan pengujian undang-undang dan penyelesaian sengketa pemilihan umum.

Kata kunci: Perubahan UUD 1945, Konsolidasi Demokrasi, Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.

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

Fais Yonas Bo'a

Pancasila sebagai Sumber Hukum dalam Sistem Hukum Nasional

Jurnal Konstitusi Vol. 15 No. 1 hlm. 027-049

Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum sudah mendapatkan legitimasi secara yuridis melalui TAP MPR Nomor XX/MPRS/1966 tentang Memorandum DPR-GR Mengenai Sumber Tertib Hukum Republik Indonesia dan Tata Urutan Peraturan Perundang Republik Indonesia. Setelah reformasi, keberadaan Pancasila tersebut kembali dikukuhkan dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 yang kemudian diganti dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Peraturan Perundang-Undangan. Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum memberi makna bahwa sistem hukum nasional wajib berlandaskan Pancasila. Akan tetapi, keberadaan Pancasila tersebut semakin tergerus dalam sistem hukum nasional. Hal demikian dilatarbelakangi oleh tiga alasan yaitu: *pertama*, adanya sikap resistensi terhadap Orde Baru yang memanfaatkan Pancasila demi kelanggengan kekuasaan yang bersifat otoriter. *Kedua*, menguatnya pluralisme hukum yang mengakibatkan terjadinya kontradiksi-kontradiksi atau disharmonisasi hukum. *Ketiga*, status Pancasila tersebut hanya dijadikan simbol dalam hukum. Untuk itu, perlu dilakukan upaya-upaya untuk menerapkan Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum dalam sistem hukum nasional yaitu: *pertama*, menjadikan Pancasila sebagai suatu aliran hukum agar tidak terjadi lagi disharmonisasi hukum akibat diterapkannya pluralisme hukum. *Kedua*, mendudukan Pancasila sebagai puncak peraturan perundang-undangan agar Pancasila memiliki daya mengikat terhadap segala jenis peraturan perundang-undangan sehingga tidak melanggar asas *lex superioris derogat legi inferiori*.

Kata kunci: Pancasila, Sumber Hukum, Sistem Hukum.

Fais Yonas Bo'a

Pancasila as the Source of Law in the National Legal System

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 15 No. 1

*Pancasila as the source of all sources of law has obtained legitimacy legally through the Decree of the People's Consultative Assembly Number XX / MPRS / 1966 on the Memorandum of the House of Representatives-Gotong Royong Regarding the Sources of Law and the Order of the Republic of Indonesia. After the reformation, the existence of Pancasila was re-confirmed in Law Number 10 Year 2004 which was subsequently replaced by Law Number 12 Year 2011 on Legislation Regulation. Pancasila as the source of all sources of law gives meaning that the national legal system must be based on Pancasila. However, now the existence of Pancasila is increasingly eroded in the national legal system. This is motivated by three reasons: first, the existence of resistance to the New Order that utilizes Pancasila for the sake of perpetuity of authoritarian power. Second, the strengthening of legal pluralism that resulted in legal contradictions or disharmony. Third, the status of Pancasila is only used as a symbol in law. Therefore, efforts should be made to implement Pancasila as the source of all sources of law in the national legal system: first, make Pancasila as a flow of law in order to avoid legal disharmonization due to the application of legal pluralism. Secondly, Pretend Pancasila as the top of legislation so that Pancasila have binding power against all kinds of laws and regulations so that it does not violate the principle of *lex superiori derogat legi inferiori*.*

Keywords: *Pancasila, The Sources of Law, Law System.*

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

Suyogi Imam Fauzi dan Inge Puspita Ningtyas

Optimalisasi Pemberian Bantuan Hukum Demi Terwujudnya *Access to Law and Justice* Bagi Rakyat Miskin

Jurnal Konstitusi Vol. 15 No. 1 hlm. 050-072

Pemberian bantuan hukum merupakan salah satu cara untuk mewujudkan *access to law and justice* bagi rakyat miskin yang diberikan oleh negara atas amanat dari konstitusi. Beberapa regulasi mengenai bantuan hukum telah dikeluarkan oleh negara melalui Undang-Undang dan peraturan pelaksanaannya maupun dari Mahkamah Agung ataupun Mahkamah Konstitusi melalui Peraturan Mahkamah Agung maupun putusan Mahkamah Konstitusi. Akan tetapi fakta di masyarakat, regulasi yang dibuat itu belum efektif dijalankan sehingga makna *access to law and justice* menjadi bias. Belum efektifnya penerapan dalam pemberian bantuan hukum di Indonesia merupakan suatu *legal issue* yang menarik untuk dikaji lebih dalam agar dapat mengetahui permasalahan utama yang menyebabkan belum efektifnya pemberian bantuan hukum di Indonesia yang nantinya dicarikan solusi dari gagasan yang menjadi formulasi sebagai optimalisasi pemberian bantuan hukum di Indonesia. *Legal Issue* yang dicari yaitu persoalan-persoalan dalam penerapan pemberian bantuan hukum dan Formulasi bagaimana penerapan pemberian bantuan hukum dapat berjalan secara optimal. Artikel ini akan memaparkan secara sistematis dan ilmiah dengan menggunakan metode normatif-empiris yang mengambil lokasi di 5 daerah yaitu DKI Jakarta, Kabupaten Surakarta, Kabupaten Pekalongan, Kabupaten Wonosobo dan Kabupaten Banyumas (Purwokerto) dan *purposive sample* meliputi advokat, organisasi advokat, lembaga bantuan hukum, pengadilan negeri dan penerima bantuan hukum. Berdasarkan hasil penelitian terdapat beberapa persoalan-persoalan dalam penerapan pemberian bantuan hukum di masyarakat yang menjadikan pemberian bantuan hukum bagi rakyat miskin menjadi belum efektif, oleh sebab itu, diperlukan suatu optimalisasi pemberian bantuan hukum bagi rakyat miskin yang menjadi suatu gagasan untuk menjawab persoalan tersebut untuk mewujudkan *access to law and justice* bagi rakyat miskin.

Kata Kunci: Bantuan Hukum, Hak Konstitusional, *Access to Law and Justice*

Suyogi Imam Fauzi dan Inge Puspita Ningtyas

Optimization of Legal Assistance to the Fullest Access to Law and Justice for Poor People

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 15 No. 1

Legal Aid is a way to implementing access to law and justice for the poor which is Mandate from the State listed in the constitution. Some regulations concerning legal assistance have been issued by the state through the rule and implementing regulations and also from the Supreme Court through and Constitutional Court by the Supreme Court Regulation or Constitutional Decision. However, in fact the regulation has not been effectively implemented, so that the meaning of access to law and justice becomes refracted. The ineffectiveness of application in the provision of legal assistance in Indonesia is an interesting legal issue to be reviewed deeper to find out the main problems that have caused the ineffectiveness of providing legal assistance in Indonesia which will be sought solutions from ideas that become formulation as the optimization of legal assistance in Indonesia. Legal Issues sought are issues in the application of legal aid provision and Formulation how the application of legal assistance can applied optimally. This article will describe systematically and scientifically using the normative-empirical method that takes place in 5 areas, DKI Jakarta, Surakarta Regency, Pekalongan Regency, Wonosobo Regency and Banyumas Regency (Purwokerto) and purposive sample includes advocate, BAR organization, legal assistance organization, state courts and legal aid recipients. Based on the results of the study there are several problems in the implementation of providing legal aid in the community that makes the provision of legal aid for the poor is not effective, therefore required an optimization of legal aid for the poor who became an idea to answer the problem to realize access to law and justice for the poor.

Keywords: *Legal Assistance, Constitutional Rights, Access to Law and Justice*

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

Umbu Rauta dan Ninon Melatyugra

Hukum Internasional sebagai Alat Interpretasi dalam Pengujian Undang-Undang

Jurnal Konstitusi Vol. 15 No. 1 hlm. 073-094

Tulisan ini ingin menjawab dua isu utama mengenai hubungan hukum internasional dan pengujian undang-undang oleh Mahkamah Konstitusi RI (MKRI). Isu pertama adalah legitimasi penggunaan hukum internasional sebagai alat interpretasi dalam pengujian undang-undang, sedangkan isu kedua adalah urgensi penguasaan hukum internasional oleh hakim MKRI. Tulisan ini merupakan penelitian hukum yang menggunakan pendekatan konseptual dan pendekatan historis dalam menjelaskan perkembangan pengujian undang-undang di Indonesia sekaligus menemukan legitimasi penggunaan hukum internasional oleh MK RI. Kesimpulan dari tulisan ini menegaskan bahwa hukum internasional memiliki sumbangsih yang penting dalam perannya sebagai alat interpretasi dalam proses pengujian undang-undang oleh Mahkamah Konstitusi, khususnya terkait hak asasi manusia. Justifikasi keabsahan praktik penggunaan hukum internasional tersebut ditarik dari tradisi ketatanegaraan yang secara implisit dikehendaki UUD NRI Tahun 1945. Manfaat positif yang diberikan hukum internasional nyatanya harus disertai juga dengan penguasaan hukum internasional oleh hakim MK RI supaya hukum internasional dapat digunakan secara tepat. Pembahasan dalam tulisan ini dibagi ke dalam empat sub bahasan inti yakni, pengujian undang-undang, penggunaan hukum internasional sebagai *the interpretative tool* dalam pengujian undang-undang oleh MK, legitimasi penggunaan hukum internasional sebagai *the interpretative tool* dalam pengujian undang-undang, pentingnya penguasaan hukum internasional oleh hakim MK.

Kata kunci: hukum internasional; mahkamah konstitusi; interpretasi konstitusional; pengujian undang-undang.

Umbu Rauta dan Ninon Melatyugra

International Law as an Interpretative Tool in Judicial Review

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 15 No. 1

This article intentionally answers two principal issues regarding the relationship between international law and judicial review by the Constitutional Court of the Republic of Indonesia. The first issue is the legitimacy of international use as an interpretative tool in judicial review. The second issue talks about the necessity of urgent international law mastery by the Constitutional Court's judges. This legal research utilizes both a conceptual approach and a historical approach to explain the development of judicial review in Indonesia, and to find legitimacy of international law by the Constitutional Court. The analysis in this article affirms that international law positively contributes as an interpretative tool in judicial review by the Constitutional Court, particularly pertaining to human rights. A justification of a legitimate international law use is withdrawn from constitutional tradition which is implicitly desired by the Indonesian Constitution (UUD NRI 1945). Since international law has provided better insights into norms, a mastery of international law should be encouraged. There are four main discussions in this article: judicial review, application of international law in judicial review process, legitimacy of international law application in judicial review, and the importance of international law mastering by Constitutional Court judges.

Keywords: *International Law; Constitutional Court; Constitutional Interpretation; Judicial Review.*

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

Sakirman

Telaah Hermeneutika Pasal 211 KHI dalam Memberikan *Access to Justice* terkait Hibah dan Waris

Jurnal Konstitusi Vol. 15 No. 1 hlm. 095-117

Pada dasarnya konsep pembagian harta warisan dalam Islam dilaksanakan ketika pewaris telah meninggal dunia. Namun, pada praktiknya banyak terjadi bahwa kewarisan dilaksanakan oleh pewaris dalam hal ini adalah orang tua kepada anaknya ketika orang tua masih hidup dengan menggunakan usaha alternatif berupa hibah. Hal ini telah diberikan legalisasi dengan dirumuskannya Pasal 211 dalam Kompilasi Hukum Islam, yang seakan memberikan legalisasi terhadap praktik kewarisan dengan menabrak ortodoksi konsep kewarisan Islam yang sudah baku. Tulisan ini hadir untuk menelaah substansi dan menakar nilai-nilai hukum yang termaktub dalam Pasal 211 Kompilasi Hukum Islam dengan menggunakan pendekatan hermeneutika hukum. Sehingga, permasalahan pokok dalam tulisan ini adalah bagaimana hibah orang tua kepada anak sebagai pengganti waris menurut Kompilasi Hukum Islam dalam Pasal 211. Hasil akhir dari tulisan yang tidak bersifat final ini menunjukkan bahwa pembagian harta hibah sebagai pengganti waris kepada anak dilatarbelakangi atas perkembangan hukum Islam. Potret hukum Islam tidak terlepas dari wacana pembaharuan hukum Islam menuju hukum yang berkeadilan.

Kata kunci: Hibah, Waris, Kompilasi Hukum Islam

Sakirman

Hermeneutic Analysis of Article 211 of KHI in Providing the Access to Justice for the Grant and Inheritance

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 15 No. 1

Basically the concept of division of inheritance in Islam is executed when the heir has passed away. In practice, however, much of the inheritance exercised by the testator in this case is the parent to the child when the parent is alive by using an alternate venture. This has been legalized by the formulation of Article 211 in the Compilation of Islamic Law, which seems to provide legalization of inheritance practices by bumping into the orthodoxy of a standard Islamic inheritance concept. This paper is present to examine the substance and measure the legal values contained in Article 211 of the Compilation of Islamic Law by using a legal hermeneutic approach. Thus, the main issue in this paper is how the parent grants to the child as a substitute for inheritance according to the Compilation of Islamic Law in article 211. The final result of this non-final writing shows that the distribution of grant property as a substitute for inheritance to the child is motivated by the development of Islamic law. Portrait of Islamic law can not be separated from the discourse of Islamic law reform to law of justice.

Keywords: Grant, Inheritance, Compilation of Islamic Law

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

Josefhin Mareta

Prinsip Konstitusi Ekonomi dalam Privatisasi Badan Usaha Milik Negara

Jurnal Konstitusi Vol. 15 No. 1 hlm. 118-139

Salah satu kekuatan ekonomi nasional yang perlu ditingkatkan produktivitas dan efisiensinya adalah BUMN dikarenakan kinerja BUMN yang dinilai belum memuaskan dan masih terdapatnya birokrasi yang menyebabkan profesionalisme BUMN menjadi rendah. Privatisasi yang dilakukan sebagai upaya meningkatkan efisiensi BUMN menyebabkan berkurangnya kontrol dan proteksi negara terhadap badan-badan usaha yang menyentuh sektor publik. Tulisan ini memberikan analisis terhadap pelaksanaan privatisasi BUMN di Indonesia dan penerapan prinsip konstitusi ekonomi dalam kebijakan privatisasi BUMN di Indonesia. Dari analisis yang ada, penulis menyimpulkan bahwa privatisasi menjadi salah satu kebijakan yang dilakukan oleh pemerintah untuk menyelesaikan masalah strategis pada BUMN yang dinilai dari kinerja keuangan dan kinerja non keuangan berupa terwujudnya manajemen yang profesional dan transparan sesuai prinsip tata kelola perusahaan yang baik. Pemaknaan terhadap hak menguasai negara adalah negara melakukan pengaturan, pengurusan dan pengolahan, serta pengawasan sehingga negara dapat menyerahkan pengelolaannya pada pihak swasta dengan pengawasan pemerintah.

Kata Kunci: Konstitusi Ekonomi, Privatisasi, Badan Usaha Milik Negara

Josefhin Mareta

The Economic Constitutional Principles In Privatization of State Owned Enterprises

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 15 No. 1

One of the strengths of the national economy which need to be improved is state-owned enterprises because its performances are rated unsatisfactory and still have a bureaucracy that led to its professionalism below. Privatization as an effort to improve the efficiency of state-owned enterprises reduced the state control and protection against business entities in public sector. This paper provided an analysis of the implementation of the privatization of state-owned enterprises and the application of economic constitutional principles in the privatization of state-owned enterprises in Indonesia. The writer concluded that privatization has become the policy to solve strategic problems of state-owned enterprises assessed by financial performance and non-financial performance is realized by professional management and transparent according to the principles of good corporate governance. Meanings of the right of the state to control are the state make the arrangement, processing, and supervision so that the state can submit the management to the private with government supervision.

Keywords: *Economic Constitutional, Privatization, State Owned Enterprises*

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

Cut Asmaul Husna TR

Strategi Penguatan Pengelolaan Bersama Minyak dan Gas Bumi di Wilayah Laut

Jurnal Konstitusi Vol. 15 No. 1 hlm. 140-163

Kondisi tatanan tektonik dan geologi Aceh memiliki prospek untuk dilakukan eksplorasi dan pengembangan serta produksi Minyak dan Gas Bumi, baik di Wilayah Darat maupun di Wilayah Laut. Penemuan cadangan Minyak dan Gas baru di Aceh diharapkan dapat meningkatkan Penerimaan Negara dan Penerimaan Pemerintah Aceh dalam membangun infrastruktur dan Ketahanan Energi Aceh untuk melahirkan kembali industri-industri skala internasional. Ketentuan dalam Pasal 3 Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2015 Tentang Pengelolaan Bersama Sumber Daya Alam Minyak dan Gas Bumi di Aceh, kewenangan pengelolaan Migas pada Wilayah Laut 12 (dua belas) sampai dengan 200 (dua ratus) mil laut yang merupakan Zona Ekonomi Eksklusif (ZEE) dikelola dan dilaksanakan Pemerintah Pusat dengan mengikutsertakan Pemerintah Aceh. Tafsir dalam 3 (tiga) Putusan Mahkamah Konstitusi No. 002/PUU-I/2003, 20/PUU-V/2007 dan Putusan Mahkamah Konstitusi No. 36/PUU-X/2012 tentang Uji Materiil Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 bahwa penguasaan negara terhadap sumber daya alam dan cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak dimaknai sebagai mandat yang harus dilaksanakan oleh pemerintah untuk mengadakan kebijakan (*beleid*), pengurusan (*bestuursdaad*), pengaturan (*regelendaad*), pengelolaan (*beheersdaad*), dan pengawasan (*toezichthoudensdaad*) untuk tujuan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

Kata Kunci: Strategi Penguatan, Pengelolaan Bersama, Minyak dan Gas Bumi

Cut Asmaul Husna TR

Strengthened Strategy of Joint Management Oil and Gas in the Offshore: Power and Resources

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 15 No. 1

Conditions of tectonic and geological structure in Aceh prospect for exploring and producing Oil and Natural Gas, either in onshore or offshore. The discovery of Oil and Gas news reserved in Aceh is expected to increase the Central Government Take and Aceh Government Take to build infrastructure and Aceh's Energy Security to regenerate industries on an international scale. The provisions in Article 3 of the Government Regulation Number 23 Year 2015 concerning Joint Management of Natural Resources Oil and Gas in Aceh, the joint management authority of Oil and Gas in Offshore 12 (twelve) to 200 (two hundreds) nautical miles of an Exclusive Economic Zone (EEZ) is managed and held by the Central Government to include the Government Aceh. Commentary within 3 (three) Decision of Constitutional Court Number 002/PUU-I/2003, 20/PUU-V/2007 and Decision of the Constitutional Court Number 36/PUU-X/2012 of Judicial Review of Law Number 22 Year 2001 concerning Oil and Gas (Oil and Gas Law) Against the 1945 Constitution of the State of the Republic of Indonesia the meaning of "controlled by the state" must be comprehended to include the meaning of a wide-ranging state occupation, as a result of the people's sovereignty concept. The people, collectively constructed by the 1945 Constitution, provide a mandate to the state to conduct policy (beleid) and functions of administration (bestuurdaad), regulation (regelendaad), management (beheersdaad) and supervision (toezichthoudensdaad) for the greatest prosperity of the people.

Keywords: *Strengthened Strategy, Joint Management, Oil and Gas.*

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

Cakra Arbas

Aksiologis Mahkamah Konstitusi dalam Mewujudkan Demokrasi di Aceh

Jurnal Konstitusi Vol. 15 No. 1 hlm. 164-184

Kontestan pilkada tidak hanya berasal dari partai politik, melainkan seiring dinamika pilkada yang terjadi di Aceh Tahun 2006, telah menuntut Mahkamah Konstitusi bernilai aksiologis melalui berbagai putusannya untuk mengakomodir calon perseorangan dalam kontestasi pilkada secara nasional. Bagaimana latar belakang implementasi calon perseorangan dalam pesta demokrasi, khususnya melalui pilkada? Bagaimana aksiologis mahkamah konstitusi dalam mengokohkan perwujudan nilai demokrasi, khususnya pada daerah otonom Aceh?. Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif, jenis data yang digunakan adalah data sekunder, yang terdiri dari bahan hukum primer (perundang-undangan, putusan Mahkamah Konstitusi), bahan hukum sekunder (karya ilmiah), dan bahan hukum tersier (ensiklopedia dan kamus). Adapun metode pengumpulan datanya adalah melalui studi kepustakaan, yaitu meneliti dan menggali bahan-bahan hukum, selanjutnya teknik analisis data yang dipakai adalah teknik analisis kualitatif. Keberadaan calon perseorangan dalam kontestasi pilkada nasional, diawali ketika pelaksanaan pilkada di Aceh pada Tahun 2006, berawal dari pelaksanaan pilkada di Aceh timbulnya kesadaran kolektif masyarakat tentang urgensi calon perseorangan, fase berikutnya dilakukan *judicial review* atas Undang-Undang No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, bermuara dengan putusan MK Nomor 5/PUU-V/2007, yang pada hakikatnya mengakomodir calon perseorangan sebagai salah satu kontestan dalam pilkada secara nasional. Mahkamah Konstitusi berperan secara aktif, menjadi lembaga negara yang bernilai aksiologis melalui berbagai putusannya (Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 35/PUU-VIII/2010, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 108/PHPU.D-IX/2011, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 1/SKLN-X/2012) dalam rangka meluruskan berbagai friksi dan sengkabut yang melingkupi Pilkada di Aceh.

Kata Kunci: Mahkamah Konstitusi, Demokrasi, Aceh

Cakra Arbas

Axiological Constitutional Court in Realizing Democracy in Aceh

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 15 No. 1

Regional head election contestants not only come from political parties, but in line with the electoral dynamics that occurred in Aceh in 2006, have demanded the Constitutional Court aesthetic value through various decisions to accommodate individual candidates in national election contestation. What is the background of the implementation of individual candidates in democracy parties, especially through elections? How is the axiological of the Constitutional Court in affirming the realization of the value of democracy, especially in the autonomous region of Aceh?. This study is a normative legal research, the type of data used is secondary data, consisting of primary legal material (legislation, Constitutional Court decision), secondary legal material (scientific work), and tertiary legal material (encyclopedia and dictionary). The existence of individual candidates in the national election contest, preceding the implementation of the elections in Aceh in 2006, started from the implementation of the elections in Aceh the emergence of collective awareness of the public about the urgency of individual candidates, the next phase of the judicial review of Law No. 32 of 2004 on Regional Government, led to the decision of Constitutional Court No. 5/PUU-V/2007, which essentially accommodate individual candidates as one contestant in the national election. The Constitutional Court is actively involved in becoming a state institution with axiological value through its decisions (Decision of the Constitutional Court No. 35/PUU-VIII/2010, and No.108/PHPU.D-IX/2011, also No. 1/SKLN-X/2012) in order to straighten out the various frictions surrounding the elections in Aceh.

Keywords: *Constitutional Court, Democracy, Aceh*

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

Jefri Porkonanta Tarigan

Inkonstitusionalitas Sistem *Unbundling* dalam Usaha Penyediaan Listrik

Jurnal Konstitusi Vol. 15 No. 1 hlm. 185-205

Fungsi negara tidak hanya sebagai *regulator* (pengatur) dan *umpire* (wasit), namun juga berfungsi sebagai *provider* (penyedia) dan *entrepreneur* (pengusaha). Oleh karena itu, sudah seharusnya negara terlibat langsung dalam usaha penyediaan listrik untuk kepentingan umum bagi sebesar-besarnya kemakmuran rakyat sebagaimana amanat Pasal 33 UUD 1945. Usaha penyediaan listrik untuk kepentingan umum dengan *unbundling system* yaitu terpisahnya antara usaha pembangkitan, transmisi, distribusi, dan penjualan listrik, telah dinyatakan inkonstitusional oleh Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 001-021-022/PUU-1/2003, bertanggal 15 Desember 2004. Namun kemudian adanya putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 149/PUU-VII/2009, bertanggal 30 Desember 2010, justru dipandang sebagai peluang dibolehkannya kembali sistem *unbundling* dalam usaha penyediaan listrik sebagaimana ketentuan Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 tentang Ketenagalistirikan. Hal tersebut kemudian mendorong diajukannya kembali permohonan pengujian terhadap ketentuan Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009. Melalui Putusan Nomor 111/PUU-XIII/2015, bertanggal 14 Desember 2016, Mahkamah Konstitusi pun menegaskan bahwa *unbundling* dalam usaha penyediaan tenaga listrik adalah tidak sesuai dengan konstitusi.

Kata Kunci: Listrik, *Unbundling*, Mahkamah Konstitusi

Jefri Porkonanta Tarigan

Unconstitutionality of Unbundling System in the Business of Providing Electricity

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 14 No. 1

The function of the state is not only as a regulator and referee, but also serves as provider and entrepreneur. Therefore, the state should be directly involved in the business of electric providing for the public interest to the greatest prosperity of the people as mandated by Article 33 of the 1945 Constitution. The unbundling system in electric providing for the public interest is the separation between the business of generation, transmission, distribution, and sales. The unbundling system has been declared unconstitutional by the Constitutional Court in Decision Number 001-021-022/PUU-I/2003 dated December 15, 2004. However, the decision of the Constitutional Court Number 149/PUU-VII/2009 dated 30 December 2010, is judged as an opportunity to re-enable the unbundling system in the business of electric providing as stipulated in Article 10 paragraph (2) of Law Number 30 Year 2009 about Electricity. It then encourages the re-submission of the petition for judicial review of the provisions of Article 10 paragraph (2) of Law Number 30 Year 2009. Then, through Decision Number 111/PUU-XIII/2015, dated December 14, 2016, the Constitutional Court confirm that unbundling in the business of providing power electricity for public interest is unconstitutional.

Keywords: *Electric, Unbundling, Constitutional Court*

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

Tanto Lailam

Penataan Kelembagaan Pengujian Norma Hukum di Indonesia

Jurnal Konstitusi Vol. 15 No. 1 hlm. 206-230

Artikel ini membahas tentang penataan kelembagaan pengujian norma hukum di Indonesia, yang diawali dengan pembahasan problematika kelembagaan dan praktik pengujian norma hukum saat ini dan gagasan penataan lembaga kedepan. Hasil kajian menunjukkan bahwa beberapa persoalan, meliputi (1) kelembagaan yang tidak ideal dan tidak sesuai dengan *checks and balances system*, hal ini terbukti banyaknya lembaga yang terlibat dalam pengujian norma, yakni MK, MA, dan Mendagri-Gubernur (Wakil Pemerintah Pusat); (2) persoalan objek pengujian yang tidak memiliki batasan yang jelas; (3) dalam praktik, persoalan tolok ukur pengujian terjadi kerumitan, terutama dalam penggunaan tolok ukur dalam menilai pertentangan norma hukum. Gagasan penataan kelembagaan ini di desain untuk kelembagaan satu atap pada MK, yang didasari argumentasi bahwa: MK sebagai pengawal Pancasila dan UUD 1945, dalam rangka penataan kelembagaan yang berbasis pada mekanisme *checks and balances system*, mewujudkan hierarkisitas peraturan perundang-undangan yang berkelanjutan, implementasi pengujian formil dalam praktik pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang, penataan regulasi menjadi lebih tersistem, pengujian produk hukum tertentu merupakan pintu masuk untuk melihat semua persoalan pertentangan normanya pada setiap hierarki. Pada sisi yang lain, objek dalam sistem pengujian peraturan perundang-undangan juga belum terintegrasi menurut konstitusi dan belum mengarah pada penataan sistem heirarki norma hukum dan upaya harmonisasi norma hukum. Sistem konstitusi dengan paradigma "*the supreme law of the land*" mengharuskan seluruh peraturan dibawahnya harus bersumber dan tidak boleh bertentangan, dengan berpijak pada prinsip "tidak boleh satu detik pun ada peraturan perundang-undangan yang berpotensi melanggar konstitusi tanpa bisa diluruskan atau diuji melalui pengujian yudisial".

Kata Kunci: Pengujian Norma Hukum, Penataan Kelembagaan, Mahkamah Konstitusi

Tanto Lailam

The Institutional Arrangement of Legal-Norms Review in Indonesia

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 15 No. 1

This article is discussed the institutional arrangement of regulation reviews in Indonesia. It's begins with a discussion of the institutional problems and practice of regulations review and the design of institutional arrangement in the future. The results of the study shows several issues including: (1) institutions which are not ideal and contradicted with checks and balances system, it's proofed by amount of institutions has authority about the functions, namely: Judicial review (Constitutional Court, Supreme Court), and Executive Review (Minister of Home Affairs and Governor; (2) the object of review doesn't clear boundaries; (3) in practice, the problems of standard reviews is complicated, especially in the use of judging standard in the conflict of legal norm. The idea of institutional arrangement is designed for one institutionalization at the Constitutional Court, which is based on the argument: The Constitutional Court as the guardian of the Pancasila (ideology of state) and the 1945 Constitution, in the framework of institutional arrangement based on checks and balances system, realizing the sustainable in the heirarchy of regulation, in practice of formal review to reviewing regulations under a law, arrangements of regulations more systematic and comprehnsive, regulations review is the entrance to see all the issues of it's conficting in each hierarchy. On the other hand, the object in the system of regulation reviews is also not integrated according by the constitution, and it's not in accordance with the arrangement system in hierarchy of the regulation and efforts to harmonize the legal norms. The constitutional system with the "supreme law of the land" paradigm requires that all the regulations below should be sourced and not be contradictions, with the principle of "no regulations may be conflict againts the constitution without judicial review.

Keywords: *Regulation Reviews, Institutions Arranggement, Constitutional Court*

The Constitutional Court and Consolidation of Democracy in Indonesia

Mahkamah Konstitusi dan Konsolidasi Demokrasi di Indonesia

Luthfi Widagdo Eddyono

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

Naskah diterima: 25/10/2017 revisi: 14/02/2018 disetujui: 20/02/2018

Abstract

The amendment of 1945 Constitution was stipulated and conducted gradually and became one of the agendas of the Meetings of the People's Consultative Assembly (Majelis Permusyawaratan Rakyat) from 1999 until 2002. It happened after the resignation of President Soeharto on May 21, 1998, that already in power for almost 32 years. In the reform era, Indonesia has taken comprehensive reform measures by bringing the sovereignty back to the hand of the people. To safeguard the supremacy of the 1945 Constitution, the Constitutional Court of Indonesia is formed as one of the judiciary authority organizing court proceedings to enforce the law and justice. This article analyzes the consolidation of democracy in Indonesia, the role of Constitutional Court of Indonesia based on its authority and describe how its decision has significant support for consolidation of democracy in Indonesia. The result of the research then shows that the Constitutional Court has made a positive influence in Indonesian consolidation of democracy. The Constitutional Court is also handy for upholding the constitutional norm, especially about state institutions and human rights. The Constitutional Court has taken an essential role in the consolidation of democracy in Indonesia through its decisions in judicial review of acts and resolving election disputes.

Keywords: Amendment of 1945, Consolidation of Democracy, Indonesian Constitutional Court

Abstrak

Perubahan UUD 1945 yang dilakukan secara bertahap dari 1999-2002 merupakan agenda utama pertemuan Majelis Permusyawaratan Rakyat. Perubahan konstitusi tersebut dilakukan pasca berhentinya Presiden Soeharto pada 21 Mei 1998 yang sudah berkuasa hampir 32 tahun. Pada era reformasi, Indonesia berupaya melakukan reformasi yang komprehensif untuk mengembalikan kekuasaan kembali kepada rakyat. Untuk menjaga supremasi konstitusi, dibentuklah Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia sebagai bagian dari kekuasaan kehakiman yang menyelenggarakan peradilan ketatanegaraan dan menegakkan hukum dan keadilan. Tulisan ini menganalisis konsolidasi demokrasi di Indonesia, peran Mahkamah Konstitusi berdasarkan kewenangan konstitusionalnya, dan menjelaskan bagaimana putusan Mahkamah Konstitusi memberikan dukungan yang signifikan terhadap konsolidasi demokrasi di Indonesia. Hasil penelitian menunjukkan bahwa bahwa Mahkamah Konstitusi memang memberikan pengaruh positif terhadap konsolidasi demokrasi di Indonesia. Mahkamah Konstitusi berhasil menegakkan hukum berdasarkan konstitusi khususnya terhadap norma bagi lembaga negara dan hak asasi manusia. Mahkamah Konstitusi memberikan pengaruh penting dalam konsolidasi demokrasi melalui putusan-putusan pengujian undang-undang dan penyelesaian sengketa pemilihan umum.

Kata kunci: Perubahan UUD 1945, Konsolidasi Demokrasi, Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia

INTRODUCTION

A. Background

According to Jimly Asshiddiqie, the original text of the 1945 Constitution contains 71 points of provisions, then, after going through four amendments, between 1999 and 2002, the material of content of the 1945 Constitution covers 199 points of provisions.¹ The amendment was stipulated and conducted gradually and became one of the agendas of the Meetings of the People's Consultative Assembly (Majelis Permusyawaratan Rakyat) from 1999 until 2002.² It happened after the resignation of President Soeharto on May 21, 1998, that already in power for almost 32 years.³

¹ Jimly Asshiddiqie, "Struktur Ketatanegaraan Indonesia Setelah Perubahan Keempat UUD Tahun 1945", paper was presented in the Symposium convened by the National Law Fostering Agency (Badan Pembinaan Hukum Nasional), the Department of Justice and Human Rights, 2003, p. 1 on Jimly Asshiddiqie, "The Role of Constitutional Courts In The Promotion of Universal Peace and Civilization Dialogues Among Nations", paper was presented in the International Symposium on "the Role of Constitutional Courts on Universal Peace and Meeting of Civilizations", Ankara, April 25, 2007, p. 6-7.

² Jimly Asshiddiqie, *The Role of Constitutional Courts*, p. 5.

³ Moh. Mahfud MD, in his speech of the World Conference on Constitutional Justice, Cape Town 2009, states, "In the era prior to the amendments to the 1945 Constitution made in 1999-2002, authoritarianism had always been the actual practice, despite the fact that Indonesia adheres

In the reform era, Indonesia has taken comprehensive reform measures by bringing the sovereignty back to the hand of the people. The peak of such efforts was the amendments to the 1945 Constitution which were made within four consecutive years, namely the First Amendment in 1999, the Second Amendment in 2000, the Third Amendment in 2001, and the Fourth Amendment in 2002. (MPR). The objectives of the Amendments were to complement the basic rules of living as a state, which caused the abuse of power in the past.⁴

There is a basic agreement for conducting the amendment using addenda gives rise to the consequence that the official text of the Constitution of 1945 consists of 5 (five) parts, namely:

- a. The Constitution of the State of the Republic of Indonesia of the Year 1945 (the original text);
- b. The First Amendment to the Constitution of the State of the Republic of Indonesia of the Year 1945;
- c. The Second Amendment to the Constitution of the State of the Republic of Indonesia of the Year 1945;
- d. The Third Amendment to the Constitution of the State of the Republic of Indonesia of the Year 1945;
- e. The Fourth Amendment to the Constitution of the State of the Republic of Indonesia of the Year 1945.⁵

The First Amendment that stipulated on October 19, 1999 was conducted in the General Meeting of the People's Consultative Assembly in 1999 which covers Article 5 paragraph (1), Article 7, Article 9, Article 13 paragraph (2), Article 14,

to a democratic system in the formal provisions of the Constitution. During this era, many legislations were deemed to be contradictory to the Constitution, but there was only one way to have them amended, namely through legislative review. It was difficult to do considering that the legislative body was politically dominated by the President, either due to his position as a state body which is also involved in the law-making process together with the People's Legislative Assembly or his cooptation of all political parties. Such executive heavy configuration placed the President as the determiner of all national political agenda." Moh. Mahfud MD, "Speech" in *the World Conference on Constitutional Justice*, Cape Town, 2009, p. 2.

⁴ Moh. Mahfud MD, "The Role of the Constitutional Court in the Development of Democracy in Indonesia", *paper is presented in the World Conference on Constitutional Justice*, Cape Town, January 23-24, 2009, p. 1.

⁵ The Constitutional Court of Indonesia had publishes a compilation book containing the Constitution of 1945 in its standard official text namely by containing the composition of the text of the Constitution of 1945 prior to its amendment which is followed by the text containing the result of the amendment to the Constitution of 1945 in four stages as mentioned above. Nevertheless, besides containing the official text of the Constitution of 1945, this book also contains the Constitution of 1945 composed in one manuscript. The Chief of Constitutional Court in Foreword of the book said, "To be known, the making of the Constitution of 1945 in the said one text was initially an agreement of the Ad Hoc I Committee of the Workers Body of the People's Consultative Assembly during its session term 2001-2002. In the said agreement, the Constitution of 1945 in the said one manuscript is not an official text of the Constitution of 1945, but rather minutes of the session of the plenary meeting of the Annual Session of the People's Consultative Assembly of the year 2002. Therefore, with the intention for the society to understand easier the Constitution of 1945 systematically, holistically, and comprehensively, this book contains the Constitution of 1945 in One Manuscript containing the material content of the articles of the text of the Constitution of 1945 which have not been amended as well as the material content of the articles as amended by the four amendments." Arief Hidayat, "Foreword of Compilation UUD 1945 and Constitutional Court Law", The Office of the Registrar and the Secretariat General of the Constitutional Court of the Republic of Indonesia, Jakarta, 2015, p. v-vi.

Article 15, Article 17 paragraphs (2) and (3), Article 20, and Article 22 of the 1945 Constitution. Under the provisions of the amended articles, the objective of the First Amendment to the 1945 Constitution is to restrict the authority of the President and to strengthen the position of the House of People's Representatives as a legislative institution.⁶

The Second Amendment that stipulated on August 18, 2000 was conducted at the Annual Meeting of the People's Consultative Assembly in 2000, which covers Article 18, Article 18A, Article 18B, Article 19, Article 20 paragraph (5), Article 20A, Article 22A, Article 22B, Chapter IXA, Article 28A, Article 28B, Article 28C, Article 28C, Article 28D, Article 28E, Article 28F, Article 28G, Article 28H, Article 28I, Article 28J, Chapter XII, Article 30, Chapter XV, Article 36A, Article 36B, and Article 36C of the 1945 Constitution. This Second Amendment covers issues regarding state territory and regional governance, perfecting the first amendment in the matters about the strengthening of the position of the House of People's Representative, and detailed provisions regarding Human Rights.⁷

The Third Amendment that stipulated on November 9, 2001, was conducted at the Annual Meeting of the People's Consultative Assembly in 2001, which amended and or added the provisions of Article 1 paragraphs (2) and (3), Article 3 paragraphs (1), (3), and (4), Article 6 paragraphs (1) and (2), Article 6A paragraphs (1), (2), (3), and (5), Article 7A, Article 7B paragraphs (1), (2), (3), (4), (5), (6), and (7), Article 7C, Article 8 paragraphs (1) and (2), Article 11 paragraphs (2) and (3), Article 17 paragraphs (4), Chapter VIIA, Article 22C paragraphs (1), (2), (3), and (4), Article 22D paragraphs (1), (2), (3), and (4), Chapter VIIB, Article 22E paragraphs (1), (2), (3), (4), (5), and (6), Article 23 paragraphs (1), (2), and (3), Article 23A, Article 23C, Chapter VIIIA, Article 23E paragraphs (1), (2), and (3), Article 23F paragraphs (1), and (2), Article 23G paragraphs (1) and (2), Article 24 paragraphs (1) and (2), Article 24A paragraphs (1), (2), (3), (4), and (5), Article 24 B paragraphs (1), (2), (3), and (4), Article 24C paragraphs (1), (2), (3), (4), (5), and (6) of the 1945 Constitution. The material for the Third Amendment to the 1945 Constitution covers the provisions regarding the Principles for the foundation of state affairs, state institutions, relations among state institutions, and provisions regarding the General Election.⁸

⁶ Jimly Asshiddiqie, *The Role ... Op.cit.*, p. 5.

⁷ *Ibid.*, p. 5-6.

⁸ *Ibid.*

The Fourth Amendment that stipulated on August 10, 2002 was conducted at the Annual Meeting of the People's Consultative Assembly in 2002. The Fourth Amendment covers Article 2 paragraph (1); Article 6A paragraph (4); Article 8 paragraph (3); Article 11 paragraph (1); Article 16, Article 23B; Article 23D; Article 24 paragraph (3); Chapter XIII, Article 31 paragraphs (1), (2), (3), (4), and (5); Article 32 paragraphs (1), (2), (3), and (4); Chapter IV, Article 33 paragraphs (4) and (5); Article 34 paragraphs (1), (2), (3), and (4); Article 37 paragraphs (1), (2), (3), (4), and (5); Articles I, II, and III of the Transitional Rules; Articles I and II of the Additional Rules of the 1945 Constitution. The provisions of the amendment in the Fourth Amendment are the provisions regarding state institutions and relations among state institutions, the elimination of the Supreme Consultative Board, provisions regarding education and culture, provisions regarding economics and social welfare, and transitional rules as well as additional rules.⁹

To safeguard the supremacy of the 1945 Constitution,¹⁰ the Constitutional Court of Indonesia then formed as one of the judiciary authority organizing court proceedings in order to enforce the law and justice.¹¹ the Constitutional Court of Indonesia has four authorities and one obligation in accordance with those mandated by Article 24C (1) and (2) of the 1945 Constitution. Four authorities of the Constitutional Court of Indonesia are examining at the first and final level. The Court's decisions are final to judicial review the law against the Constitution; decide dispute over the authority of state institution whose authority is granted by the Constitution; decide the dissolution of political party; and decide dispute over the result of general election. Meanwhile, the obligation of the Constitutional Court of Indonesia is to provide decision based on the Constitution over the opinion of the House of People's Representative regarding the assumption of violation by the President and/or the Vice President.

According to Jimly Asshiddiqie, based on its authorities, the Constitutional Court of Indonesia is the guardian of the constitution about above mentioned four authorities and one obligation. It also brings a consequence to the Constitutional

⁹ *Ibid.*

¹⁰ In the era prior to the amendments to the 1945 Constitution made in 1999-2002, authoritarianism had always been the actual practice, despite the fact that Indonesia adheres to a democratic system in the formal provisions of the Constitution. Moh. Mahfud MD., "Speech of The Chairperson of the Constitutional Court at The World Conference on Constitutional Court", *Speech in the World Conference on Constitutional Justice*, Cape Town, South Africa, 23-24 Januari 2009, p.2.

¹¹ Jimly Asshiddiqie states, "It is necessary to establish a new institution that can play the role as the guardian of the constitution, the balancing power in majoritarian democracy, protector of the citizens' constitutional rights, the final interpreter of the constitution, and as the balancing agent in the checks and balances mechanism among state institutions and among the branches of national power. For that purpose, Indonesia established the Constitutional Court in addition to the already existing Supreme Court." Jimly Asshiddiqie, "Creating a Constitutional Court in a New Democracy", paper presented in Australia, March 2009, p.2-3.

Court of Indonesia to function as the sole interpreter of the constitution. Constitution as the highest law stipulates the state governing based on the principle of democracy and one of the functions of the constitution is to protect human rights which are ensured in the constitution. Based on this idea, human rights become the constitutional right of the citizen. Consequently, the Constitutional Court of Indonesia also has functioned as the guardian of the democracy, the protector of the citizen's constitutional rights, and the protector of the human rights.¹²

As Moh. Mahfud MD states, all such authorities, and obligation of the Constitutional Court of Indonesia are closely related to the concept and implementation of democracy. This is in line with the basis of the establishment of Constitutional Court to guarantee the implementation of the constitution as well as to strengthen the system of constitutional democracy and the mechanism of checks and balances among the branches of state power.¹³

B. Research Questions

As a very fundamental principle of the 1945 Constitution, checks and balances do not only serve as the primary norm but most importantly it also has functioned as the source of morality for the constitution, as well as for the practices of democracy in Indonesia.¹⁴ The Constitutional Court of Indonesia can strengthen democracy based on its authority. Related to that, the question for this research is what is the role of the Court in the consolidation of democracy in Indonesia?

C. Research Method

This article will analyze the consolidation of democracy in Indonesia, the role of Constitutional Court of Indonesia based on its authority and describe how its decision has significant support for consolidation of democracy in Indonesia. After that, I have picked and described some decisions that substantial and strengthened consolidation of democracy in Indonesia.

¹² Jimly Asshiddiqie, *Menuju Negara Hukum yang Demokratis*, Jakarta: Setjen dan Kepaniteraan MKRI, 2008, p. 39. Petra Stockman wrote, "The Court can become firmly rooted in the Indonesian political system and in Indonesia society and contribute its share to enhancing democracy, rule of law, and human rights protection." Petra Stockman, *The New Indonesian Constitutional Court, A Study Into Its Beginnings and First Years of Work* Jakarta: Hans Seidel Foundation, 2008, p. 105.

¹³ Mahfud MD., Moh. "The Role of the Constitutional Court in the Development of Democracy in Indonesia", paper in the World Conference on Constitutional Justice, Cape Town, South Africa, 23-24 Januari 2009, p.6.

¹⁴ Luthfi Widagdo Eddyono, "The First Ten Years of The Constitutional Court of Indonesia: The Establishment of The Principle of Equality And The Prohibition of Discrimination", *Constitutional Review*, Vol 1, No 2, 2015, p. 123.

DISCUSSION

1. Consolidation of Democracy in Indonesia

Theoretically, according to Ikrar Nusa Bhakti, the transition from an authoritarian regime to democracy is understood to take place within various phases. There are at least four phases that Indonesian politics have supposedly undergone, namely: pre-transition, liberalization, democratic transition, and democratic consolidation. The final stage of democracy (maturation) is predicted to take place within a more extended period.¹⁵

In the opinion of Michael Hollaender, the consolidation of democracy should be a process that unfolds at various levels – the level of representation, the level of political institutions, and the level of integrating potential veto powers. This process should be supplemented by the formation of a democratic civil society whose concrete contribution towards democratizing a country is indispensable. “Further groups of particular importance in this process include the elites that hold governmental and political powers and functions, the business elites, and those leading elites of civil society that are friendly towards democracy.”¹⁶

Juan Linz more expressively explains what constitutes a consolidated democratic regime:

“... when no significant national, social, economic, political, or institutional actors spend significant resources attempting to achieve their objectives by creating a nondemocratic regime or by seceding from the state. Additionally, a democratic regime is consolidated when a strong majority of public opinion, even in the midst of major economic problems and deep dissatisfaction with incumbents, holds the belief that democratic procedures and institutions are the most appropriate way to govern collective life, and when support for antisystem alternatives is quite small or is more or less isolated from pro-democratic forces. Constitutionally, a democratic regime is consolidated when governmental, and a-governmental forces alike become subject to, as well as habituated to, the resolution of conflict within the bounds of the specific laws, procedures, and institutions that are sanctioned by the new democratic process...”¹⁷

¹⁵ Ikrar Nusa Bhakti, “The Transition To Democracy In Indonesia: Some Outstanding Problems”, p. 200, [http://apcss.org/Publications/Edited%20Volumes/RegionalFinal%20chapters/Chapter12Bhakti.pdf], accessed 19/02/2018.

¹⁶ Michael Hollaender, “Consolidating Indonesia’s Democracy by Educating Civil-society Leaders in Democratic Politics”, p.1, [http://www.kas.de/wf/doc/kas_8899-544-2-30.pdf?060801125002], accessed 19/02/2018.

¹⁷ R. William Liddle, *Crafting Indonesian Democracy* (Bandung: Mizan, 2001), p.28 on Ikrar Nusa Bhakti, “The Transition To Democracy In Indonesia: Some Outstanding Problems”, p. 203, [http://apcss.org/Publications/Edited%20Volumes/RegionalFinal%20chapters/Chapter12Bhakti.pdf], accessed 19/02/2018.

The amendment of 1945 Constitution was stipulated and conducted gradually and became one of the agendas of the Meetings of the People's Consultative Assembly (Majelis Permusyawaratan Rakyat) from 1999 until 2002. It happened after the resignation of President Soeharto on May 21, 1998, that already in power for almost 32 years. Suddenly, the hope of democratization blowing across Indonesia and brought from an authoritarian regime to the era of transition to constitutional democracy.

In the reform era, Indonesia has taken comprehensive reform measures by bringing the sovereignty back to the hand of the people. The peak of such efforts was the amendments to the 1945 Constitution which were made within four consecutive years, namely the First Amendment in 1999, the Second Amendment in 2000, the Third Amendment in 2001, and the Fourth Amendment in 2002. The objectives of the Amendments were to complement the core rules of living as a state, which caused the abuse of power in the past. These changes, according to Asshiddiqie, resulted in a blueprint of state administration system which is entirely different from the previous one. Two of the fundamental principles adopted and reinforced in the new formulation of the 1945 Constitution are: (i) the principle of constitutional democracy, and (ii) the principle of the democratic rule of law or "*demokratische rechtsstaat*."¹⁸

The objective of the First Amendment to the 1945 Constitution is to restrict the authority of the President and to strengthen the position of the House of People's Representatives as a legislative institution. The Second Amendment covers issues regarding state territory and regional governance, perfecting the first amendment in the matters about the strengthening of the position of the House of People's Representative, and detailed provisions regarding Human Rights. The Third Amendment to the 1945 Constitution covers the provisions relating to the Principles for the foundation of state affairs, public institutions, relations among public institutions, and rules regarding the General Election. The Fourth Amendment covers the provisions regarding state agencies and relationships among state institutions, the elimination of the Supreme Consultative Board, provisions regarding education and culture, provisions regarding economics and social welfare, and transitional rules as well as additional rules.¹⁹

¹⁸ Jimly Asshiddiqie, "Creating a Constitutional Court in a New Democracy", paper presented in Australia, March 2009, p. 1.

¹⁹ Tim Lindsay and Susi Dwi Harjanti wrote, "The amendments established totally new organs of state—including a powerful new Constitutional Court; the Dewan Perwakilan Daerah (DPD) or Regional Representatives Council, a form of senate to represent Indonesia's thirty provinces; and a judicial commission, to supervise judicial reform. The amendments also reformed existing institutions, laws, and mechanisms, including a dramatic expansion of human rights provisions to embrace most of the Universal Declaration of Human Rights; the introduction of a mechanism

To safeguard the supremacy of the 1945 Constitution, the Constitutional Court of Indonesia is formed as one of the judiciary authority organizing court proceedings to enforce the law and justice. The Constitutional Court of Indonesia is a high state institution which existence and authority are mandated by the 1945 Constitution and further stipulated in Law Number 24 of the Year 2003 regarding the Constitutional Court and Law Number 8 of the Year 2011 regarding the Amendment to the Law Number 24 of the Year 2003.

The Constitutional Court of Indonesia has four authorities and one obligation by those mandated by Article 24C paragraphs (1) and (2) of the 1945 Constitution. Four authorities of the Constitutional Court are examining at the first and final level. The Court's decisions are final to review the law against the Constitution; decide a dispute over the authority of state institution whose power is granted by the Constitution; decide the dissolution of a political party, and resolve a dispute over the result of the general election. Meanwhile, the Constitutional Court must provide decision-based on the Constitution over the opinion of the House of People's Representative regarding the assumption of violation by the President and the Vice President. The Constitutional Court of Indonesia has a function to strengthen democracy based on its authority, and it also influences the consolidation of democracy in Indonesia.

2. The Role of Constitutional Court of Indonesia

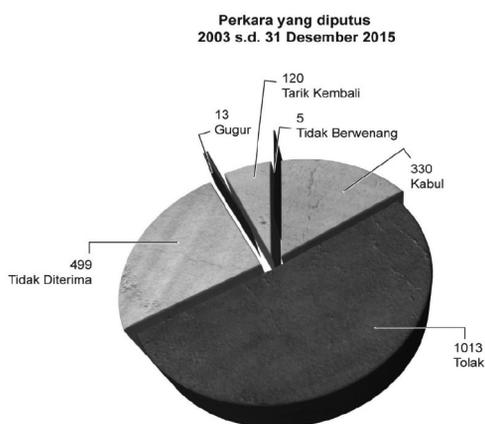
According to Decision 005/PUU-IV/2006, the presence of the Constitutional Court, as the state institution authorized by the 1945 Constitution to try and pass final decisions at the first and last level on state administration issues, is a logical consequence of the new state government system to be established by the 1945 Constitution following a series of amendments. Such new state government system is a system which basic ideas are intended to make Indonesia into a democratic constitutional state (*demokratische rechtsstaat*), namely a democratic state based on constitution (*constitutional democracy*), as reflected in the provisions of Article 1 paragraph (2) and paragraph (3) of the 1945 Constitution, which constitute the elaboration of the Preamble of the 1945 Constitution, especially the fourth paragraph. Therefore, the entire provisions of the 1945 Constitution,

for the direct election, for the first time, of the president and vice president; the abolition of appointed members of the Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) or legislature and, thus, the end of the longstanding practice of reserving seats for the military; the redefinition and scaling down of the MPR's role; the abolition of the controversial Elucidation to the 1945 Constitution; and finally, the strengthening of the troubled post-Soeharto regional autonomy process through the grant of formal constitutional status for the transfer of power to regional authorities." Tim Lindsay and Susi Dwi Harijanti, "Indonesia: General Elections Test the Amended Constitution and The New Constitutional Court," *International Journal of Constitutional Law*, (Januari, 2006), p.1.

as an integrated system, constitute the further elaboration of the basic ideas and accordingly, they can be explained based on such fundamental concepts.²⁰

Article 24C 1945 Constitution stated that the Constitutional Court has the authority to adjudicate at the first and final instance, the judgment of which is final, to review laws against the Constitution, to judge on authority disputes of state institutions whose authorities are granted by the Constitution, to judge on the dissolution of a political party, and to judge on discussions regarding the result of a general election. The Constitutional Court also shall render a judgment on the petition of the People's Representative Council regarding an alleged violation by the President and/or the Vice President according to the Constitution.

After its establishment in 2003, the Constitutional Court has played a very significant role in the development of democracy in Indonesia. Up to the end of 2015, the Court has registered 2.056 cases. From all the cases, 1.993 cases has decided with results: 330 cases granted (*dikabulkan*), 1.013 cases rejected (*ditolak*), 499 cases could not accept (*tidak diterima*), 13 cases dismissed (*tarik kembali*), 120 cases withdrawn (*gugur*), and 5 cases do not have authority (*tidak berwenang*) as shown in the chart below. While 63 cases had not been resolved and decided upon.²¹ A decision of the Constitutional Court shall be final, namely that a judgment of the Constitutional Court shall obtain directly permanent legal force as of its pronouncement and there shall be no legal efforts that can be made.



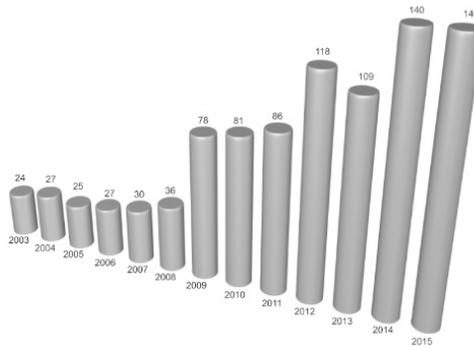
²⁰ Indonesian Constitutional Court Decision Number 005/PUU-IV/2006, August 23, 2006.

²¹ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, "Refleksi Kinerja Mahkamah Konstitusi 2015 dan Proyeksi 2016, *Dinamika Penegakan Keadilan Sosial dan Demokrasi Lokal*", 2015.

a. Review of a Law against the Constitution

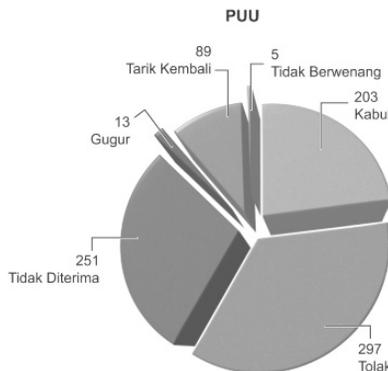
This authority is probably the most important authority of the Court. In the petition, the petitioner shall describe precisely that: a. the enactment of law does not comply with a provision under the 1945 Constitution; and/or b. The material contained in a section, article, and/or part of the law is deemed contrary to the 1945 Constitution.

Perkara Pengujian Undang-Undang diregistrasi Tahun 2003-2015



Until the end of 2015, the Court has registered 921 cases judicial review against the Constitution. From all the cases, 858 cases have decided with results: 203 cases granted (*dikabulkan*), 297 cases rejected (*ditolak*), 251 cases could not accept (*tidak diterima*), 89 cases dismissed (*tarik kembali*), 13 cases withdrawn (*gugur*) and 5 cases do not have authority (*tidak berwenang*) as shown in the chart below. While 63 cases had not been resolved and decided upon.²²

Putusan PUU Tahun 2003-2015



²² *Ibid.*

Related to all its power, Moh. Mahfud MD states that the Constitutional Court was established as a manifestation of collective awareness, as well as a consequence of the mass desire to materialize a democratic constitutional state and a democratic rule of law state.²³

*"In reality, it has been frequently the case that decisions made based on a democratic mechanism, particularly in terms of the lawmaking process involving the People's Legislative Assembly and the Government are not necessarily in accordance and in line with the 1945 Constitution, even though the 1945 Constitution as the supreme law of the state should actually serve as reference in formulating regulations. It is, therefore, necessary to have a state institution which is authorized to review rules against the Constitution."*²⁴

According to Iwan Satriawan, et al., there are a number decisions made by the Constitutional Court which could be considered as giving positive influence to the working of democratic consolidation about elections.²⁵ The Constitutional Court, through its decision, has become an essential institution in supporting the quality of votes. Through its decisions, the Constitutional Court has played a significant role in protecting the fundamental rights of citizens through the judicial review of election acts that secures the quality of democracy.²⁶

b. Authority Dispute of State Institutions Whose Authorities are Granted by the Constitution

The petitioner shall be a state institution whose authority is granted by the 1945 Constitution having a direct interest in the power in dispute. The Constitutional Court may issue a determination that rules the petitioner and/or the respondent to temporarily suspend the execution of its jurisdiction in debate pending to a judgment of the Constitutional Court.

A judgment of the Constitutional Court whose verdict declares that the respondent has no authority to execute the power in dispute, the respondent shall complete the said judgment within a time period of seven business days

²³ Moh. Mahfud MD, "Constitutional Review: Doctrine and Practise Under Indonesia's Constitutional System", Paper presented at the International Conference "Constitutional Review: Doctrine and Practice" held on the commemoration of the 20th Anniversary of the Constitutional Court of the Russian Federation, on October 28-30, 2011 at Palace's of Congresses, Saint Petersburg, Russia, p.3.

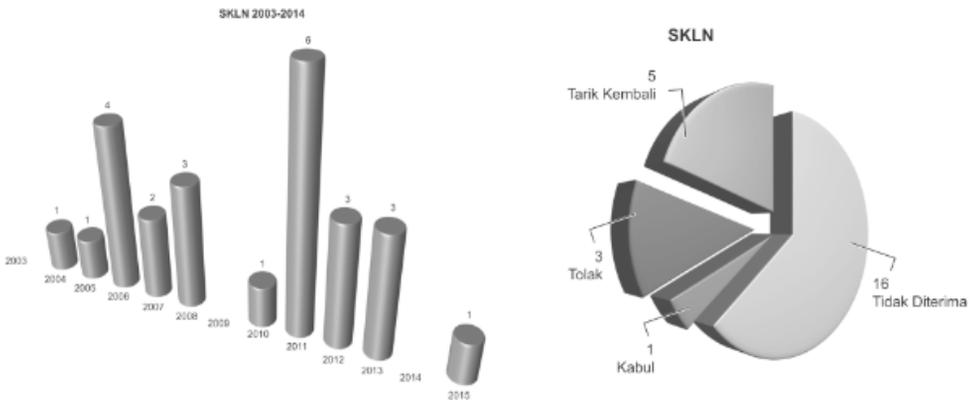
²⁴ *Ibid.*

²⁵ Iwan Satriawan, et.al, "The Role of the Constitutional Court in Consolidating Democracy in Indonesia: An Evaluation after Ten Years", [https://www.academia.edu/16159460/The_Role_of_the_Constitutional_Court_in_Consolidating_Democracy_in_Indonesia_An_Evaluation_after_Ten_Years], accessed 25/10/2017, p.9.

²⁶ *Ibid.*, p.24.

at the latest as of the decision is received. If the said judgment is not executed within a time period, the execution of the authority of the respondent shall be null and void.

Until the end of 2015, the Court has registered 25 cases. All the instances have decided with results: 1 case granted (*dikabulkan*), 3 cases rejected (*ditolak*), 16 cases could not accept (*tidak diterima*), 5 cases dismissed (*tarik kembali*) and 13 cases withdrawn (*gugur*) as shown in the chart below.²⁷



c. Dispute regarding the Result of General Elections and Local Election.

Until 2015 the Constitutional Court never received any petition related to Dissolution of a Political Party and Opinion of the DPR Regarding an Allegation of Violation by the President and/or the Vice President. However, disputes regarding the result of general elections and the local election was majority cases that handled by the Court.

According to Iwan Satriawan, et al. the Constitutional Court has successfully given a contribution to the working of the general election in 2004 and the general election in 2009.²⁸

In both general elections, the Constitutional Court had secured the fundamental rights of a citizen in the general elections and had also given contribution in settling disputes over the result of general elections in 2004 and 2009. Having these achievements, the Constitutional Court has created a more conducive political situation in the process of general election and after the general elections. Accordingly, the

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Iwan Satriawan, et.al, *Op.Cit.*, p.10.

*Constitutional Court is considered to have a meaningful contribution in securing the two turn over test in the process of consolidation of democracy in Indonesia.*²⁹

3. Significant Indonesian Constitutional Court Decisions that Strengthened Consolidation of Democracy in Indonesia

Between 2003 to 2015, the Constitutional Court of Indonesia (CCI) has made several decisions on some petitions. These decisions are significant to the conceptual shifts within the Indonesian state administration system especially about the consolidation of democracy³⁰ in Indonesia.

a. Decision Number 011-017/PUU-I/2003 (Right to Be a Candidate)

CCI has passed a decision in a case of a petition for judicial review of the Law 12/2003 (the General Election Law). Article 60 sub-article g of General Election Law determines the criteria for DPR, DPD, Province DPRD and Regency/Municipality DPRD candidate members as not being former members of banned organizations of the Indonesian Communist Party (Partai Komunis Indonesia or PKI), including its mass organizations, or being directly or indirectly involved in the September 30, 1965 Movement by Indonesian Communist Party (G30S/PKI) or other banned groups.

The Court states that the 1945 Constitution prohibits discrimination as stated in Article 27 (1), Article 28D (1), Article 28I (2) of the Constitution. However, the Article above 60 sub-article g of Law 12/2003 prohibits a group of Indonesian Citizens from being nominated and from exercising the right to be elected based on political beliefs they once adopted.

Article 1 (3) of Law 39/1999 regarding Human Rights as an explanation of the provisions of Article 27 and Article 28 of the 1945 Constitution does not justify discrimination based on differences in religion, nationality, race, ethnicity, group, social status category, economic, status, gender, language, politics. According to the Court, Article 27 (1), Article 28D (1), Article 28I

²⁹ *Ibid.*

³⁰ According to **Raja M. Ali Saleem**, the most famous of minimalist definitions of a consolidated democracy was given by the eminent scholar Samuel P. Huntington. "He argued that a democracy becomes consolidated when it passes the two turnover test i.e. power is peacefully transferred twice after the democratic transition (Huntington, 1993). Other scholars, like Gasiorowski & Power (1998), have also considered regular elections and constitutional transfer of power key conditions for democratic consolidation. Most scholars, however, think of these as necessary, but not sufficient conditions of democratic consolidation." That is why, Saleem said that Indonesia became a consolidated democracy, according to Huntington criterion, in 2004. The first constitutional transfer of power happened in 2001 when President Megawati Sukarnoputri took over from President Abdurrahman Wahid and the second transfer of power happened when President Megawati handed the reins of government to President Yudhoyono in 2004. **Raja M. Ali Saleem**, "A Comparison of Democratic Consolidation in Indonesia and Turkey", [<http://rumiforum.org/a-comparison-of-democratic-consolidation-in-indonesia-and-turkey-2/>], accessed 15/10/2017.

(4) of the 1945 Constitution were also in line with Article 21 the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and Article 25 of ICCPR.

The Court states that the constitutional rights of citizens to vote and right to be a candidate is a right guaranteed by the Constitution, laws and international conventions, then the restriction lapses, elimination, and removal of the rights referred to a violation of human rights of citizens. It is true that Article 28J (2) of the 1945 Constitution contains a provision that allows restriction of the rights and freedoms of a person by law, but the limits on these rights must be by the great reasons, reasonable, proportionate and not excessive. Such restrictions can only be used with the intent “the sole purpose of guaranteeing recognition and respect for the rights of others and to fulfill the requirements of justice and taking into consideration morality, religious values, security, and public order in a democratic community”; but restrictions on the right to be a candidate as the provisions of Article 60 sub-article g of General Election Law only use precisely because political considerations. In addition, the restrictions on the right to vote (both active and passive) in the general election typically based solely on the review of factors such as age and incompetence of the state mental hospital, as well as the impossibility such as have their voting rights revoked by a court ruling final and binding and in general is individual and not collective.

The prohibition against specific groups of citizens to run for the legislative position based on Article 60 sub-article g General Election Law clearly contains shades of political punishment referred to the team. As state based on law, any restrictions that have a direct connection with the rights and freedoms of citizens must be based on court decisions that have binding legal force. A criminal responsibility can only be held accountable for the perpetrator (*dader*) or participating (*mededader*) or help (*medeplichtige*), then it is an act which is contrary to law, justice, the rule of law and the principles of the state based on law where the responsibility imposed on a person who is not directly involved.

b. Decision Number 055/PUU-II/2004 (the General Election Crime)

CCI has passed a decision in a case of a petition for judicial review of the Law 12/2003 (General Election Law). Article 133 (1) which provides that the conclusion of a District Court that penalizes a defendant for committing an

offense subject to no more than 18 months' imprisonment, and the decision of a District Court of the court of the first and final level with a final decision, provides no opportunity for the Petitioner as a defendant to obtain a second opinion in the appellate level examination, unlike a defendant in a quick case of traffic violation as set forth in Article 205 of the Criminal Procedural Code and Article 211 (5) of Law 31/1997 regarding the Military Tribunal. This is regarded by the Petitioner as discrimination that contravenes the 1945 Constitution.

According to the Court, Article 28D (1) which contains the recognition, the guarantee, the protection and fair legal certainty as fundamental rights protected by the Constitution, and therefore the attention and the protection of the fundamental rights are not absolute; however, certain limitations are justified as set forth in Article 28J (2) which provides that "In exercising his/her right and freedom, every person must submit to the restrictions stipulated in laws and regulations with the sole purpose to guarantee the recognition of and the respect for other persons' rights and freedom and fulfill fair demand in accordance with the considerations of morality, religious values, security, and public order in a democratic society".

It is admitted that in determining the deviation from Article 205 of the Criminal Procedural Code which is regarded as the procedural law regulation that governs the rights of a defendant to file an appeal in summary proceedings for criminal cases. However, there are inconsistencies in stipulating the categories of quick instances and minor facts known in the penal legal system and penal procedural code, through which it is evident that the legislators did not have a specific parameter as the standard with general application, which is regarded as a weakness to such an extent that a traffic violation case as a quick case has an option for an appeal effort if the punishment involves the deprivation of freedom, while on the other hand in the case of general election crime subjected to a maximum imprisonment of 18 months, such legal remedy is not available. However, the Court is of the opinion that due to the nature of the General Election crime which requires a summary decision, the regulation of which being related to the state administration agenda that needs legal certainty, such particular control is sufficiently grounded and does not contravene the 1945 Constitution.

c. Decision Number 006/PUU-III/2005 (Only Political Parties or Coalition of Political Parties Can Propose a Pair of Regional Head/Regional Deputy Head Candidates)

CCI has passed a decision in the case of a petition for judicial review of the Law 39/2004 (the Regional Government Law). The Petitioner has argued that Article 59 (1) and (3) the Regional Government Law, which stipulates that only political parties or coalition of political parties can propose a pair of regional head/regional deputy head candidates, which has eliminated the opportunity for an individual suggest him/herself directly and independently as a local head candidate, is deemed to be contradictory to the 1945 Constitution.

According to the Court, equal status and opportunities in the government which could also mean without discrimination is a different issue than the democratic mechanism of recruitment for government positions. It is true that the rights of every citizen to obtain equal opportunities in government is protected by the Constitution insofar as the citizen above meets the requirements determined in law-related with it, among others, the criteria of age, education, physical and mental health as well as other elements. Such provisions will apply to every citizen, without distinguishing people, regarding, tribe, race, ethnicity, group, classification, social status, economic status, gender, language and political beliefs. Meanwhile, the definition of discrimination which is prohibited in said Article 27 (1) and Article 28D (3) of the 1945 Constitution has been elaborated further in Article 1 (3) of Law 39/1999.

The requirements for the nomination of a pair of regional head/regional deputy head to be nominated by a political party, is the mechanism or procedure on how the election of the intended local leader is to be implemented, and does not eliminate the individual right to participate in the government, insofar as the conditions of nomination through a political party is conducted, so that with the formulation of discrimination as elaborated in Article 1 (3) of Law 39/1999 and Article 2 of ICCPR, which is insofar as the distinction carried out is not based on religion, tribe, race, ethnicity, group, classification, social status, economic status, gender, language and political beliefs, then the nomination through a political party cannot be deemed contradictory to the 1945 Constitution because the choice of such system is a legal policy which

cannot be tested unless conducted haphazardly (*willekeur*) and exceeding the legislators' authority (*detournement de pouvoir*). The restrictions on political rights are validated by Article 28J (2) of the 1945 Constitution, insofar as the proposed limits are outlined in the law.

Moreover, the granting of the constitutional rights to nominate for a candidate pair of regional head/regional deputy head to political parties, shall not be construed that it will eliminate the citizen's constitutional right, in case the Petitioner to become a local head, insofar as the Petitioner meets the requirements of Article 58 and be conducted through the procedures mentioned in Article 59 (1) and (3) of the Regional Government Law, and that such requirements shall constitute a binding mechanism or process to every citizen who will become a candidate for regional head/regional deputy head;

d. Decision Number 006/PUU-IV/2006 (The Commission for the Truth and Reconciliation Law in Its Entirety Not Having Binding Legal Force)

CCI has passed a decision in the case of a petition for judicial review of the Law 27/2004 concerning Commission for the Truth and Reconciliation (KKR Law) against the 1945 Constitution. According to the Court, there is confusion and contradiction existing in Article 27 of the KKR Law are related to the emphasis on the perpetrators as an individual in individual criminal responsibility, whereas the perpetrators and victims, as well as witnesses of human rights violation incidents prior to the application of the Law on Human Rights Court, can no longer be found.

Reconciliation between the perpetrators and victims intended becomes almost impossible to be achieved if it is conducted by applying individual criminal responsibility approach. With such method, which depends on amnesty must be only restitution, namely compensation granted by the perpetrators or a third party. On the other hand, if the purpose is to achieve reconciliation and the approach applied is not of individual nature, the starting point shall be a gross violation of human rights and the existence of victims serving as a parameter of reconciliation by granting compensation and rehabilitation. Those two approaches, about restitution, compensation, and recovery, cannot be rendered dependant on an irrelevant issue because amnesty is a prerogative right of the President, the granting or refusal of which is up to the President. Moreover, there is no legal grounds and reasons

for the granting of amnesty, mainly due to the stipulation is only applicable for the gross violation of Human Rights occurring prior the application of the Law on Human Rights Court. Beside that, the formulation of the provisions and the possible implementation of the requirements to achieve the expected reconciliation, CCI is of the opinion that the basis and purpose of the KKR, as set forth in Article 2 and Article 3 of the Law, are impossible to be achieved due to the lack of guarantee of legal certainty (*rechtsonzekerheid*). Therefore, the Court has reviewed this Law against the 1945 Constitution, and it must accordingly be declared as not having binding legal force.

e. Decision Number 16/PUU-V/2007 (Electoral Threshold)

CCI has passed a decision in the case of Petition for Judicial Review of Law 12/2003 (the General Elections Law). The Court is of the opinion that the provisions of Article 9 (1) and (2) of the General Elections Law related to Electoral Threshold (ET) are not contrary to Article 28I (2) of the 1945 Constitution regarding the right to be free from discriminatory treatments because the aforementioned requirements to be able to participate in the following general elections apply to all political parties after having democratically passed the competition through general elections. Whether or not the ET provision is fulfilled as the requirements to participate in the following general elections depends on the relevant political parties and the constituents' support, and therefore it will not imply that the law is flawed if such requirements are not fulfilled. Such matter is also not discrimination according to the human rights perspective as intended in the Human Rights Law and ICCPR.

Based on the General Elections Law, it is true that political parties which have obtained the a status as a legal entity according to the Political Parties Law cannot automatically participate in general elections, since they are still obliged to fulfill the requirements provided for by the General Elections Law, such as administrative verification and factual verification performed by the General Elections Commission (*vide* Article 7 of the General Elections Law), and hence the existence of political parties and the participation of political parties in general elections are two distinct issues and not to be confused. At the very least, such matters are the legal policy of the legislators and such systems are not contrary to the 1945 Constitution because in fact, the 1945

Constitution has in effect mandated the freedom for legislators to regulate such matters, including the requirements to participate in the following general elections by means of the ET provision.

f. Decision Number 11/PUU-VI/2008 (The Autonomy of the Special Capital Region of Jakarta)

CCI has passed a decision in the case of Petition for Judicial Review of Law 32/2004 and Law 29/2007. The Petitioner argues that the regulation which places the autonomy of the Special Capital Region of Jakarta only at the provincial level as provided for in Article 227 (2) of Law 32/2004, is a discriminatory treatment towards the people of Jakarta.

According to the Court, the absence of the Petitioner's right to be elected as the mayor of the Special Capital Region of Jakarta, and the lack of the power of Jakarta people to choose the members of Regional People's Legislative Assembly of municipality/regency in the Special Capital Region of Jakarta, cannot be regarded as discrimination because it is equally applicable to all citizens without exception or bias. Even more, the granting of limited autonomy at the level of the Special Capital Region of Jakarta Province is irrelevant either to be considered as an unequal treatment which may cause constitutional impairment to the citizens due to the fact that they cannot elect and be elected as a regent/mayor and members of the Regional People's Legislative Assembly of regency/municipality in Jakarta. Such impairment may possibly arise when the position of regent/mayor and members of the Regional People's Legislative Assembly of regency/municipality directly elected by the people indeed exists in Jakarta, but there are sure people whose right to select and/or be elected has been hindered. With the exclusive regulation of the Special Capital Region of Jakarta in Law regarding Regional Government and Law regarding the Government of the Province of Special Capital Region of Jakarta, the autonomy has been placed at the provincial level so there will be no citizen losing the right to elect and/or be elected.

Likewise, the Petitioner's argument that Article 227 (2) of Law 32/2004 and Articles 19 and 24 of Law 29/2007 are contradictory to Article 27 (1) of the 1945 Constitution. According to the Court, the regulation which places the autonomy of the Special Capital Region of Jakarta only at the provincial

level causes the direct election of regent/mayor and members of the Regional People's Legislative Assembly of regency/municipality by the people within Jakarta's territory becomes unnecessary. It has no implication whatsoever on the equal position of citizens before the law and government. All citizens shall be entitled to elect and/or be elected to assume the existing governmental positions in the government system of Indonesia without exception, insofar the requirements about it are met. The Court is of the opinion that such regulation is not contradictory to the 1945 Constitution.

g. Decision Number 12/PUU-VI/2008 (The Transition Period from the Electoral Threshold to Parliamentary Threshold Principle)

CCI has passed a decision in the case of a petition for judicial review of Law 10/2008. The Petitioners question the constitutionality of Article 316 Sub-Article d of Law 10/2008 that is, "having seats in DPR RI from the result of the 2004 General Elections". Basically, the Political Parties Participants in the 2004 General Elections which do not fulfill the provisions of Article 315 of Law 10/2008 are supposed to have no more right to become participants in the 2009 General Elections, because they do not perform the electoral threshold provisions, except if they meet the requirements of Article 9 (2) of Law 12/2003. The Court is of the opinion that the condition of Article 316 Sub-Article d of 10/2008 is not explicit in its *ratio legis* if related to the transition period from the electoral threshold to parliamentary threshold principle.

The provisions of Article 316 Sub-Article d of Law 10/2008 have indeed shown unequal and unjust treatment towards fellow Political Parties Participants in the 2004 General Elections which do not fulfill the electoral threshold [Article 9 (1) of Law 12/2003 *juncto* Article 315 of Law 10/2008]. Such unjust treatment is shown by the fact that there are Political Parties which only gained one seat in DPR, even though their vote acquisition was less than that of the Political Parties which do not have positions in DPR, could be automatically free to become participants of in the 2009 General Elections; whereas the Political Parties which had more vote acquisition, but did not obtain seats in DPR, precisely have to go through a lengthy process to be able to participate in the 2009 General Elections, namely through the administrative verification or factual verification phase by KPU.

h. Decision Number 22-24/PUU-VI/2008 (Options Between the Principles Provided for in the 1945 Constitution and the Demand for Policy Based on the CEDAW)

CCI has passed a decision in the case of a petition for the Judicial Review of Law 10/2008. According to the Court, the provision of Article 214 sub-articles a, b, c, d, and e of Law 10/2008 stipulating that the elected candidate is the candidate acquiring votes more than 30% (thirty percent) of the Voter's Denominator (BPP), or positioned at smaller candidacy number, if there are no candidates acquiring votes of 30% (thirty percent) of the BPP, or placed at smaller candidacy number, those earning votes of 30% (thirty percent) of the BPP more than the proportional seats purchased by a political party participating in the General Election is unconstitutional. It is illegal because it is contradictory to the substantive meaning of the sovereignty of people as described above and qualified as opposed to the principle of justice as outlined in Article 28D (1) of the 1945 Constitution. It constitutes a violation of the sovereignty of people if the people's aspiration reflected from their choice is disregarded in designating the legislative members, this will indeed violate the freedom of people and equity. If two candidates are acquiring remarkably different votes, it is inevitable that the candidate obtaining majority vote is conquered by the candidate earning minority vote because he/she assumes a position with a smaller candidacy number.

With the recognition of equality and opportunity before the law as adopted in Article 27 (1) and Article 28 D (3) of the 1945 Constitution, it means that every legislative member candidate has equal position and opportunity before the law. The application of different legal provisions for two similar conditions is as unfair as applying similar legal clauses for two different situations. According to the Court, the rule of Article 214 of Law 10/2008 contains double standard so that it may be deemed as unfair as it applies different laws for a similar condition.

The Court states that affirmative action is the policy that has been accepted by Indonesia which originates from Convention to Eliminate All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW), however because in the petition the Court is given the options between the principles provided for in the 1945 Constitution and the demand for policy based on the CEDAW, the 1945

Constitution must be prioritized. In so far as it is related to the provision of Article 28H (2) of the 1945 Constitution whereas “every person shall be entitled to obtain special treatment” the stipulation of 30% quota for woman candidate and one woman candidate from every three legislative candidates, the Court is of the opinion that it has met the provision of special treatment.

i. Decision Number 56/PUU-VI/2008 (The Candidate Pair of President and Vice President Shall be Nominated and Registered by a Political Party or Coalition of Political Parties)

CCI has passed a decision in the case of a petition for Judicial Review of Law 42/2008. The substance of the formulation of Article 1 sub-article 4, Article 8, Article 9, and Article 13 (1) of Law 42/2008 is to determine that the Candidate Pair of President and Vice President shall be nominated and registered by a political party or coalition of political parties participating in the general election (meeting the requirements) prior to the implementation of the general election. Such formulation according to the Court is not discriminatory because any person meeting such conditions may be nominated and registered by a political party or coalition of political parties to become President and/or Vice President without having to become the Management or Member of a Political Party.

The Court states that in a condition where people are free to establish political parties at present, a candidate may develop his/her own party along with the vision and mission of the side which is going to be set if he/she is not interested in the existing parties without any obstacle so that the reason for the nomination of President beyond political parties shall be irrelevant or groundless.

j. Decision Number 3/PUU-VII/2009 (Parliamentary Threshold Policy)

CCI has passed a decision in the case of Petition for judicial review of Law 10/2008 related to Parliamentary Threshold. According to the Court, the policy on Parliamentary Threshold policy stipulated in Article 202 (1) of Law 10/2008 utterly does not disregard the principles of Human Rights contained in Article 28D (1) and (3) of the 1945 Constitution, since every person, every citizen, and every Political Party Participating in the General Election is treated equally and obtains equal opportunity through democratic competition in the General Election. Indeed, there is a possibility that there

are parties which are succeeded and failed in a competition referred to as General Election, but the chance and opportunity remain equal.

The Court is of the opinion that the provision of Article 202 (1) of Law 10/2008 entirely does not contain discriminatory nature and elements, since it is only applied objectively to all Political Parties Participating in the General Election and the entire candidate members of the People's Legislative Assembly from the Political Parties Participating in the General Election without any exception.

CONCLUSION

The first requirement for every country applying the principles of the rule of law and constitutional democracy is constitutionalism principle. This principle placing the constitution as the highest law, the substance of which is contained in the Fourth Paragraph of the Preamble of the 1945 Constitution, as the realization of the statement of the country's independence, which is reflected among others in the sentence, "*.... Indonesia's national independence shall be formulated in a Constitution of the State of Indonesia*".³¹

After the resignation of President Soeharto on May 21, 1998, that already in power for almost 32 years, Indonesia have tried to consolidate its democracy and the role of the Constitutional Court is very crucial in the consolidation of democracy. The Constitutional Court is also handy for upholding the constitutional norm, especially about state institutions and human rights. I agree with the conclusion of Iwan Satriawan, et al. that said, the Constitutional Court has taken an essential role in the consolidation of democracy in Indonesia through its decisions in judicial review of acts and resolving election disputes.³² Until 2015, the Constitutional Court still makes a positive influence in Indonesian consolidation of democracy.

In deciding the decision, the Constitutional Court, primarily related to egalitarian principles also succeeded in formulating essential policies that are important in the implementation of the constitutional law in Indonesia. It is showed in decisions as I resume in this paper. Nevertheless, the Constitutional Court must also be prepared to face a tougher challenge because development of problems and the state ideological struggle will be more complicated in later

³¹ Indonesian Constitutional Court Decision Number 005/PUU-IV/2006, August 23, 2006.

³² Iwan Satriawan, et.al, *Op. Cit.*, p.24.

years. In fact, this is a very global problem that needs to be handled correctly even in a consolidated democracy country.

BIBLIOGRAPHY

Books

- Jimly Asshiddiqie, 2008. *Menuju Negara Hukum yang Demokratis*, Jakarta: Setjen dan Kepaniteraan MKRI,
- Luthfi Widagdo Eddyono, 2013. *Penyelesaian Sengketa Kewenangan Lembaga Negara oleh Mahkamah Konstitusi*. Yogyakarta: Insignia Strat.
- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. 2015., *Refleksi Kinerja Mahkamah Konstitusi 2015 dan Proyeksi 2016, Dinamika Penegakan Keadilan Sosial dan Demokrasi Lokal*, Jakarta: Setjen & Kepaniteraan MK RI.
- Petra Stockman, 2008. *The New Indonesian Constitutional Court, A Study Into Its Beginnings and First Years of Work*. Jakarta: Hans Seidel Foundation.
- Kepaniteraan & Setjen MK R I. 2013. *Jejak Langkah Satu Dasawarsa Mengawal Konstitusi 2003-2013*. Jakarta: Kepaniteraan & Setjen MK RI.
- Setjen & Kepaniteraan MKRI. 2009. *Enam Tahun Mahkamah Konstitusi, Mengawal Konstitusi dan Demokrasi*. Jakarta: Setjen & Kepaniteraan MK RI.

Articles

- Jimly Asshiddiqie, 2009, "Creating a Constitutional Court In a New Democracy," Paper presented in Australia, (March).
- Ikrar Nusa Bhakti, "The Transition To Democracy In Indonesia: Some Outstanding Problems," [<http://apcss.org/Publications/Edited%20Volumes/RegionalFinal%20chapters/Chapter12Bhakti.pdf>], accessed 19/02/2018.
- Michael Hollaender, "Consolidating Indonesia's Democracy by Educating Civil-society Leaders in Democratic Politics," [http://www.kas.de/wf/doc/kas_8899-544-2-30.pdf?060801125002], accessed 19/02/2018.
- Iwan Satriawan et al., "The Role of the Constitutional Court in Consolidating Democracy in Indonesia: An Evaluation after Ten Years," [https://www.academia.edu/16159460/The_Role_of_the_Constitutional_Court_in_Consolidating_Democracy_in_Indonesia_An_Evaluation_after_Ten_Years], accessed 25/10/2017.

Luthfi Widagdo Eddyono, 2015, "The First Ten Years Of The Constitutional Court Of Indonesia: The Establishment Of The Principle Of Equality And The Prohibition Of Discrimination," *Constitutional Review*, Vol 1, No 2.

Tim Lindsay, and Susi Dwi Harijanti, 2006, "Indonesia: General Elections Test the Amended Constitution and The New Constitutional Court," *International Journal of Constitutional Law*, (January).

Moh. Mahfud MD., 2009, "The Role of the Constitutional Court in the Development of Democracy in Indonesia," *paper in the World Conference on Constitutional Justice*, Cape Town, South Africa, 23-24 January.

-----, "Constitutional Review: Doctrine and Practise Under Indonesia's Constitutional System", *Paper presented at the International Conference "Constitutional Review: Doctrine and Practice" held on the commemoration of the 20th Anniversary of the Constitutional Court of the Russian Federation*, on October 28-30, 2011 at Palace's of Congresses, Saint Petersburg, Russia.

Raja M. Ali Saleem, "A Comparison of Democratic Consolidation in Indonesia and Turkey", [<http://rumiforum.org/a-comparison-of-democratic-consolidation-in-indonesia-and-turkey-2/>], accesed 15/10/2017.

Maruarar Siahaan, 2006, "Recent Developments and Important Decisions In Constitutional Matters In Indonesia," *Paper presented at the Fourth Conference of Constitutional Judges* in Manila, 29 November.

Pancasila sebagai Sumber Hukum dalam Sistem Hukum Nasional

Pancasila as the Source of Law in the National Legal System

Fais Yonas Bo'a

Program Pascasarjana Universitas Atma Jaya Yogyakarta
Jl. Babarsari No. 43 Yogyakarta 55281
E-mail: faisboa90@gmail.com

Naskah diterima: 08/06/2017 revisi: 10/01/2018 disetujui: 20/02/2018

Abstrak

Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum sudah mendapatkan legitimasi secara yuridis melalui TAP MPR Nomor XX/MPRS/1966 tentang Memorandum DPR-GR Mengenai Sumber Tertib Hukum Republik Indonesia dan Tata Urutan Peraturan Perundang Republik Indonesia. Setelah reformasi, keberadaan Pancasila tersebut kembali dikukuhkan dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 yang kemudian diganti dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Peraturan Perundang-Undangan. Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum memberi makna bahwa sistem hukum nasional wajib berlandaskan Pancasila. Akan tetapi, keberadaan Pancasila tersebut semakin tergerus dalam sistem hukum nasional. Hal demikian dilatarbelakangi oleh tiga alasan yaitu: *pertama*, adanya sikap resistensi terhadap Orde Baru yang memanfaatkan Pancasila demi kelanggengan kekuasaan yang bersifat otoriter. *Kedua*, menguatnya pluralisme hukum yang mengakibatkan terjadinya kontradiksi-kontradiksi atau disharmonisasi hukum. *Ketiga*, status Pancasila tersebut hanya dijadikan simbol dalam hukum. Untuk itu, perlu dilakukan upaya-upaya untuk menerapkan Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum dalam sistem hukum nasional yaitu: *pertama*, menjadikan Pancasila sebagai suatu aliran hukum agar tidak terjadi lagi disharmonisasi hukum akibat diterapkannya pluralisme hukum. *Kedua*, mendudukkan Pancasila sebagai puncak peraturan perundang-undangan agar Pancasila memiliki daya mengikat terhadap segala jenis peraturan perundang-undangan sehingga tidak melanggar asas *lex superior derogat legi inferiori*.

Kata kunci: Pancasila, Sumber Hukum, Sistem Hukum.

Abstract

*Pancasila as the source of all sources of law has obtained legitimacy legally through the Decree of the People's Consultative Assembly Number XX / MPRS / 1966 on the Memorandum of the House of Representatives-Gotong Royong Regarding the Sources of Law and the Order of the Republic of Indonesia. After the reformation, the existence of Pancasila was re-confirmed in Law Number 10 Year 2004 which was subsequently replaced by Law Number 12 Year 2011 on Legislation Regulation. Pancasila as the source of all sources of law gives meaning that the national legal system must be based on Pancasila. However, now the existence of Pancasila is increasingly eroded in the national legal system. This is motivated by three reasons: first, the existence of resistance to the New Order that utilizes Pancasila for the sake of perpetuity of authoritarian power. Second, the strengthening of legal pluralism that resulted in legal contradictions or disharmony. Third, the status of Pancasila is only used as a symbol in law. Therefore, efforts should be made to implement Pancasila as the source of all sources of law in the national legal system: first, make Pancasila as a flow of law in order to avoid legal disharmonization due to the application of legal pluralism. Secondly, Pretend Pancasila as the top of legislation so that Pancasila have binding power against all kinds of laws and regulations so that it does not violate the principle of *lex superiori derogat legi inferiori*.*

Keywords: *Pancasila, The Sources of Law, Law System.*

PENDAHULUAN

Setelah Pancasila ditetapkan secara konstitusional pada 18 Agustus oleh PPKI sebagai dasar negara maka Pancasila memiliki kedudukan penting dalam tatanan kehidupan bangsa Indonesia. Maha pentingnya kedudukan Pancasila kemudian memberi kesadaran kepada bangsa Indonesia untuk menjadikannya sebagai rujukan mutlak bagi tatanan kehidupan baik dalam bersosial masyarakat, berpolitik, beragama, maupun berhukum. Pada tatanan hukum atau dalam berhukum, kedudukan Pancasila dipertegas sebagai sumber tertib hukum atau yang dikenal dengan sebutan sumber segala sumber hukum melalui Ketetapan MPR Nomor XX/MPRS/1966 *jo* Ketetapan MPR Nomor V/MPR/1973 *jo* Ketetapan MPR Nomor IX/MPR/1978. Maka dari itu, Pancasila menjadi sumber utama dalam tatanan hukum sehingga walaupun terdapat begitu banyak sumber hukum maka sumber hukum tersebut haruslah sesuai dengan Pancasila.

Di dalam perkembangannya, keberadaan Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum ditentukan oleh setiap rezim yang berkuasa. Ketika rezim Orde Baru (Orba) berkuasa Pancasila menjadi dogma statis karena dikultuskan dengan

menerapkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 (UUD 1945) secara murni dan konsekuen. Pada ruang dan waktu tersebut, Pancasila tidak hanya sebatas sebagai sumber segala sumber hukum dalam tatanan hukum nasional tetapi sekaligus sebagai pemberi legitimasi yang sah bagi kekuasaan otoriter Orba. Terkait pengkultusan Pancasila sebagai ideologi tunggal dan hubungannya dengan kekuasaan Orba, Mahfud MD menuliskan bahwa pengkultusan Pancasila tersebut merupakan puncak penggalangan yang dilakukan secara terus menerus sejak tahun 1966/1997 oleh Orba dalam rangka integrasi nasional sebagaimana diputuskan dalam Seminar II Angkatan Darat tahun 1966 yang menyatakan akan membayar berapa pun untuk terciptanya persatuan dan kesatuan, serta menjamin stabilitas politik sebagai prasyarat pembangunan.¹

Pada masa reformasi, keberadaan Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum masih memperoleh rumah hukum melalui TAP MPR Nomor III/MPR/2000 Tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-Undangan. Akan tetapi, dalam TAP MPR ini tidak lagi ditegaskan secara eksplisit tentang Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum dalam sistem hukum nasional. Oleh sebab itu, dibuatlah Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan guna memepertegas kembali kedudukan Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum. Namun, dalam hirarki peraturan perundang-undangan menurut UU ini, TAP MPR sebagai rumah hukum Pancasila dihilangkan. Karena itu, UU tersebut kemudian diganti dengan UU Nomor 12 Tahun 2011 yang mengatur tentang hal yang sama. Pasal 7 ayat (1) UU Nomor 12 Tahun 2011, TAP MPR kembali dimasukkan dalam hirarki peraturan perundang-undangan dan berkedudukan di bawah UUD 1945. Kehadiran UU Nomor 12 Tahun 2011 ini menunjukkan Pancasila sebagai sumber tertib hukum penting untuk diberi legitimasi yuridis agar memenuhi unsur kepastian dalam sistem hukum.

Akan tetapi, walaupun Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum memiliki legitimasi yuridis baik dalam TAP MPR maupun dalam UU tetap saja tidak memberi jaminan kepastian hukum dalam tata urutan peraturan perundang-undangan. Akibatnya, keberadaan Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum tidak memiliki unsur imperatif atau daya mengikat dalam hirarki perundang-undangan.² Hal inilah yang kemudian menjadi persoalan. Tidak dimasukkannya Pancasila dalam hirarki peraturan perundang-undangan telah mengakibatkan

¹ Mahfud MD, *Demokrasi dan Konstitusi Di Indonesia*, Cetakan Kedua, Jakarta: Penerbit Rineka Cipta, 2003, h. 95.

² Jawahir Thontowi, *Pancasila Dalam Perspektif Hukum; Pandangan Terhadap Ancaman The Lost Generation*, Yogyakarta: UII Press, 2016, h. 45.

munculnya disharmonisasi antara peraturan perundang-undangan. Tidak heran apabila terdapat Undang-Undang (UU) dan ataupun Peraturan Daerah (Perda) yang dibatalkan karena masalah disharmonisasi. Untuk itu, sudah menjadi kebutuhan dalam ber hukum agar memasukkan Pancasila dalam peraturan perundang-undangan. Upaya ini sebenarnya sesuai dengan *stufenbauthorie* atau kerangka hirarkis norma Hans Kelsen yaitu hirarki peraturan perundang-undangan dipuncaki oleh *grundnorm* (norma dasar) atau yang oleh muridnya Hans Nawiasky menyebutnya *Staat fundamentalnorm* (norma fundamental negara).³ Selain masalah sistem peraturan perundang-undangan, masalah yang lain adalah semakin menguatnya pluralisme hukum yakni penerapan beberapa sistem hukum sekaligus seperti hukum Islam, hukum adat, *civil law* dan *common law*.

Persoalan-persoalan di atas, menjadikan Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum pada masa reformasi hingga saat ini semakin mengalami ketergerusan. Oleh sebab itu, Pancasila harus benar-benar diaplikasikan sebagai sumber segala sumber hukum dalam sistem hukum nasional. Untuk itu, penulisan karya ilmiah ini bermaksud untuk mengkaji:

1. Bagaimana keberadaan Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum?
2. Apa pengaruh reformasi terhadap keberadaan Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum?
3. Bagaimana upaya-upaya untuk memperkuat dan menerapkan Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum dalam sistem hukum nasional?

PEMBAHASAN

A. Sekilas Pancasila

Pada Sidang Pertama Badan Penyelidik Usaha-usaha Persiapan Kemerdekaan (BPUPK) 1 Juni 1945⁴, untuk pertama kalinya Soekarno memperkenalkan dasar negara Indonesia yang kelak merdeka yang disebut Pancasila. Soekarno menyebutnya sebagai *filosofishe gronslag* atau pandangan hidup bangsa Indonesia. Oleh karena itu, Pancasila memiliki dua kepentingan yaitu: *pertama*, Pancasila diharapkan senantiasa menjadi pedoman dan petunjuk dalam menjalani keseharian hidup manusia Indonesia baik dalam berkeluarga, bermasyarakat

³ Terkait kedudukan Pancasila sebagai *grundnorm* atau *staafundamentalnorm*, lihat Teguh Prasetyo dalam *Hukum dan Sistem Hukum Berdasarkan Pancasila*, Yogyakarta: Media Perkasa, 2013, h. 69.

⁴ Sidang dimulai 29 Mei-1 Juni 1945, agenda persidangan adalah menyampaikan pandangan mengenai dasar negara Indonesia merdeka. Tepat pada sidang hari keempat, Soekarno mengemukakan Pancasila yang disambut tepuk tangan riuh peserta sidang. Lihat pidato selengkapnya dalam A.B Kusuma, *Lahirnya Undang-Undang Dasar 1945*, Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2004, h.150-167.

maupun berbangsa. *Kedua*, Pancasila diharapkan sebagai dasar negara sehingga suatu kewajiban bahwa dalam segala tatanan kenegaraan entah itu dalam hukum, politik, ekonomi maupun sosial masyarakat harus berdasarkan dan bertujuan pada Pancasila. Apabila dicermati, Pancasila sebenarnya bukanlah hasil konstruksi baru pemikiran Soekarno melainkan kenyataan hidup masyarakat dan bangsa Indonesia yang telah lama berTuhan, beradad, berkekeluargaan, bermusyawarah untuk mufakat dan berkeadilan. Untuk itu, tidak mengherankan jika Soekarno menegaskan Ia bukanlah penemu Pancasila tetapi hanyalah sebagai salah satu penggali Pancasila.

Dasar negara yang dinamakan Pancasila oleh Soekarno tersebut secara aklamasi diterima oleh para anggota BPUPK waktu itu yang kemudian disempurnakan secara bersama-sama agar lebih sistematis. Untuk itu, sebelum sidang pertama berakhir dibentuklah panitia kecil untuk merumuskan dasar negara berdasarkan pidato yang diucapkan Bung Karno pada 1 Juni 1945 serta berdasarkan pandangan-pandangan yang disampaikan oleh para anggota BPUPK dalam rangkaian Sidang Pertama. Panitia kecil tersebut beranggotakan delapan orang yang diketuai Soekarno. Di tengah rangkaian proses merumuskan dasar negara itu, rupanya Soekarno berinisiatif untuk membentuk panitia kecil lagi untuk mempercepat dirumuskannya dasar negara. Panitia kecil bentukan Soekarno beranggotakan sembilan orang yang kemudian dikenal dengan sebutan Panitia Sembilan. Panitia Sembilan menghasilkan rancangan Pembukaan yang kemudian dikenal dengan sebutan Piagam Jakarta.⁵

Walaupun Pancasila yang dikemukakan Soekarno tersebut sudah mendapat persetujuan mutlak oleh para *founding fathers*, bahkan kemudian dikaji secara sistematis oleh panitia khusus, akan tetapi secara konstusionalitas rumusan Pancasila yang hingga saat ini dikenal ditetapkan baru pada 18 Agustus 1945 oleh PPKI. Menariknya, pada waktu ditetapkan, pada Alinea Keempat Pembukaan UUD 1945 mengalami perubahan pada rumusan sila pertama Pancasila yaitu dengan mencoret bagian kalimat "*dengan kewajiban menjalankan syariat Islam bagi pemeluk-pemeluknya*".⁶ Dengan demikian, sila pertama menjadi Ketuhanan

⁵ Mohammad Hatta dkk, *Uraian Pancasila*, Jakarta: Mutiara, 1978, Jakarta, h.76 dalam notulensi sidang 1 panitia 5 tanggal 10 januari 1975 pukul 09.15 di kediaman bung hatta jl. Diponegoro jakarta. Panitia Resmi yang dibentuk BPUPK sesuai inisiatif Ketua BPUPK Radjiman Widyoningrat terdiri dari delapan orang atau kerap disebut Panitia Delapan yaitu: Ir. Soekarno, Drs. M. Hatta, Mr. M. Yamin, M. Soetadjo Kartohadikoesoemo, R. Oto Iskandardinata, Mr. A. Maramis, Ki Bagus Hadikoesoemo dan K.H. Wachid Hasjim. Sedangkan anggota Panitia Sembilan atau panitia tidak resmi bentukan BPUPK, anggotanya yaitu: Ir. Soekarno, Drs. M. Hatta, Mr. M. Yamin, Mr. A. Maramis, Mr. A. Soeardjo, K.H. Wachid Hasjim, K.H. Kahar Muzakir, Haji Agus Salim dan R. Abikoeso Tjokrosoejoso. Lihat A.B Kusuma, *Op. Cit.*, h, 167

⁶ Dalam Piagam Jakarta, sila pertama Pancasila berbunyi "Ketuhanan, dengan kewajiban menjalankan syari'at Islam bagi pemeluk-pemeluknya". Setelah dicoret tujuh kata itu maka jadilah "Ketuhanan Yang Maha Esa". Lihat Mohammad Hatta dkk, *ibid*, h.77 dalam notulensi sidang 1 panitia

Yang Maha Esa sebagaimana dalam rumusan kelima menurut pidato Soekarno. Di dalam perkembangannya, bangsa Indonesia menyadari begitu maha pentingnya Pancasila, oleh sebab itu kedudukan Pancasila dalam kehidupan berbangsa dan bernegara adalah sebagai dasar negara, sebagai falsafah bangsa dan negara Indonesia, sebagai ideologi negara dan sebagai *rechtsidee* atau cita hukum yang diejawantahkan dalam keberadaan Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum.

B. Pancasila sebagai Sumber Segala Sumber Hukum

Sumber hukum pada hakikatnya adalah tempat kita dapat menemukan dan menggali hukumnya.⁷ Sumber hukum menurut Zevenbergen dapat dibagi menjadi sumber hukum materiil dan sumber hukum formil. Sumber hukum materiil merupakan tempat dari mana materi hukum itu diambil. Sumber hukum materiil ini merupakan faktor yang membantu pembentukan hukum misalnya: hubungan sosial, hubungan kekuatan politik, situasi sosial ekonomis, tradisi (pandangan keagamaan, kesusilaan), perkembangan internasional, keadaan geografis. Sumber hukum formil merupakan tempat atau sumber dari mana suatu peraturan memperoleh kekuatan hukum. Ini berkaitan dengan bentuk atau cara yang menyebabkan peraturan itu formal berlaku.⁸

Apabila dikaitkan dengan dua jenis sumber hukum di atas, maka Pancasila termasuk sumber hukum yang bersifat materiil sedangkan yang bersifat formil seperti peraturan perundang-undangan, perjanjian antarnegara, yurisprudensi dan kebiasaan. Pancasila sebagai sumber hukum materiil ditentukan oleh muatan atau bobot materi yang terkandung dalam Pancasila. Setidaknya terdapat tiga kualitas materi Pancasila yaitu: *pertama*, muatan Pancasila merupakan muatan filosofis bangsa Indonesia. *Kedua*, muatan Pancasila sebagai identitas hukum nasional. *Ketiga*, Pancasila tidak menentukan perintah, larangan dan sanksi melainkan hanya menentukan asas-asas fundamental bagi pembentukan hukum (meta-juris).⁹ Ketiga kualitas materi inilah yang menentukan Pancasila sebagai sumber hukum materiil sebagaimana telah dijelaskan Sudikno Mertokusumo di atas.

5 tanggal 10 Januari 1975 pukul 09.15 di kediaman Bung Hatta Jl. Diponegoro Jakarta. Terkait Piagam Jakarta, sebenarnya terdapat tiga sebutan yang berbeda-beda yaitu Soekarno menyebutnya Mukadimah, Yamin menamakannya Piagam Jakarta dan Soekiman menyebutnya *Gentlement Agreement*. Jadi, nama yang terkenal adalah nama yang diberikan Moh. Yamin. Lihat A.B Kusuma, *Op. Cit.*, h. 472.

⁷ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum*, Edisi Revisi, Yogyakarta: Cahaya Atma Pustaka, 2010, h.107

⁸ *Ibid*, h.108

⁹ Dani Pinasang, "Falsafah Pancasila Sebagai Norma Dasar (Grundnorm) dalam Rangka Pengembangan Sistem Hukum Nasional", *Jurnal Hukum UNSRAT*, Vol. XX, No. 3, April-Juni, 2012, h. 8

Adanya sumber hukum sebagai tempat untuk menggali dan menemukan hukum dalam suatu masyarakat dan negara, mengakibatkan hukum memiliki tatanan tersendiri. Terkait hal ini, khasanah hukum di era modern maupun kontemporer sangat dipengaruhi oleh teori hukum Hans Kelsen mengenai *grundnorm* (norma dasar) dan *stufenbautheorie* (tata urutan norma). Menurut Kelsen, norma yang validitasnya tidak dapat diperoleh dari norma lain yang lebih tinggi disebut sebagai norma dasar. Semua norma yang validitasnya dapat ditelusuri ke satu norma dasar yang sama membentuk suatu sistem norma, atau sebuah tatanan norma. Norma dasar yang menjadi sumber utama ini merupakan pengikat diantara semua norma yang berbeda-beda yang membentuk suatu tatanan norma. Bahwa suatu norma termasuk ke dalam sistem suatu norma, ke dalam tatanan normatif tertentu, dapat diuji hanya dengan mengonfirmasikan bahwa norma tersebut memperoleh validitasnya dari norma dasar yang membentuk tatanan norma tersebut.¹⁰

Konsep norma dasar Kelsen, kemudian diafirmasi oleh Nawiasky meskipun dengan sebutan lain yaitu *Staatfundamentalnorm*. Nawiasky menegaskan, *Staatfundamentalnorm* atau norma fundamental negara (norma dasar) adalah norma tertinggi dalam suatu negara dan norma ini merupakan norma yang tidak dibentuk oleh norma yang lebih tinggi lagi, tetapi bersifat *pre-supposed* atau ditetapkan terlebih dahulu oleh masyarakat dalam negara dan merupakan norma yang menjadi tempat bergantungnya norma-norma hukum di bawahnya. Bahkan Nawiasky juga menegaskan bahwa isi norma fundamental negara merupakan dasar bagi pembentukan konstitusi atau undang-undang dasar.¹¹

Apabila mencermati maksud norma dasar menurut Kelsen dan atau norma fundamental negara menurut Nawiasky maka Pancasila merupakan norma dasar yang menginduki segala macam norma dalam tatanan norma di Indonesia. Untuk memperjelas kedudukan norma dasar dalam tatanan hukum suatu negara, Kelsen juga menjelaskan pola hubungan antarnorma melalui teorinya *stufenbau* atau hirarkis norma. Kelsen menjelaskan hubungan antara norma yang mengatur pembentukan norma lain dengan dengan norma yang lain lagi dapat digambarkan sebagai hubungan antara “superordinasi” dan “subordinasi” yang merupakan kiasan keruangan. Norma yang menentukan norma lain adalah norma yang lebih tinggi, sedangkan norma yang dibentuk menurut peraturan ini adalah norma yang lebih

¹⁰ Hans Kelsen, *Teori Umum Tentang Hukum Dan Negara* (diterjemahkan dari buku Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*; New York: Russel and Russel, 1971), Bandung: Nusa Media, 2014, h.161

¹¹ Maria Farida Indrati S., *Ilmu Perundang-Undangan I (Jenis, Fungsi dan Materi Muatan)*, Yogyakarta: Penerbit PT Kanisius, 2007, h. 46

rendah.¹² Menurut Achmad Ali, *stufenbautheorie* Kelsen merupakan peraturan hukum keseluruhannya dari norma dasar yang berada di puncak piramida, dan semakin ke bawah semakin beragam dan menyebar. Norma dasar teratas adalah bersifat abstrak dan semakin ke bawah semakin konkrit. Dalam proses itu, apa yang semula berupa sesuatu yang “seharusnya”, berubah menjadi sesuatu yang “dapat” dilakukan.¹³

Teori Kelsen tentang hirarkis norma kemudian dikembangkan oleh muridnya Nawiasky dalam bukunya *Allgemeine Rechtslehre*. Nawiasky menegaskan bahwa sistem norma hukum di negara manapun selalu berlapis-lapis dan berjenjang- jenjang. Norma yang di bawah berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi, sampai pada suatu norma yang tertinggi yang disebut norma dasar. Nawiasky kemudian memberi gagasan baru tentang sistem norma tersebut yaitu dengan adanya pengelompokan norma. Menurut Nawiasky, pengelompokan norma dalam suatu negara terdiri atas empat kelompok besar yaitu: kelompok pertama, *Staatfundamentalnorm* atau norma fundamental negara. Kelompok kedua, *Staatgrundgesetz* (aturan dasar/pokok negara). Kelompok ketiga, *Formell Gesetz* (Undang-Undang). Kelompok keempat, *Verordnung & Autonome Satzung* (aturan pelaksana & aturan otonom).¹⁴

Bedasarkan gagasan Kelsen dan Nawiasky di atas tentang *stufenbautheory* atau teori tata urutan norma, dapat dipahami bahwa norma dasar atau norma fundamental negara berada pada puncak piramida. Oleh karena itu, Pancasila sebagai norma dasar berada pada puncak piramida norma. Dengan demikian, Pancasila kemudian menjadi sumber tertib hukum atau yang lebih dikenal sebagai sumber dari segala sumber hukum. Hal demikian, telah dikukuhkan oleh memorandum DPR-GR yang kemudian diberi landasan yuridis melalui Ketetapan MPR No. XX/MPRS/1966 jo Ketetapan MPR No. V/MPR/1973 jo Ketetapan MPR No. IX/MPR/1978.¹⁵ Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum dimaksudkan sebagai sumber dari tertib hukum negara Indonesia. Menurut Roeslan Saleh,

¹² Hans Kelsen, *Op.Cit.*, h. 179

¹³ Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum Dan Teori Peradilan*, Vol. 1 Pemahaman Awal, Jakarta: Kencana Premedia Group, Edisi Pertama 2009, h. 62

¹⁴ Maria Farida Indrati S. *Op. Cit.*, h. 44-45. Persamaan Kelsen dan Nawiasky adalah sama menyebutkan bahwa norma itu berjenjang- jenjang dan berlapis-lapis serta keberlakuan norma bersumber pada norma dasar. Perbedaan keduanya adalah Kelsen menyebut norma dasar sebagai Grundnorm sedangkan Nawiasky menyebutnya Staatfundamentalnorm. Selain itu, Nawiasky mengelompokan norma sedangkan Kelsen tidak. Lihat selengkapnya dalam, *ibid*, h. 47-48. Lihat pula dalam Teguh Prasetyo, *Op. Cit.*, h. 70.

¹⁵ TAP MPR No. XX/MPRS/1966 tentang Memorandum DPR-GR Mengenai Sumber Tertib Hukum Republik Indonesia Dan Tata Urutan Peraturan Perundang Republik Indonesia. TAP MPR-RI No.V/MPR/1973 Tentang Peninjauan Produk-Produk Yang Berupa Ketetapan-Ketetapan MPR-RI. TAP MPR No. IX/MPR/1978 Tentang Perlunya Penyempurnaan Yang Termaktub Dalam Pasal 3 Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia No: V/MPR/1973.

fungsi Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum mengandung arti bahwa Pancasila berkedudukan sebagai:

- 1) Ideologi hukum Indonesia,
- 2) Kumpulan nilai-nilai yang harus berada di belakang keseluruhan hukum Indonesia,
- 3) Asas-asas yang harus diikuti sebagai petunjuk dalam mengadakan pilihan hukum di Indonesia,
- 4) Sebagai suatu pernyataan dari nilai kejiwaan dan keinginan bangsa Indonesia, juga dalam hukumnya.¹⁶

Keberadaan Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum kemudian kembali dipertegas dalam Ketetapan MPR No. III/MPR/2000 Tentang Sumber Hukum Dan Tata Urutan Peraturan Perundang-Undangan. Pasal 1 TAP MPR itu memuat tiga ayat:

- 1) Sumber hukum adalah sumber yang dijadikan bahan untuk penyusunan peraturan perundang-undangan
- 2) Sumber hukum terdiri dari sumber hukum tertulis dan hukum tidak tertulis
- 3) Sumber hukum dasar nasional adalah Pancasila sebagaimana tertulis dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945, yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab, Persatuan Indonesia dan Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmah kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia dan batang tubuh Undang-Undang Dasar 1945.

Pengaturan TAP MPR di atas lebih memperjelas maksud dari istilah sumber hukum dalam sistem hukum di Indonesia bahwa yang menjadi sumber hukum (tempat untuk menemukan dan menggali hukum) adalah sumber yang tertulis dan tidak tertulis. Selain itu, menjadikan Pancasila sebagai rujukan utama dari pembuatan segala macam peraturan perundang-undangan. Akan tetapi, tidak lagi ditemukan istilah Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum. Hal ini memang tidak mengganggu keberadaan Pancasila sebagai norma dasar yang menginduki segala norma tetapi tentu mengurangi supremasi dan daya ikat Pancasila dalam tatanan hukum. Dikatakan demikian, karena nilai-nilai Pancasila seperti sebagai pandangan hidup, kesadaran, cita-cita hukum dan cita-cita moral tidak lagi mendapatkan legitimasi yuridis. Terutama, sistem hukum modern

¹⁶ Roelian Saleh, *Penjabaran Pancasila dan UUD 1945*, Jakarta: Aksara baru, 1979, h.49

sudah banyak dipengaruhi oleh aliran pemikiran positivisme hukum yang hanya mengakui peraturan-peraturan tertulis. Untuk itu, adalah suatu kekeliruan apabila tidak menerangkan secara eksplisit mengenai Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum.

Menariknya, supremasi Pancasila dalam sistem hukum kembali ditemukan dalam UU No 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan. Pada Pasal 2 UU ini disebutkan “Pancasila merupakan sumber segala sumber hukum negara”. UU tersebut kemudian diganti dengan UU No. 12 Tahun 2011 yang mengatur tentang hal yang serupa. Pada Pasal 2 UU ini tetap menegaskan hal yang sama sebagaimana dalam UU NO. 10 Tahun 2004 bahwa Pancasila merupakan sumber segala sumber hukum negara. Dengan demikian, keberadaan Pancasila kembali menjadi *supreme norm* dalam sistem hukum negara Indonesia sehingga Pancasila sebagai suatu pandangan hidup, kesadaran dan cita-cita hukum maupun cita-cita moral bangsa terlegitimasi secara yuridis.

C. Reformasi dan Tergerusnya Pancasila Sebagai Sumber Segala Sumber Hukum

Ketetapan MPRS No. XXXIII/MPRS/1967 tentang Pencabutan Kekuasaan Pemerintah Negara Dari Presiden Soekarno secara konstitusional menandai berakhirnya kekuasaan Soekarno yang dikenal dengan rezim Orde Lama (Orla). Sejak saat itu, kekuasaan pemerintah negara berada pada tangan Soeharto, yang walaupun secara *de facto* Soeharto telah memegang kekuasaan sejak adanya Surat Perintah Sebelas Maret Tahun 1966. Status Soeharto secara konstitusional kemudian diakui dengan Ketetapan MPRS Nomor XLIV/MPRS/1968 tentang Pengangkatan Pengemban Ketetapan MPRS Nomor IX/MPRS/1966 Sebagai Presiden Republik Indonesia. Kekuasaan Soeharto menandai rezim Orde Baru (Orba) dengan jargon terkenalnya “politik *no*, pembangunan *yes*”. Dalam mengemban kekuasaannya, Orba menerapkan Pancasila dan UUD 1945 secara murni dan konsekuen. Hal ini kemudian dianggap sebagai suatu bentuk pengkultusan Pancasila, sehingga Pancasila menjadi ideologi yang kaku dan tertutup.¹⁷

Dengan adanya upaya pengkultusan Pancasila tersebut maka tentu mengharuskan setiap aspek kehidupan dalam bermasyarakat dan berbangsa baik secara hukum, ekonomi, politik maupun sosial masyarakat menerapkan Pancasila.

¹⁷ Menurut Alfian, ideologi negara harus selalu relevan karena pada dasarnya suatu ideologi dapat diukur melalui tiga dimensi yaitu: *pertama*, kemampuannya mencerminkan realitas yang hidup dalam masyarakat. *Kedua*, idealisme yang terkandung di dalamnya. *Ketiga*, fleksibilitasnya terhadap perubahan-perubahan yang terjadi. Lihat Alfian dalam Mahfud MD, *Op.Cit.*, h.97-98

Artinya, segala segi kehidupan tidak boleh bertentangan dengan Pancasila. Akan tetapi, dalam penerapan Pancasila secara murni dan konsekuen tersebut, rezim Orba mempraktikkan kekuasaan otoriterian yang membelenggu kebebasan dan Hak Asasi Manusia (HAM) setiap rakyat Indonesia. Kenyataan inilah yang menggugah gejala ketidakpuasan rakyat terhadap pemerintahan Orba bahkan terhadap keberadaan Pancasila yang kerap dijadikan dogma kaku. Ketidakpuasan rakyat Indonesia kemudian mencapai puncaknya pada Tahun 1998. Tahun ini kemudian menjadi tonggak sejarah bagi dinamika kenegaraan Indonesia. Bagaimana tidak, pada tahun ini terjadi suatu peristiwa bersejarah yaitu reformasi. Peristiwa ini, tentu saja dilatarbelakangi ketidakpuasan rakyat pada stagnansi pemerintahan baik dalam ekonomi, politik, kebebasan maupun hukum. Reformasi tersebut dipelopori kaum muda khususnya mahasiswa yang bersama-sama masyarakat berupaya menggulingkan Presiden Soeharto.

Upaya penggulingan rezim Orba yang otoriter tersebut kemudian menggapai hasil memuaskan yang ditandai dengan pengunduran diri Presiden Soeharto pada 21 Mei 1998. Setelah Soeharto turun tahta, Habibie sebagai wakil presiden diangkat menjadi presiden sesuai dengan amanah Pasal 8 UUD 1945 yang menyebutkan bahwa "Jika Presiden mangkat, berhenti, atau tidak dapat melakukan kewajibannya dalam masa jabatannya, ia diganti oleh Wakil Presiden sampai habis waktunya". Pengukuhan Presiden Habibie ditetapkan melalui TAP MPR Nomor VI/MPR/1998 Tentang Pengangkatan Wakil Presiden Republik Indonesia. Presiden Habibie dianggap sebagai presiden yang akan memulai demokratisasi dalam Orde Reformasi. Oleh karena itu, langkah yang dilakukan pemerintahan Habibie adalah mempersiapkan pemilu dan melakukan beberapa langkah penting diantaranya membuat undang-undang politik yang meliputi UU Pemilu, UU Partai Politik, dan UU Susunan dan Kedudukan MPR, DPR dan DPRD yang baru disahkan pada awal 1999. UU politik ini jauh lebih demokratis dibandingkan sebelumnya sehingga pemilu 1999 menjadi yang demokratis yang diakui oleh dunia internasional.¹⁸

Produk-produk peraturan dan kebijakan yang demokratis selama pemerintahan Habibie dapat dikatakan sangat wajar karena tuntutan paling mendasar reformasi adalah pertama-tama kehidupan berdemokrasi. Sebagai hasilnya adalah terjadinya pemilu demokratis pada tahun 1999. Reformasi memang memberi banyak pembaharuan terhadap keadaan negara dan penyelenggaraan pemerintahan

¹⁸ Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Edisi Revisi Cet. Pertama, Jakarta: PT Gramedia, 2008, h. 134. Pada masa Habbibie, upaya demokratisasi yang penting lainnya adalah penghapusan dwi-fungsi ABRI, sehingga fungsi sosial politik ABRI dihilangkan. *Ibid.*

dari yang bercorak otoriter menjadi berkarakter demokratis dan berkeadilan. Walaupun demikian, tidak berarti bahwa reformasi tanpa memiliki kerugian. Salah satu kerugian dari reformasi adalah tergerusnya Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum dalam sistem hukum nasional. Setidaknya, terdapat tiga hal yang menjadi alasan tergerusnya Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum sejak reformasi hingga saat ini yaitu: adanya sikap resistensi terhadap Orde Baru, menguatnya pluralisme hukum dan terdapatnya suatu kenyataan ber hukum yang menjadikan Pancasila hanya sebagai simbol belaka.

1. Resistensi terhadap Orde Baru

Melaksanakan Pancasila dan UUD 1945 secara murni dan konsekuen dengan menjalankan praktik otoriterianisme rupa-rupanya memberikan dampak buruk bagi bangsa Indonesia. Dampak yang paling nyata adalah munculnya sikap resistensi terhadap Orba. Sikap ini biasanya timbul dari trauma dan ketidakpercayaan terhadap sesuatu atau seseorang. Ketika Orba berkuasa, Pancasila dikultuskan sehingga menjadi ideologi yang tertutup dan bahkan terkesan “bengis” karena menjalankan kekuasaan otoriter. Akibatnya, timbul rasa trauma dan sikap ketidakpercayaan atau resistensi terhadapnya. Tidak heran, ketika Orba tidak lagi berkuasa maka segala sesuatu yang berkaitan dengannya ditinggalkan tanpa mempedulikan yang bermanfaat dan yang tidak bermanfaat. Contohnya, meskipun P4 masih memiliki nilai manfaat terhadap keberadaan Pancasila akan tetapi karena itu produk Orba maka harus dihilangkan. Akibat lain dari sikap resistensi terhadap Orba adalah apabila muncul gagasan untuk kembali menegakkan Pancasila maka anggapan alimiah yang muncul adalah praktik kekuasaan otoriterian akan terjadi lagi.

Padahal, menjalankan kekuasaan otoriter di tengah menguatnya demokrasi dewasa ini sangatlah mustahil. Terutama pula, unsur militerisme dalam pemerintahan seperti masa Orba tidak lagi mendapatkan tempat setelah reformasi karena kekuasaan politik diberikan seutuhnya kepada sipil. Oleh karena itu, jika muncul upaya-upaya untuk menegakkan Pancasila maka tidak berarti meniscayakan pemerintahan otoriter sebagaimana yang dipraktikkan Orba. Sikap resistensi terhadap Orba rupanya terjadi pula dalam tatanan hukum. Hal ini dapat ditemukan dalam materi muatan peraturan perundang-undangan yaitu: *pertama*, TAP MPR Nomor III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-Undangan. Pasal 1 ayat (3) dalam TAP MPR di atas menegaskan “Sumber hukum dasar nasional adalah

Pancasila sebagaimana tertulis dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945, yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab, Persatuan Indonesia dan Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmah kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia dan batang tubuh Undang-Undang Dasar 1945”.

Hal ini menunjukkan bahwa setelah reformasi bangsa Indonesia benar-benar secara teliti dan hati-hati untuk menempatkan Pancasila dalam tatanan hukum. Pasal 1 ayat (3) TAP MPR tersebut sudah tidak lagi secara gamblang menyebutkan bahwa Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum atau sumber tertib hukum melainkan hanya menyebutkan sumber hukum dasar nasional adalah Pancasila. *Kedua*, UU No. 10 Tahun 2004 tentang Peraturan Perundang-Undangan. Pada Pasal 5 dalam UU ini tidak memasukkan TAP MPR dalam hirarki peraturan perundang-undangan. Padahal, TAP MPR merupakan rumah hukum Pancasila dalam tatanan hirarki perundang-undangan. Sikap-sikap resistensi terhadap Orba dalam tatanan hukum seperti ini sebenarnya menggerus status Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum dalam sistem hukum nasional.

2. Menguatnya Pluralisme Hukum

Di dalam ber hukum, negara Indonesia menerapkan beberapa sistem hukum seperti *civil law*, *common law*, hukum Islam dan hukum adat. Realitas ini menunjukkan adanya pluralisme hukum dalam penerapan sistem hukum nasional. Praktik ber hukum secara plural memang sudah berlaku sejak kemerdekaan. Hukum adat diberlakukan di Indonesia karena hukum adat merupakan hukum asli yang lahir dari kebudayaan dan hidup di tengah-tengah masyarakat Indonesia. Van Vollenhoven dalam bukunya *Het Adatrecht van Nederlandsch*, hukum adat merupakan keseluruhan aturan-aturan tingkah laku yang berlaku bagi orang-orang bumi putera dan orang-orang timur asing yang mempunyai pemaksa dan sanksi, lagipula tidak terkodifikasi. Sementara itu, hukum Islam diterapkan di Indonesia sejak masuknya agama Islam di Nusantara. Dengan mayoritas penduduk Indonesia menganut agama Islam, maka hukum Islam atau syariat Islam mendominasi ber hukum penduduk Indonesia terutama dalam hal hukum perkawinan, hukum waris dan hukum kekeluargaan.¹⁹

¹⁹ Teguh Prasetyo, *Op.Cit.*, h.75

Adapun hukum sipil (*civil law*) ditetapkan di Indonesia karena masuknya Belanda di Nusantara. Dengan masuknya Belanda ke Indonesia maka secara langsung maupun tidak juga membawa sistem hukumnya ke Indonesia. Pengaruh *civil law* terlihat di bidang hukum perdata, hukum pidana dan hukum dagang. Sedangkan *common law* diterapkan di Indonesia melalui perjanjian-perjanjian atau konvensi-konvensi internasional yang mana Indonesia menjadi anggotanya, perjanjian antara para pengusaha, lahirnya institusi-institusi keuangan baru dan pengaruh sarjana hukum yang mendapat pendidikan di negara-negara *anglo saxon* seperti Amerika Serikat dan Australia.²⁰ Dari keempat sistem hukum yang diterapkan ini, hukum sipil yang paling berdominasi atau menjadi hukum positif Indonesia. Dominasinya *civil law* sangatlah wajar mengingat bangsa Belanda dalam ratusan tahun menjajah Indonesia. Kondisi ber hukum seperti ini tentu sangat berpengaruh cita hukum nasional karena bagaimana mungkin cita hukum nasional dicapai jika hukum yang diterapkan tidak mengenal karakter dan kebutuhan masyarakat Indonesia.

Kondisi penerapan pluralisme atau keberagaman hukum ini semakin menguat setelah reformasi. Meskipun *civil law* masih mendominasi, akan tetapi sistem hukum yang lain seperti hukum Islam, hukum adat dan *common law* juga terus menampakkan diri. Akibatnya, status Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum semakin tergerus dan termarginalkan. Bagaimana tidak, sistem hukum seperti *civil law* dan *common law* tentu tidak mengenal Pancasila dan tentu memiliki cita hukum tersendiri. Oleh sebab itu, suatu adegium tersohor mengenai hukum dan masyarakat *law developed as society developed* (hukum mengikuti perkembangan masyarakat) menjadi prinsip yang utopis dalam tatanan hukum di Indonesia.

3. Pancasila sebagai Simbolis hukum

Tergerusnya Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum tidak hanya karena adanya resistensi terhadap Orba dan semakin menguatnya pluralisme hukum tetapi juga karena Pancasila dalam hukum hanya sebagai acuan formalitas dalam membuat segala jenis peraturan. Hal yang paling konkrit untuk mendeskripsikan formalitas Pancasila dalam materi muatan peraturan perundang-undangan. Apabila diperhatikan, begitu banyak gugatan-gugatan hukum melalui jalan *judicial review* di Mahkamah Konstitusi terhadap materi

²⁰ *Ibid*, h. 79

muatan undang-undang. Kenyataan ini sebenarnya menunjukkan bahwa undang-undang yang dibuat legislatif tidak secara sungguh-sungguh merujuk UUD 1945 sebagai peraturan yang berkedudukan lebih tinggi dari UU. Atau dalam sistem peraturan perundang-undangan sebagai bentuk pelanggaran terhadap asas *lex superiori derogat legi inferiori*.

Terkait timbulnya pertentangan materi muatan antara peraturan perundang-undangan menarik untuk mencermati kajian Jawahir Thontowi yang menganggap muatan materi UUD 1945 hasil amandemen masih memiliki kontradiksi dengan nilai-nilai Pancasila, Ia mencontohkan mengenai perubahan dari Pasal 6 UUD 1945 terkait dengan pemilihan Presiden dan Wakil Presiden, Pasal 18 ayat (5) UUD 1945 terkait pemilihan kepala-kepala daerah, Gubernur, Bupati, dan Walikota adalah jelas bertentangan dengan sila keempat (4) Pancasila, permusyawaratan yang dipimpin oleh hikmah dan kebijaksanaan dan perwakilan. Jawahir Thontowi menjelaskan jika kata-kata hikmah, kebijaksanaan dan perwakilan tersebut menjadi nilai dasar, maka indikator pemaknaan dan fungsinya bagi kinerja pemerintahan tidak serta merta identik dengan keharusan praktek demokrasi sepenuhnya sebagaimana diterapkan di negara-negara barat. Demokrasi perwakilan sebagaimana maksud dari nilai-nilai Pancasila seperti dalam sila keempat termasuk juga biasa dipraktikkan di berbagai negara maju dan modern.²¹

Penjelasan J. Thontowi di atas sebenarnya ingin menggambarkan bahwa bagaimana mungkin disharmonisasi antara peraturan perundang-undangan tidak terjadi jika UUD 1945 sebagai puncak hirarki peraturan perundangan saja masih bertentangan dengan Pancasila sebagai norma dasar. Dengan demikian, tidak dapat dipungkiri bahwa banyaknya kontradiksi peraturan perundang-undangan menyebabkan semakin tergerusnya status Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum. Ketergerusan status Pancasila tersebut dibuktikan dengan adanya tindakan pembatalan 139 Perda oleh Mendagri terhitung sejak november 2014 hingga Mei 2015.²² Pembatalan tersebut dilakukan karena perda-perda itu bertentangan dengan Pancasila dan UUD 1945. Kenyataan seperti ini semakin menunjukkan bahwa Pancasila tidak lagi mengikat secara hukum melainkan hanya sebagai simbolis sumber tertib hukum.

²¹ Jawahir Thontowi, *Op. Cit.*, h.25

²² Terkait hal ini, terdapat perubahan fundamen terhadap pembatalan perda. Putusan MK Nomor 137/PUU-XIII/2015 menyatakan perda tidak dapat dibatalkan oleh Mendagri tetapi melalui mekanisme *judicial review* di Mahkamah Agung, akan tetapi, hanya perda kabupaten/kota yang tidak dapat dibatalkan Mendagri sedangkan perda provinsi tetap dibatalkan mendagri atau tetap dalam mekanisme *executive review*.

Ketiga alasan yang menyebabkan tergerusnya Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum dalam sistem hukum nasional menunjukkan bahwa reformasi tetap menyisahkan persoalan serius terkait kedudukan Pancasila dalam hukum. Jawahir Thontowi menjelaskan bahwa setelah reformasi, Pancasila tampaknya kehilangan daya ikatnya karena tidak memiliki rumah hukum yang jelas dalam tata tertib hukum di Indonesia. Termasuk, Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum menjadi tak berumah lagi hingga tahun 2004. Pada tahun 2004 dapat dinilai sebagai suatu upaya merumahkan kembali Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum karena pada tahun ini legislatif berhasil membuat produk undang-undang yaitu UU No. 10 Tahun 2004 tentang Peraturan Perundang-Undangan. Dalam Pasal 2 menyebutkan bahwa Pancasila merupakan sumber dari segala sumber hukum. UU ini kemudian digantikan oleh UU No. 12 tahun 2011 yang mengatur hal serupa. Namun, Jawahir Thontowi menegaskan bahwa kedudukan Pancasila dalam kedua UU tersebut menjadi lemah dan kurang mengikat karena dalam Pasal 6 UU No. 10 Tahun 2004 dan Pasal 7 UU No. 12 Tahun 2011, Pancasila tidak termasuk dalam struktur hirarkis perundang-undangan nasional.²³

D. Menerapkan Pancasila sebagai Sumber Segala Sumber Hukum

Tergerusnya Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum mengakibatkan Pancasila tidak lagi memiliki daya mengikat dalam sistem hukum nasional. Realitas ber hukum yang jauh dari koridor norma dasar negara ini menyebabkan materi muatan hukum dan pelaksanaan hukum di Indonesia tidak menemukan suatu bentuk yang jelas. Apalagi dengan adanya sikap-sikap resistensi terhadap Orba dan menguatnya pluralisme hukum menambah tidak beridentitasnya sistem hukum nasional.

Meskipun Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum memiliki rumah hukum baik melalui TAP MPR maupun UU No. 10 Tahun 2004 yang kemudian diganti dengan UU No. 12 Tahun 2011 tetap saja tidak menjamin kedudukan Pancasila dalam sistem hukum nasional Indonesia. Oleh karena itu, diperlukan beberapa upaya agar Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum tidak hanya sebatas memiliki rumah hukum tetapi dapat diterapkan dalam sistem hukum. Terdapat dua upaya untuk itu, yaitu: menjadikan Pancasila sebagai suatu aliran hukum positif dan mendudukan Pancasila sebagai puncak peraturan perundang-undangan.

²³ *Op.Cit.*, Jawahir Thontowi, h.45-46

1. Menjadikan Pancasila sebagai suatu aliran hukum

Jika dicermati dalam literasi-literasi hukum yang membahas tentang aliran hukum, maka dapat ditemukan suatu pola dinamis terkait terbentuk dan eksisnya suatu aliran hukum. Terbentuknya suatu aliran hukum berawal dari adanya suatu pemikiran tentang hukum ideal yang dikemukakan oleh seseorang ataupun beberapa orang ahli hukum berdasarkan realitas dan kebutuhan sosial masyarakat dalam suatu waktu dan wilayah tertentu. Misalnya, pemikiran tentang kepastian hukum atau positivisme hukum berawal dari John, seorang ahli hukum Inggris. Menurut Austin, hukum terlepas dari soal keadilan dan dari soal baik dan buruk. Karena itu, ilmu hukum tugasnya hanyalah menganalisis unsur-unsur yang secara nyata ada dalam sistem hukum modern. Ilmu hukum hanya berurusan dengan hukum positif yaitu hukum yang diterima tanpa memperhatikan kebaikan dan keburukannya. Hukum adalah perintah dari kekuasaan politik yang berdaulat dalam suatu negara.²⁴ Jadi, pemikiran Austin mengidealkan hukum sebagai perintah penguasa.

Pemikiran yang melegitimasi kekuasaan absolut penguasa tersebut kemudian disempurnakan menurut kebutuhan dan perkembangan masyarakat dan zaman. Pemikiran kepastian Austin yang meletakkan kepastian hukum pada perintah penguasa tersebut disempurnakan (dikembangkan) oleh Hans Kelsen menjadi kepastian hukum terdapat pada segala peraturan tertulis atau legisme. Meskipun telah disempurnakan, harus diingat bahwa keberadaan suatu aliran hukum senantiasa ditentukan oleh relevansinya. Artinya, suatu aliran hukum akan tetap benar apabila sesuai dengan ruang dan waktu tertentu. Contohnya, aliran positivisme hukum akan tetap dianggap benar dan ideal untuk diterapkan di Indonesia asalkan masih relevan dengan kebutuhan dan perkembangan masyarakat Indonesia.

Berdasarkan terbentuknya suatu aliran hukum di atas maka Pancasila layak sebagai aliran hukum. Secara rangkaian proses terbentuknya, Pancasila dikemukakan oleh Soekarno pada 1 Juni 1945 kemudian disempurnakan oleh Panitia Sembilan yang menghasilkan Mukadimah/*Genlement Agreement*/Piagam Jakarta 22 Juni 1945. Kemudian, disempurnakan kembali dengan mencoret tujuh kata dalam rumusan sila pertama lalu ditetapkan secara final pada

²⁴ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Cetakan Kedua, Bandung: Alumni, 1986, h. 118. Buku ini, telah di cetak delapan kali dan cetakan terakhir pada tahun 2014 oleh penerbit Citra Aditya Bakti, Bandung. Dalam buku cetakan kedelapan dengan editor Awaludin Marwan tersebut pembahasan tentang John Austin dan aliran positivisme hukum pada halaman 305-306.

18 Agustus 1945. Rangkaian proses ini sudah menunjukkan Pancasila layak sebagai suatu aliran pemikiran. Begitu pula secara prinsip relevansi atau kesesuaian dengan kebutuhan dan perkembangan masyarakat, Pancasila sudah memenuhinya. Dengan demikian, jika Pancasila dijadikan sebagai suatu aliran hukum maka itu berarti aliran hukum yang lahir dan berkembang menurut realitas kehidupan, kebutuhan dan perkembangan bangsa Indonesia. Tujuan penting menjadikan Pancasila menjadi suatu aliran hukum tentu bukan untuk melawan aliran-aliran hukum yang masih relevan untuk diterapkan sebagai hukum positif tetapi terutama agar negara Indonesia memiliki suatu sistem hukum nasional yang jelas, utuh dan imparsial.

Terutama pula, secara paradigma bernegara para pendiri negara telah memilih suatu paradigma bernegara yang tidak hanya mengacu pada tradisi hukum Barat, melainkan juga berakar pada tradisi asli bangsa Indonesia. Paradigma bernegara itu dirumuskan dengan memadukan secara paripurna 5 (lima) prinsip bernegara, yakni Ketuhanan (theisme), kemanusiaan (humanisme), kebangsaan (nasionalisme), kerakyatan (demokrasi), dan keadilan sosial (sosialisme) ke dalam suatu konsep Pancasila. Kelima prinsip Pancasila itu mengandung nilai universal, tetapi juga memiliki basis partikularitas pada tradisi bangsa Indonesia. Dimensi universalitas dan partikularitas itu menyebabkan adanya ketegangan konseptual dalam Pancasila yang menunjukkan bahwa para pendiri negara Indonesia hendak mendirikan negara-bangsa berciri modern, tetapi tetap berbasis pada tradisi bangsa Indonesia.²⁵

Pancasila sebagai suatu aliran hukum tentu kelak menghilangkan pluralisme sistem hukum dalam berhukum karena semakin plural atau beragamnya hukum yang diterapkan maka semakin banyak pula kontradiksi-kontradiksi yang terjadi antarsistem hukum tersebut. Hukum Islam tidak mungkin paralel dengan *common law* begitu pula hukum adat tidak mungkin paralel dengan *civil law*. Keberagaman sistem hukum seperti inilah yang membuat hukum menjadi tidak produktif dan berakibat semakin sulitnya menggapai cita hukum Indonesia seperti kepastian, keadilan dan kemanfaatan juga kemakmuran dan kesejahteraan. Untuk itu, Pancasila harus hadir sebagai suatu aliran hukum guna mendamaikan disharmonisasasi hukum yang

²⁵ Aidul Fitrijadi, "Negara Hukum Indonesia : Dekolonisasi dan Rekonstruksi Tradisi", *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum*, Vol. 19, No.4, Oktober 2012, h. 491

disebabkan oleh keberagaman hukum. Terutama pula, agar dapat mencapai cita hukum nasional Indonesia.

2. Mendudukan Pancasila sebagai puncak hirarki peraturan perundang-undangan

Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum memang telah memiliki rumah hukum atau legitimasi yuridis, akan tetapi belum memiliki kedudukan dalam hirarki peraturan perundang-undangan. Terkait Pancasila dalam sistem hirarki perundang-undangan, selama ini kerap terpelihara suatu pandangan yang tidak produktif bahwa Pancasila tidak etis dimasukkan dalam hirarki peraturan perundang-undangan karena Pancasila merupakan dasar negara sudah menjadi sumber tertib hukum. Akan tetapi, apabila merujuk pada *stufenbau theory* Kelsen dan Nawiasky yang mengharuskan puncak hirarkis norma adalah norma dasar atau *Grundnorm/Staatfundamentalnorm* maka Pancasila sebagai norma dasar seharusnya berada dalam puncak tata urutan norma tersebut. Dengan demikian, tata urutan peraturan perundang-undangan dari atas ke bawah menjadi sebagai berikut:

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

Kedudukan Pancasila sebagai puncak hirarki peraturan perundang-undangan bukan bermaksud mengurangi keberadaan Pancasila sebagai pandangan hidup dan dasar negara melainkan sebagai upaya untuk menghindari penyimpangan-penyimpangan peraturan perundang-undangan. Pancasila sebagai sumber tertib hukum atau sumber segala sumber hukum dalam tatanan hukum Indonesia telah menjadi sesuatu yang bermakna formalitas belaka. Fakta telah membuktikan, begitu banyaknya peraturan perundang-undangan yang telah menyimpang dari Pancasila. Pembatalan terhadap 139 perda oleh Mendagri merupakan bukti adanya penyimpangan terhadap Pancasila dalam peraturan perundang-undangan. Penyimpangan-penyimpangan tersebut tentu saja akan tetap berpotensi terulang kembali jika Pancasila tidak termasuk dalam hirarki peraturan perundang-undangan.

Dengan demikian, Pancasila sebagai norma dasar harus dimasukkan dalam hirarki peraturan perundang-undangan agar memiliki daya mengikat bagi segala peraturan perundang-undangan.

Selain mengikuti ajaran hirarki norma Kelsen diatas, apabila ditinjau secara sistem perundang-undangan, segala peraturan perundang-undangan senantiasa diikat oleh asas *lex superiori derogat legi inferiori* yaitu suatu aturan hukum yang kedudukannya lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan yang lebih tinggi. Maka dari itu, peraturan perundang-undangan yang lebih rendah kedudukannya tidak boleh bertentangan dengan yang lebih tinggi. Ini artinya, peraturan perundang-undangan yang kedudukannya lebih rendah sebenarnya merupakan konkretisasi dari yang lebih tinggi misalnya undang-undang merupakan konkretisasi dari UUD 1945. Walaupun menurut asas dalam sistem perundang-undangan demikian, akan tetapi masih terdapatnya disharmonisasi dalam pelaksanaannya. Pembatalan undang-undang No. 7 tahun 2004 tentang Sumber Daya Air karena bertentangan dengan UUD 1945 oleh MK adalah salah satu bukti disharmonisasi dalam peraturan perundang-undangan.²⁶

Disharmonisasi antara peraturan perundang-undangan tersebut memiliki dua makna yaitu: *Pertama*, UU tersebut tidak mampu menjadi konkretisasi UUD 1945 dan mengingkari Pancasila sebagaimana termaktub dalam Pembukaan UUD 1945. *Kedua*, UUD 1945 yang termasuk dalam hirarki peraturan perundang-undangan saja masih memberi ruang untuk dilanggar apalagi Pancasila yang tidak termasuk dalam tata urutan peraturan perundang-undangan. Oleh karena itu, merujuk pada aliran positivisme hukum yang mengedepankan unsur kepastian hukum atau legisme maka segala sesuatu alat kelengkapan aturan hukum harus diberi kepastian hukum yang jelas. Salah satu upaya memberi kepastian hukum adalah dengan memasukkan segala alat kelengkapan aturan tersebut dalam tatanan peraturan perundang-undangan. Dengan demikian, Pancasila sebagai salah satu alat kelengkapan aturan yaitu sebagai norma dasar haruslah dimasukkan ke dalam hirarki peraturan perundang-undangan.

Menjadikan Pancasila sebagai suatu aliran hukum dan mendudukan Pancasila sebagai puncak hirarki peraturan perundang-undangan sekiranya

²⁶ Lihat Putusan MK Nomor 85/PUU-XII/2013. Akibat adanya pembatalan UU No. 7 Tahun 2004 tersebut maka MK memberlakukan kembali UU No. 11 Tahun 1974 tentang Pengairan agar tidak terjadinya kekosongan hukum terkait masalah pengairan.

akan menguatkan keberadaan Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum dalam tatanan hukum nasional. Dengan demikian, wajah hukum yang bersifat pluralisme ataupun praktek ber hukum yang kerap menjadikan Pancasila sebagai simbolis belaka tidak memiliki tempat lagi dalam sistem hukum nasional. Begitu pula, sikap resistensi terhadap Orba yang telah memanfaatkan status Pancasila sebagai sumber tertib hukum untuk kepentingan kekuasaan dan memperkuat pemerintahan otoriter; tidak akan terus menghantui bangsa Indonesia. Optimisme penulis terhadap pengamalan Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum dalam sistem hukum nasional ditambah dengan terbentuknya Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2017 tentang Unit Kerja Presiden-Pembinaan Ideologi Pancasila (UKP-PIP). Diharapkan dengan adanya Perpres tersebut, penegakkan terhadap Pancasila tidak hanya dalam tatanan kehidupan sehari-hari baik dalam masyarakat, pendidikan maupun birokrasi. Akan tetapi, juga dalam tatanan hukum sehingga keberadaan Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum benar-benar diterapkan dalam tatanan hukum nasional.

KESIMPULAN

Berdasarkan uraian di atas, dapat diperoleh suatu kesimpulan bahwa keberadaan Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum dalam tatanan hukum nasional masih belum dapat diterapkan secara praksis. Pengaruh reformasi ternyata membuat status Pancasila dalam tatanan hukum mengalami ketergerusan. Hal ini dipengaruhi oleh tiga persoalan yaitu: *Pertama*, adanya sikap resistensi terhadap Orba yang telah menjadikan Pancasila sebagai alat untuk melanggengkan kekuasaan dan melindungi pemerintahan otoriter. *Kedua*, menguatnya pluralisme hukum yaitu menerapkan beragam sistem hukum yang mengakibatkan keberadaan Pancasila menjadi semakin termarjinalkan. *Ketiga*, Pancasila hanya sebagai simbolis dalam hukum sehingga menimbulkan disharmonisasi antara peraturan perundang-undangan seperti adanya UU dan Perda yang bertentangan dengan UUD 1945 dan Pancasila. Maka dari itu, untuk dapat menerapkan Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum dalam sistem hukum nasional diupayakan dua cara yaitu: *Pertama*, menjadikan Pancasila sebagai suatu aliran hukum agar tidak ada lagi pluralisme hukum yang terbukti saling kontradiksi satu sama lain. Terutama pula agar dalam ber hukum, negara Indonesia memiliki suatu sistem hukum yang

utuh dan imparisial yang sesuai dengan karakter dan kebutuhan perkembangan masyarakat Indonesia. *Kedua*, mendudukan Pancasila sebagai puncak dalam hirarki peraturan perundangan-undangan agar Pancasila memiliki daya mengikat terhadap segala peraturan perundang-undangan. Dengan demikian, Pancasila tidak lagi sekadar normatif-semantik sebagai sumber segala sumber hukum tetapi benar-benar dapat diterapkan dalam sistem hukum nasional.

DAFTAR PUSTAKA

- A.B Kusuma, 2004, *Lahirnya Undang-Undang Dasar 1945*, Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia.
- Achmad Ali, 2009, *Menguak Teori Hukum Dan Teori Peradilan*, Vol. 1 Pemahaman Awal, Jakarta: Kencana Premedia Group.
- Hans Kelsen, 2014, *Teori Umum Tentang Hukum Dan Negara* (diterjemahkan dari buku Hans Kelsen, *Generaly Theory of Law and State*; New York: Russel and Russel, 1971), Bandung: Nusa Media.
- Jawahir Thontowi, 2016, *Pancasila Dalam Perspektif Hukum; Pandangan Terhadap Ancaman The Lost Generation*, Yogyakarta: UII Press.
- Maria Farida Indrati S., 2007, *Ilmu Perundang-Undangan I (Jenis, Fungsi Dan Materi Muatan)*, Yogyakarta: Penerbit PT. Kanisius
- Mahfud MD, 2003, *Demokrasi Dan Konstitusi Di Indonesia (Studi Tentang Interaksi Politik Dan Kehidupan Ketatanegaraan)*, Cetakan Kedua, Jakarta: Penerbit Rineka Cipta.
- Miriam Budiardjo, 2008, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Edisi Revisi Cet. Pertama, Jakarta: PT Gramedia
- Mohammad Hatta dkk, 1978, *Uraian Pancasila*, Jakarta: Mutiara.
- Roeslan Saleh, 1979, *Penjabaran Pancasila dan UUD 1945*, Jakarta: Aksara baru.
- Satjipto Rahardjo, 1986, *Ilmu Hukum*, Cetakan Kedua, Bandung: Alumni.
- Sudikno Mertokusumo, 2010, *Mengenal Hukum*; Edisi Revisi, Yogyakarta: Cahaya Atma Pustaka

Teguh Prasetyo, 2013, *Hukum dan Sistem Hukum Berdasarkan Pancasila*, Yogyakarta: Media Perkasa.

Ketetapan-Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat/Sementara

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 85/PUU-XII/2013 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 Tentang Sumber Daya Air.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 137/PUU-XIII/2015 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintahan Daerah.

Aidul Fitriadi, "Negara Hukum Indonesia : Dekolonisasi dan Rekonstruksi Tradisi", *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum*, Vol. 19, No.4, Oktober 2012.

Dani Pinasang, "Falsafah Pancasila Sebagai Norma Dasar (Grundnorm) dalam Rangka Pengembangan Sistem Hukum Nasional", *Jurnal Hukum UNSRAT*, Vol. XX, No. 3, April-Juni, 2012.

Optimalisasi Pemberian Bantuan Hukum Demi Terwujudnya *Access to Law and Justice* Bagi Rakyat Miskin

Optimization of Legal Assistance to the Fullest Access to Law and Justice for Poor People

Suyogi Imam Fauzi dan Inge Puspita Ningtyas

Fakultas Hukum Universitas Jenderal Soedirman
Jl. HR. Boenyamin No. 708, Grendeng, Purwokerto Utara, Kabupaten Banyumas
E-mail: suyogiimam.f@gmail.com dan inge.ningtyas@gmail.com

Naskah diterima: 12/06/2017 revisi: 20/02/2018 disetujui: 26/02/2018

Abstrak

Pemberian bantuan hukum merupakan salah satu cara untuk mewujudkan *access to law and justice* bagi rakyat miskin yang diberikan oleh negara atas amanat dari konstitusi. Beberapa regulasi mengenai bantuan hukum telah dikeluarkan oleh negara melalui Undang-Undang dan peraturan pelaksanaannya maupun dari Mahkamah Agung ataupun Mahkamah Konstitusi melalui Peraturan Mahkamah Agung maupun putusan Mahkamah Konstitusi. Akan tetapi fakta di masyarakat, regulasi yang dibuat itu belum efektif dijalankan sehingga makna *access to law and justice* menjadi bias. Belum efektifnya penerapan dalam pemberian bantuan hukum di Indonesia merupakan suatu *legal issue* yang menarik untuk dikaji lebih dalam agar dapat mengetahui permasalahan utama yang menyebabkan belum efektifnya pemberian bantuan hukum di Indonesia yang nantinya dicarikan solusi dari gagasan yang menjadi formulasi sebagai optimalisasi pemberian bantuan hukum di Indonesia. *Legal Issue* yang dicari yaitu persoalan-persoalan dalam penerapan pemberian bantuan hukum dan Formulasi bagaimana penerapan pemberian bantuan hukum dapat berjalan secara optimal. Artikel ini akan memaparkan secara sistematis dan ilmiah dengan menggunakan metode normatif-empiris yang mengambil lokasi di 5 daerah yaitu DKI Jakarta, Kabupaten Surakarta, Kabupaten Pekalongan, Kabupaten Wonosobo dan Kabupaten Banyumas (Purwokerto) dan *purposive* sample meliputi advokat, organisasi advokat, lembaga bantuan hukum,

pengadilan negeri dan penerima bantuan hukum. Berdasarkan hasil penelitian terdapat beberapa persoalan-persoalan dalam penerapan pemberian bantuan hukum di masyarakat yang menjadikan pemberian bantuan hukum bagi rakyat miskin menjadi belum efektif, oleh sebab itu, diperlukan suatu optimalisasi pemberian bantuan hukum bagi rakyat miskin yang menjadi suatu gagasan untuk menjawab persoalan tersebut untuk mewujudkan *access to law and justice* bagi rakyat miskin.

Kata kunci: Bantuan Hukum, Hak Konstitusional, *Access to Law and Justice*

Abstract

Legal Aid is a way to implementing access to law and justice for the poor which is Mandate from the State listed in the constitution. Some regulations concerning legal assistance have been issued by the state through the rule and implementing regulations and also from the Supreme Court through and Constitutional Court by the Supreme Court Regulation or Constitutional Decission. However, in fact the regulation has not been effectively implemented, so that the meaning of access to law and justice becomes refracted. The ineffectiveness of application in the provision of legal assistance in Indonesia is an interesting legal issue to be reviewed deeper to find out the main problems that have caused the ineffectiveness of providing legal assistance in Indonesia which will be sought solutions from ideas that become formulation as the optimization of legal assistance in Indonesia. Legal Issues sought are issues in the application of legal aid provision and Formulation how the application of legal assistance can applied optimally. This article will describe systematically and scientifically using the normative-empirical method that takes place in 5 areas, DKI Jakarta, Surakarta Regency, Pekalongan Regency, Wonosobo Regency and Banyumas Regency (Purwokerto) and purposive sample includes advocate, BAR organization, legal assistance organization, state courts and legal aid recipients. Based on the results of the study there are several problems in the implementation of providing legal aid in the community that makes the provision of legal aid for the poor is not effective, therefore required an optimization of legal aid for the poor who became an idea to answer the problem to realize access to law and justice for the poor.

Keywords: *Legal Assistance, Constitutional Rights, Access to Law and Justice*

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Perlindungan dan pengakuan hak asasi manusia dari setiap individu atau warga negara merupakan suatu kewajiban bagi negara sebagai konsekuensi

logis dari penetapannya sebagai negara hukum.¹ Indonesia merupakan negara hukum (Pasal 1 ayat (2) UUD 1945) yang memiliki kewajiban untuk melakukan perlindungan dan pengakuan akan hak asasi manusia dari setiap individu atau warga negaranya. Penetapan tersebut diikuti dengan pernyataan bahwa setiap warga negara memiliki kedudukan yang sama dihadapan hukum yang dikenal dengan prinsip *equality before the law*² yang termaktub dalam Pasal 27 ayat (1) UUD 1945.

Konsekuensi dari prinsip *equality before the law*, seseorang berhak untuk diperlakukan sama dihadapan hukum, termasuk bagi rakyat miskin yang sedang bermasalah dengan hukum. Terlebih lagi, negara Indonesia secara kontitusi pada pasal 34 (1) UUD 1945 menyatakan bahwa fakir miskin dan anak terlantar diperlihara oleh negara. Frasa “dipelihara” bukan sekedar memberikan kebutuhan akan pangan dan sandang saja, akan tetapi kebutuhan akan akses hukum dan keadilan, dengan kata lain prinsip *equality before the law* tidak hanya dimaknai sebagai persamaan dimata hukum saja, melainkan menurut Rhode dimaknai sebagai persamaan akan akses terhadap sistem hukum dan keadilan.³ Berdasarkan hal tersebut terciptalah suatu konsep dan tujuan yang bernama *access to law and justice* (akses terhadap hukum dan keadilan).

Berdasarkan prinsip tersebut dan tujuan *access to law and justice*, Pemerintah Indonesia mengeluarkan suatu regulasi untuk merealisasikan prinsip dan tujuan tersebut melalui Undang-Undang 16 tahun 2011 tentang Bantuan Hukum (selanjutnya disebut UU Bantuan Hukum). Substansi dari regulasi tersebut mengharuskan para penegak hukum terutama advokat sebagai pemberi bantuan hukum untuk memberikan bantuan hukum secara cuma-cuma bagi rakyat miskin di Indonesia, terlebih lagi kewajiban tersebut merupakan kewajiban secara normatif bagi advokat sebagai *officium nobile* (profesi mulia) dan amanat dari Undang-Undang No. 18 tahun 2003 tentang Advokat (selanjutnya disebut UU Advokat) untuk memberikan pembelaan bagi setiap orang ketika bermasalah dengan hukum tanpa memandang latar belakang individu, ras, etnis, keyakinan politik, strata sosial, ekonomi dan gender.⁴ Berdasarkan hal tersebut, hak untuk

¹ Sri Rahayu Wilujeng, “Hak Asasi Manusia: Tinjauan dari Aspek Historis dan Yuridis”, *Jurnal Humanika*, Vol. 18 No. 2 Edisi Juli-Desember 2013, Fakultas Ilmu Budaya UNDIP: Semarang, h. 162.

² A.V. Diecy, 2007 Pengantar Studi Hukum Konstitusi, terjemahan *Introduction to the Study of The Law of the Constitution*, penerjemah Nurhadi, M.A Nusamedia : Bandung, hlm. 251. Lihat juga didalam Ahmad Ulil Aedi dan FX Adji Samekto, “Rekonstruksi Asas Kesamaan Di Hadapan Hukum (*Equality Before The Law*)”, *Jurnal Law Reform*, Vol. 8 No. 2 Tahun 2013, Program Magister UNDIP : Semarang h. 2.

³ Deborah L. Rhode, *Access to Justice*, Oxford University Press : New York, 2004, h. 3.

⁴ Frans Hendra Winarta, 2009, *Pro Bono Publico, Hak Konstitusional Fakir Miskin untuk Memperoleh Bantuan Hukum*, Gramedia : Jakarta, h. 1-2, lihat juga didalam Frans Hendra Winarta, 2011, *Bantuan Hukum di Indonesia, Hak untuk Didampingi Penasihat Hukum Bagi Semua Warga Negara*, Elex Media Komputindo : Jakarta, h. 101.

mendapatkan bantuan hukum bagi rakyat miskin merupakan salah satu tujuan dari *access to law and justice*.

Berbicara mengenai prinsip *equality before the law*, hak asasi manusia, dan *access to law and justice* merupakan suatu hal yang mudah dan menyenangkan, akan tetapi ketika dalam tataran praktik realitas masyarakat, hal itu semua akan menjadi tamparan telak. Realitas dalam masyarakat mengenai *equality before the law*, Hak Asasi Manusia dan *access to law and justice* sama sekali tidak seperti apa yang dibicarakan. Hal itu semua hampir tidak terlaksana, diabaikan dan dilanggar secara terang-terangan baik dari pemerintah, penegak hukum atau bahkan sampai kepada para pencari keadilan.

Sebuah data secara nasional dari Badan Pembangunan Hukum Nasional yang menerangkan bahwa total permohonan bantuan hukum yang masuk tahun 2016 mencapai 5.592 perkara dan Non-Litigasi 1.103 perkara sehingga dijumlah menjadi 6695 perkara. Dari jumlah itu, yang diterima 3.335 perkara dan yang ditolak 797 perkara artinya perkara yang ditanggapi dijumlahkan menjadi 4132 perkara.⁵ Berdasarkan hal tersebut artinya ada sekitar 2563 perkara yang hilang atau malah diabaikan, apalagi ini merupakan suatu data yang diinput secara nasional ke pusat artinya bukan suatu hal yang tidak mungkin ada beberapa perkara yang tidak diinput atau belum adanya kesadaran bagi rakyat miskin untuk meminta bantuan hukum padahal ia sedang bermasalah dengan hukum. Kesadaran masyarakat akan bantuan hukum atau *access to law and justice* cenderung memprihatinkan, berdasarkan data dari suatu penelitian menyatakan bahwa pengetahuan hukum di Indonesia masih rendah telah dilakukan penelitian kuantitatif secara nasional menunjukkan bahwa 56% masyarakat tidak dapat menunjukkan satu contoh hak yang mereka miliki. Angka tersebut meningkat secara dramatis pada kelompok perempuan (66%) dan bagi responden yang tidak memiliki pendidikan formal (97%).⁶

Berdasarkan hal tersebut, terdapat suatu pertanyaan besar mengenai penyebab penerapan bantuan hukum bagi rakyat miskin belum efektif dan optimal sehingga dari regulasi tersebut belumlah mewujudkan *access to law and justice* bagi rakyat miskin. Penyebab tersebut merupakan suatu persoalan dalam penerapan bantuan hukum yang harus dicari, diteliti dan diberikan suatu solusi agar penerapan bantuan hukum dapat berjalan optimal dan efektif. Oleh karenanya menjadi

⁵ Irma Tambunan, "Bantuan Hukum Gratis Bagi Kaum Miskin", dalam *Kompas*, 16 Januari 2017.

⁶ *Supra*, *Kerangka Kerja untuk Penguatan Akses Hukum dan Keadilan di Indonesia*, Justice for the Poor Project The World Bank : Jakarta, h. 6

suatu hal yang menarik untuk melakukan suatu pengkajian dan penelitian untuk mengetahui persoalan-persoalan dalam penerapan bantuan hukum di Indonesia yang selanjutnya dirumuskan suatu gagasan agar dapat menjadi solusi untuk mengoptimalkan pemberian bantuan hukum untuk mewujudkan *access to law and justice* bagi rakyat miskin di Indonesia.

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang tersebut, dapat dirumuskan beberapa permasalahan untuk dilakukan pengkajian dan penelitian untuk menjawab permasalahan tersebut. *Pertama*, Bagaimana persoalan dalam penerapan pemberian bantuan hukum bagi rakyat miskin? *Kedua*, Bagaimana mengoptimalkan pemberian bantuan hukum bagi rakyat miskin?

C. Metode Penelitian

Penelitian ini merupakan jenis penelitian hukum dalam konteks normatif-empiris. Penelitian hukum normatif-empiris (*applied law research*)⁷ menggunakan metode pendekatan dan analisis secara kualitatif⁸ yang memiliki spesifikasi secara deskriptif analitis.⁹ Sumber data yang digunakan dalam penelitian ini adalah data primer dan data sekunder. Terhadap data primer menggunakan pemilihan sample atau informan secara *purposive sampling* yaitu: advokat, organisasi advokat, lembaga bantuan hukum, pengadilan negeri dan penerima bantuan hukum. Lokasi penelitian ini dilakukan di 5 tempat yaitu DKI Jakarta, Kabupaten Pekalongan, Kabupaten Surakarta, Kabupaten Wonosobo, Purwokerto. Pemilihan lokasi-lokasi tersebut bukan tanpa alasan, terdapat beberapa alasan dalam pemilihan lokasi tersebut. Jakarta sebagai pusat kordinasi penerapan bantuan hukum di Indonesia, Pekalongan, Purwokerto, Wonosobo dan Surakarta sebagai sampel untuk dapat menjawab efektivitas penerapan bantuan sudah pada tingkat daerah-daerah.

PEMBAHASAN

A. UU Bantuan Hukum sebagai Sarana Negara mewujudkan *Access to Law and Justice*.

Peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang bantuan hukum diantara lain UU Bantuan Hukum, UU Advokat, Peraturan Pemerintah Nomor

⁷ Abdulkadir Muhammad, *Hukum Dan Penelitian Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2004, h. 134.

⁸ Pupu Saeful Rahmat, "Penelitian Kualitatif", *Jurnal Equilibrium*, Vol. 5 No. 9 Edisi Januari-Juni 2009, Universitas Muhammadiyah Makasar: Makasar, h. 1-2.

⁹ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta: Universitas Indonesia, 1996, h.. 9.

42 tahun 2013 tentang Syarat dan tata cara pemberian bantuan hukum dan penyaluran dana bantuan hukum (selanjutnya disebut PP Bantuan Hukum), Peraturan Pemerintah Nomor 83 tahun 2008 tentang Persyaratan dan Tata Cara Pemberian Bantuan Hukum Secara Cuma-cuma. Pengaturan tentang bantuan hukum di 2 undang-undang yang berbeda yaitu UU Bantuan Hukum dan UU Advokat memberikan asumsi bahwa kedua undang-undang tersebut tumpang tindih. Anggapan adanya benturan antar undang-undang tersebut kemudian menggerakkan beberapa pihak untuk menguji UU Bantuan Hukum yang kemudian oleh Mahkamah Konstitusi ditolak permohonannya melalui Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 88/PUU-X/2012 atas uji materiil UU Bantuan Hukum terhadap UUD 1945.

Pemohon uji materiil mengajukan beberapa dalil yang menurutnya bertentangan dengan UUD 1945 yaitu, definisi Bantuan Hukum pada UU Bantuan Hukum dengan Pemberi Bantuan Hukum dianggap *multi-interpretasi*, dan tidak adanya rumusan yang jelas siapa pemberi bantuan hukum.

UU Bantuan Hukum merupakan sarana negara dalam merepresentatitkan fungsinya sebagai negara hukum, yang mana negara mempunyai wewenang dalam menentukan sarana terhadap aspek-aspek penting pemberian bantuan hukum bagi masyarakat miskin atau kelompok masyarakat tertentu. Aspek tersebut yaitu aspek perumusan aturan hukum, aspek pengawasan terhadap mekanisme pemberian bantuan hukum, dan aspek pendidikan masyarakat agar aturan hukum yang sudah dibuat dapat dihayati.¹⁰

Semangat yang terkandung dalam UU Bantuan Hukum jelas berbeda dengan pemberian bantuan hukum yang diatur dalam UU Advokat. Pemberian bantuan hukum di UU Advokat merupakan suatu hal yang bersifat melekat (*inherent*) bagi profesi yang fungsinya melayani kepentingan publik apalagi advokat yang dikenal sebagai *officium nobile*.¹¹ Hal tersebut tertuang dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 067/PUU-II/2004.

Negara membentuk aspek penting dalam menjalankan Bantuan Hukum melalui UU Bantuan Hukum berhak menentukan siapa yang bisa memberikan bantuan hukum terhadap kelompok masyarakat miskin agar tercapainya *access to law and justice* salah satunya profesi advokat. Adanya UU Bantuan Hukum bukanlah menjadi *legal insecurity* bagi pelaksanaan Bantuan Hukum, karena UU Bantuan

¹⁰ Mahkamah Konstitusi "Putusan Nomor 88/PUU-II/2012" Pertimbangan hukum..., *Op. Cit.*, h. 146.

¹¹ *Ibid.* h. 148

Hukum merupakan alat dari negara untuk implementasi bantuan hukum, bukan mencampur adukan istilah pemberian bantuan hukum sebagaimana halnya dalam UU Advokat.

Selain advokat, yang dapat memberikan bantuan hukum adalah Paralegal, Mahasiswa fakultas hukum, dosen fakultas hukum yang terhimpun dalam suatu badan yang memenuhi persyaratan sebagai pemberi bantuan hukum sebagaimana tercantum pada Pasal 8 UU Bantuan Hukum. Hal tersebut menjadi permasalahan juga, karena banyak instansi seperti kepolisian, pengadilan mempertanyakan legal standing pemberi bantuan hukum selain advokat ketika memegang kuasa untuk menyelesaikan masalah pemohon bantuan hukum. Ditambah lagi, pasal 31 UU Advokat mengatakan bahwa setiap orang yang menjalankan tugas profesi layakna advokat namun bukan advokat dapat dipidana.

Mahkamah Konstitusi mengeluarkan putusan nomor 006/PUU-II-2004 untuk menegaskan bahwa profesi selain Advokat yang memenuhi syarat sebagai pemberi bantuan hukum berhak menerima kuasa untuk menghadap ke instansi tertentu dalam menangani kasus pemohon bantuan hukum dan menyatakan bahwa Pasal 31 UU Advokat bersifat diskriminatif dan tidak sesuai dengan UUD 1945.¹²

UU Advokat merupakan peraturan yang mengatur syarat-syarat, hak dan kewajiban, menjadi anggota profesi advokat, yang memuat pengawasan terhadap pelaksanaan profesi advokat dalam memberikan jasa hukum, baik di dalam maupun di luar pengadilan. Sedangkan UU Bantuan Hukum merupakan instrumen hukum negara untuk mengimplementasikan konsekuensi logis sebagai Negara Hukum yaitu adanya *access to law and justice*. UU Bantuan Hukum merupakan peraturan yang mengatur tentang syarat syarat dan teknis bantuan hukum bagi rakyat miskin, serta klasifikasi siapa saja yang dapat menjadi pemberi bantuan hukum.

B. Konsep Mewujudkan *Access to Law and Justice* dalam Bantuan Hukum

Access to law and justice merupakan hal yang vital dan mandat terpenting dari *United Nations Development Programme* untuk mengurangi jumlah kemiskinan dan memperkuat pemerintahan yang demokratis.¹³ *Access to law and justice* bukan sekedar meningkatkan akses ke pengadilan dan menjamin representasi

¹² Mahkamah Konstitusi "Putusan Nomor 006/PUU-II/2004" Amar Putusan..., *Op. Cit.*, h. 33

¹³ United Nations Development Programme, UNDP, 2013, "Strengthening Judicial Integrity through Enhanced Access to Justice (Analysis of the national studies on the capacities of the judicial institutions to address the needs/demands of persons with disabilities, minorities and women)", Thailand, h. 6.

hukum seseorang.¹⁴ Akses terhadap keadilan didefinisikan sebagai kemampuan masyarakat untuk mencari dan memperoleh obat melalui lembaga formal atau informal keadilan bagi keluhan sesuai dengan standar hak asasi manusia.¹⁵

Hal ini merupakan akses bagi masyarakat, khususnya kelompok miskin terhadap mekanisme yang adil, efektif dan akuntabel untuk melindungi hak, menghindari penyalahgunaan adalah kemampuan masyarakat untuk memperoleh dan mendapatkan penyelesaian melalui mekanisme formal dan informal dalam sistem hukum, serta kemampuan untuk memperoleh dan terlibat dalam proses pembuatan dan penerapan dan pelembagaan hukum.¹⁶

Akses terhadap keadilan dalam konteks Indonesia mengacu pada keadaan dan proses di mana negara menjamin terpenuhinya hak-hak dasar berdasarkan UUD 1945 dan prinsip-prinsip universal hak asasi manusia, dan menjamin akses bagi setiap warga negara (*claim holder*) agar dapat memiliki kemampuan untuk mengetahui, memahami, menyadari dan menggunakan hak-hak dasar tersebut melalui lembaga-lembaga formal maupun informal, didukung oleh keberadaan mekanisme keluhan publik (*public complaint mechanism*) yang mudah diakses masyarakat dan responsif, agar dapat memperoleh manfaat yang optimal untuk memperbaiki kualitas kehidupannya sendiri.¹⁷

Usaha pemerintah mencapai *access to law and justice* salah satunya dengan mengeluarkan kebijakan *affirmative action*. *Affirmative action* ini merupakan merupakan cara yang banyak dipilih oleh negara sebagai jawaban terhadap kondisi sosial yang diskriminatif, adanya ketidaksetaraan dan marginalisasi di segala bidang kehidupan akibat struktur patriarki di level publik dan privat.¹⁸

Elizabeth S. Anderson, mendefinisikan *affirmative action* secara luas termasuk semua kebijakan yang mempunyai tujuan. *Pertama*, mengupayakan penghilangan hambatan dalam sistem dan norma terhadap kelompok sebagai akibat sejarah ketidakadilan dan ketidaksetaraan, dan/atau, *Kedua*, mengupayakan promosi masyarakat yang inklusif sebagai prasyarat demokrasi, integrasi, dan pluralisme; *Ketiga*, mengupayakan kesetaraan atas dasar pengklasifikasian identitas (ras, gender, etnisitas, orientasi seksual, dsb).¹⁹ Salah satu sarana terpenting untuk

¹⁴ United Nations Development Programme, UNDP, 2004, "Access to Justice Practice Note", Thailand, h. 3.

¹⁵ United Nations Development Programme, UNDP, 2005, "Programming for Justice: Access for All: A Practitioner's Guide to a Human Rights-Based Approach to Access to Justice", Thailand, h. 3.

¹⁶ *Supra*.Op. Cit., h.2.

¹⁷ PEKKA dan AusAID, "Akses terhadap Keadilan: Pemberdayaan Perempuan Kepala Keluarga di Indonesia", 2010, h. 57.

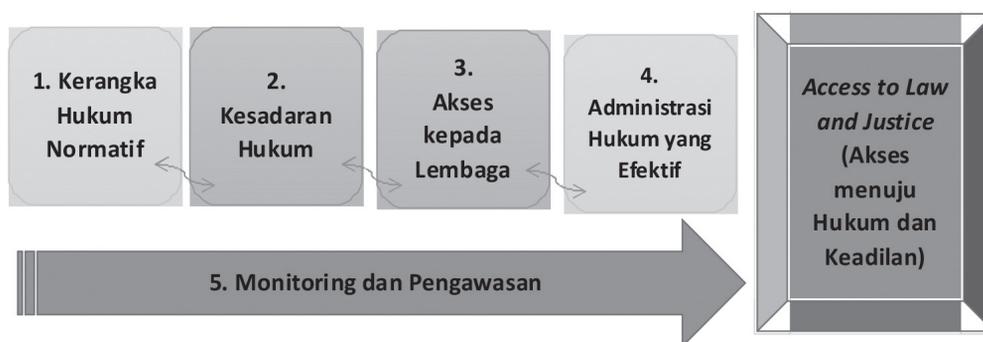
¹⁸ Hendri Yasuti. "Hakikat *Affirmative Action* dalam Hukum Indonesia (Ikhtiar Pemberdayaan yang terpinggirkan)" *Jurnal Menara* Vol. 12 No. 1 Januari – Juni 2013, h. 41.

¹⁹ Elizabeth S. Anderson, "Integration, Affirmative Action, and Strict Scrutiny" *Newyork University Law Review*, Vol. 77:1195, November, 2002, h. 1207.

menerapkan *affirmative action* adalah hukum dan jaminan pelaksanaannya harus ada konstitusi dan undang-undang.²⁰

1. Konsep *Access to Law and Justice*

Akses hukum dan keadilan menjembatani reformasi lembaga hukum dengan akses masyarakat atas lembaga tersebut dengan peningkatan kesadaran akan dan kepercayaan terhadap lembaga penegak hukum. Definisi akses hukum dan keadilan pada bagian 3 di atas mencakup lima komponen:



Gambar 1. Upaya Menuju *Access to Law and Justice*

2. Konsep Bantuan Hukum

Menurut Frans Hendra Winarta menyatakan bahwa, bantuan hukum merupakan jasa hukum yang khusus diberikan kepada fakir miskin yang memerlukan pembelaan secara cuma-cuma, baik di luar maupun di dalam pengadilan, secara pidana, perdata dan tata usaha negara, dari seseorang yang mengerti seluk beluk pembelaan hukum, asas-asas dan kaidah hukum, serta hak asasi manusia.²¹ Pengertian lain, menurut Adnan Buyung Nasution, bantuan hukum adalah khusus bantuan hukum bagi golongan masyarakat yang berpenghasilan rendah atau dalam bahasa populer miskin, ukuran kemiskinan sampai saat ini masih tetap merupakan masalah yang sulit dipecahkan, bukan saja bagi negara-negara berkembang bahkan negara-negara yang sudah majupun masih tetap menjadi masalah.²²

Bantuan Hukum memiliki 4 konsep dalam penerapannya. *Pertama*, Konsep Bantuan Hukum Tradisional, adalah pelayanan hukum yang diberikan kepada

²⁰ Masnur Marzuki, "Affirmative Action dan Paradoks Demokrasi" *Jurnal Konstitusi*, PSHK-FH UII, Vol. II, No. 1, Juni 2009, h. 14.

²¹ Frans Hendra Winarta, *Bantuan Hukum Suatu Hak Asasi Manusia Bukan Belas Kasihan*, Elex Media Komputindo : Jakarta, 2000, h. 23.

²² Adnan Buyung Nasution, *Bantuan Hukum di Indonesia, Bantuan Hukum dan Politik Pembangunan*, LP3ES : Jakarta, 2007, h. 1.

masyarakat miskin secara individual, sifat dari bantuan hukum pasif dan cara pendekatannya sangat formal-legal. *Kedua*, Konsep Bantuan Hukum Konstitusional, adalah bantuan hukum untuk rakyat miskin yang dilakukan dalam rangka usaha-usaha dan tujuan yang lebih luas seperti: menyadarkan hak-hak masyarakat miskin sebagai subjek hukum, penegakan dan pengembangan nilai-nilai hak asasi manusia sebagai sendi utama bagi tegaknya negara hukum.²³ *Ketiga*, Konsep Bantuan Hukum Struktural, adalah kegiatan yang bertujuan menciptakan kondisi-kondisi bagi terwujudnya hukum yang mampu mengubah struktur yang timpang menuju kearah struktural yang lebih adil, tempat peraturan hukum dan pelaksanaannya dapat menjamin persamaan kedudukan baik dilapangan hukum atau politik. Konsep bantuan hukum struktural ini erat kaitannya dengan kemiskinan struktural.²⁴ *Keempat*, bantuan hukum responsif²⁵ diberikan kepada fakir miskin secara cuma-cuma dan meliputi semua bidang hukum dan hak asasi manusia serta tanpa membedakan pembelaan baik perkara individual maupun kolektif. Jasa yang diberikan dalam bantuan hukum responsif berupa penyuluhan hukum tentang hak asasi manusia dan proses hukum hak untuk dibela oleh organisasi bantuan hukum dan atau advokat, pembelaan dalam mengatasi masalah masalah hukum yang kongkrit, pembelaan yang berkualitas didalam pengadilan agar menghasilkan yurisprudensi yang lebih tegas tepat jelas dan benar, pembaharuan hukum melalui keputusan pengadilan yang berpihak kepada kebenaran dan pembentukan undang-undang yang sesuai dengan sistem nilai dan budaya yang ada dalam masyarakat untuk menyukseskan konsep tersebut bantuan hukum harus menjadi gerakan nasional yang didukung oleh negara dan masyarakat.

Konsep bantuan hukum yang dapat membantu terwujudnya *access to law and justice* bagi rakyat miskin adalah konsep bantuan hukum secara responsive dan struktural. Apabila konsep pemberian bantuan hukum tersebut di kombinasikan dengan konsep *access to law and justice* maka bukanlah suatu hal yang mustahil bagi rakyat miskin untuk mengakses hukum dan mendapatkan keadilan.

C. Persoalan dalam Pemberian Bantuan Hukum bagi Rakyat Miskin

Pemberian bantuan hukum secara implementasi di masyarakat terdapat suatu kejanggalan yang pada akhirnya menyebabkan suatu persoalan-persoalan pada

²³ YLBHI, 2014, *Panduan Bantuan Hukum di Indonesia*, Yayasan Obor Indonesia: Jakarta, h. 462.

²⁴ Suradji, 2008, *Etika dan Penegakan Kode Etik Profesi Hukum (Advokat)*, Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Hukum dan HAM RI: Jakarta, h. 77.

²⁵ Frans Hendra Winata, 2009, *Probono Publico, Hak Konstitusional Fakir Miskin Untuk Memeperoleh Bantuan Hukum*, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, h.xii

penerapannya sehingga akibatnya tidak terwujudnya *access to law and justice* bagi rakyat miskin. Berdasarkan hasil penelitian yang telah dilakukan di 5 tempat terdapat beberapa persoalan yang menghambat penerapan bantuan hukum bagi rakyat miskin.

1. Kerangka Hukum Normatif Pemberian Bantuan Hukum yang Tidak Bekerja.

Mengutip dari pendapat Satjipto Rahardjo "*Hukum yang diciptakan dan tidak pernah dijalankan pada hakikatnya telah berhenti menjadi hukum*".²⁶ Kerangka hukum normatif mengenai pemberian bantuan hukum dalam tataran praktik di masyarakat, terutama pada konstituen regulasi tersebut yaitu rakyat miskin masih belum dijalankan secara optimal oleh para advokat sebagai salah satu pemberi bantuan hukum. Terdapat tiga hal perilaku advokat dalam menghadapi persoalan bantuan bagi rakyat miskin yaitu menghindari dengan berbagai alasan, menerima perkara dengan syarat perkara tersebut harus menarik media massa sehingga menaikkan pamor advokat, dan yang terakhir menerima sepenuhnya melakukan pemberian bantuan hukum.²⁷ Para sebagian advokat lebih cenderung menyukai membela para klien mengenai keatas ketimbang rakyat miskin, hal ini bisa mereduksi profesi advokat sebagai profesi mulia menjadi profesi komersil.

Berdasarkan hasil penelitian terdapat hampir sebagian advokat enggan untuk memberikan bantuan hukum/pembelaan secara *pro bono publico* kepada rakyat miskin dengan penolakan perkara secara tidak obyektif.²⁸ Hal obyektif yang dimaksud disini adalah penolakan terhadap perkara yang bukan menjadi masalah hukum, artinya masalah tersebut tidak termasuk kategori masalah hukum yang tidak menimbulkan/mengakibatkan akibat hukum. Penolakan secara tidak obyektif advokat berdasarkan hasil penelitian²⁹ seperti menolak perkara pelecehan seksual, melawan pemerintah, atau sampai kepada menolak perkara karena perkara tersebut tidaklah perkara besar yang tidak akan dimuat oleh media massa.

Penolakan perkara yang dialami rakyat miskin secara tidak obyektif oleh advokat adalah sebuah penyimpangan terhadap kerangka hukum normatif

²⁶ Satjipto Rahardjo, "*Hukum dan Perubahan Sosial*", Genta Publishing : Yogyakarta, 2009, h. 69.

²⁷ Marudut Tampubolon, "*Membedah Profesi Advokat, Perspektif Ilmu Sosial Interaksi Advokat-Klien*", Pustaka Pelajar: Yogyakarta, 2014, h. 133-134.

²⁸ Hasil Wawancara di daerah DKI Jakarta, Kabupaten Surakarta, Kabupaten Pekalongan, Kabupaten Wonosobo dan Kabupaten Banyumas (Purwokerto).

²⁹ Hasil Wawancara di daerah DKI Jakarta, Kabupaten Surakarta, Kabupaten Pekalongan, Kabupaten Wonosobo dan Kabupaten Banyumas (Purwokerto).

dari pemberian bantuan hukum, karena secara normatif bantuan hukum diberikan tanpa mengenal masalah hukum apa yang akan ditangani dan siapa yang dibela, melainkan bagaimana rakyat miskin mendapatkan hak untuk *access to law and justice* ketika rakyat miskin bermasalah dengan hukum. Ketika kerangka normatif pemberian bantuan hukum tidak di jalankan oleh advokat maka hukum mengenai bantuan hukum tersebut tidaklah menjadi hukum dengan kata lain regulasi mengenai bantuan hukum hanyalah mitos yang dibuat oleh negara.

2. Kurangnya Kesadaran Hukum dalam Rakyat Miskin.

Ketidaktahuan akan hukum akan mengakibatkan seseorang akan melanggar hukum atau seseorang tersebut akan dibodohi oleh oknum untuk mengambil keuntungan, dan yang lebih mencengangkan adalah oknum tersebut biasanya dari kalangan penegak hukum ataupun pemerintah.³⁰ Mengutip dari pendapatnya John Rawls “*semua sistem hukum akan gagal bila tidak disemangati oleh suatu sikap moral pribadi yang sejati (justice as farness) di masyarakat.*”³¹ Berdasarkan pendapat tersebut jika dibenturkan dengan penerapan bantuan hukum bagi rakyat miskin, apabila rakyat miskin dalam tataran praktiknya masih kurang kesadaran hukum dan pengetahuan hukum akan pentingnya bantuan hukum, maka pemberian bantuan hukum tersebut akan tidak berfungsi secara maksimal.

Perspektif penerapan pemberian bantuan hukum bagi rakyat miskin, tidak hanya dilihat sebatas memenuhi kebutuhan masyarakat akan pendampingan dalam setiap proses hukum, tetapi lebih dari itu, yaitu menjadikan masyarakat mengerti hukum dan dapat mengkritisi produk hukum yang ada, yaitu dengan memberikan pendidikan hukum dan kewarganegaraan bagi masyarakat (*civic education*).³² Perspektif tersebut secara ideal dapat menyelesaikan suatu persoalan ini, akan tetapi hal itu belum sesuai dalam tataran implementasinya. Berdasarkan hasil penelitian yang dilakukan,³³ ditemukan beberapa advokat dan lembaga bantuan hukum yang masih cenderung memandang pemberian bantuan hukum bersifat pasif.

³⁰ Muhadi Zainuddin, “Peran Sosialisasi UU Advokat dalam Pemberdayaan Kesadaran Hukum Masyarakat”. *Jurnal Al-Mawarid* No. 12 Tahun 2004, Fakultas Ilmu Agama UII : Yogyakarta, h 93.

³¹ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum dalam Lintas Sejarah*, Kanisius : Yogyakarta, 2013, h 193-202

³² Binziad Kadafi, *Advokat Indonesia Mencari Legitimasi: Studi Tentang Tanggung Jawab Profesi Hukum di Indonesia*. Pusat Studi Hukum dan Kebijakan Hukum: Jakarta, 2001, h. 182.

³³ Hasil Wawancara di daerah DKI Jakarta, Kabupaten Surakarta, Kabupaten Pekalongan, Kabupaten Wonosobo dan Kabupaten Banyumas (Purwokerto).

Perspektif pemberian bantuan hukum bersifat pasif dapat menjadi suatu *parasit* yang dapat mereduksi optimalisasi pemberian bantuan hukum. Perspektif disini dapat diilustrasikan seperti, pemberian bantuan hukum yang diberikan oleh advokat/LBH atas tunjukkan dari Aparat kepolisian atau pengadilan sebagai penasehat hukum karena adanya penyediaan dana dari pengadilan tersebut dan perkara yang hukumannya di atas 15 tahun penjara sesuai anjuran KUHAP.³⁴

Berdasarkan Perma No. 1 Tahun 2014 tentang Pedoman Pemberian Layanan Hukum Bagi Masyarakat Tidak Mampu di Pengadilan, lembaga pengadilan menyediakan suatu anggaran untuk memberikan bantuan hukum secara cuma-cuma dan membentuk Pos Bantuan Hukum (Posbakum).³⁵ Akses bantuan hukum yang diberikan oleh pengadilan dengan menunjuk advokat/LBH yang didanai oleh pengadilan, hal ini yang disebut dengan kerjasama kelembagaan (Pasal 26 Perma No. 1 Tahun 2014) sedangkan Posbakum sendiri berfungsi untuk memberikan layanan konsultasi hukum, pembuatan dokumen hukum yang dibutuhkan dan informasi mengenai advokat/LBH yang menerima bantuan hukum (Pasal 25 Perma No. 1 tahun 2014).³⁶ Hadirnya akses bantuan hukum bukan tanpa masalah, masalah yang muncul adalah 'keterbatasan anggaran yang disediakan'³⁷ sehingga apabila anggaran yang ditetapkan sudah diserap semuanya lalu ada perkara rakyat miskin yang memerlukan bantuan hukum secara cuma-cuma atau perkara tersebut perlu naik pada pengadilan tingkat banding, kasasi atau peninjauan kembali dapat diabaikan begitu saja, karena anggaran yang disediakan sudah habis terserap semuanya. Hal inilah yang akan memunculkan persoalan selanjutnya.

Berdasarkan perspektif yang memandang pemberian bantuan hukum bersifat pasif dan keterbatasan akses yang diberikan oleh pengadilan akan mereduksi optimalisasi pemberian bantuan hukum bagi rakyat miskin. Hal inilah menjadikan urgensi kepekaan advokat/LBH untuk memandang pemberian bantuan hukum secara aktif dan tidak terlalu mengandalkan akses yang diberikan oleh pengadilan.

³⁴ Kelompok Kerja Paralegal Indonesia, 2014, *Kritisi Rancangan UUBH dari Aspek Paralegal dan Pemberdayaan Hukum (Legal Empowerment)*, KKPI : Jakarta, hlm. 15. Lihat juga didalam Iwan Wahyu Pujiarto, dkk. "Pelaksanaan Pemberi Bantuan Hukum Dikaitkan Denganundang-Undang No. 16 Tahun 2011 Tentang Bantuan Hukum", *USU Law Journal*, Vol. 3 No. 2 Edisi Agustus 2015, Fakultas Hukum USU: Sumatera Utara, h 90.

³⁵ Andry Rahman Arif, "Pelaksanaan Pemberian Bantuan Hukum Terhadap Terdakwa Yang Tidak Mampu Dalam Perkara Pidana Di Kota Bandar Lampung", *Jurnal Fiat Justitia*, Vol. 9 No. 1 Edisi Januari-Maret 2015, h 106

³⁶ Isnandar Syahputra Nasution, "Urgensi Peran Pengadilan dalam Memberikan Pelayanan Bantuan Hukum Terhadap Orang Miskin Sesuai Undang-Undang No.16 Tahun 2011 Tentang Bantuan Hukum", *Jurnal Hukum dan Peradilan*, Vol. 4 No. 1 Edisi Maret 2015, h 185.

³⁷ Mosgan Situmorang, DKK, *Tanggung Jawab Negara dan Advokat dalam Memberikan Bantuan Hukum*, BPHN kementerian Hukum dan HAM: Jakarta, 2011, h 34.

3. Akses Menuju Peradilan Hanya Bersifat Formalitas.

Berawal dari kalimat sarkas yaitu “mata pedang hukum lebih tajam kebawah daripada keatas” yang artinya rasa keadilan dari hukum tidak menyentuh bagi kelas bawah, sedangkan mereka yang memiliki kelas sosial lebih tinggi maka akan dengan mudah mendapatkan perlakuan yang lebih istimewa.³⁸ Kesalahan pada penerapan hukum maupun subyek hukum (*error in persona*) yang dilakukan oleh hakim sebagai pengendali proses pengadilan bukanlah hal yang langka pada praktik peradilan di Indonesia, hal inilah yang disebut dengan peradilan sesat.³⁹ Seringkali dalam praktik di masyarakat, terutama rakyat miskin mengalami/menjadi korban dari peradilan sesat, walaupun terdapat suatu akses banding, kasasi maupun peninjauan kembali untuk menghindari peradilan sesat, akan tetapi akses tersebut belum mungkin digunakan bagi rakyat miskin karena akan mengeluarkan banyak biaya yang tidak mampu untuk dibayarkan.

Berdasarkan hal tersebut adanya UU Bantuan Hukum bukanlah suatu jaminan bagi rakyat miskin untuk mendapatkan akses banding, kasasi maupun peninjauan kembali. Hal ini dikarenakan pada tataran praktik di masyarakat penerapan bantuan hukum diberikan hanya bersifat formalitas oleh sebagian advokat maupun LBH.⁴⁰ Berdasarkan hasil penelitian yang dilakukan,⁴¹ sebagian pemberian bantuan hukum dilakukan sampai kepada peradilan tingkat pertama saja. Dari sudut pandang advokat/LBH, hal itu dilakukan atas dasar permintaan klien (rakyat miskin), akan tetapi dari sudut pandang rakyat miskin permintaan (tidak mengajukan banding, kasasi, peninjauan kembali) atas dasar kepasrahan dan tidak memiliki biaya untuk mengakses hal tersebut.

Suatu hal yang menjadi dilema, dimana UU Bantuan Hukum mengharuskan memberikan bantuan hukum bagi rakyat miskin secara cuma-cuma yang bersumber dari APBN maupun APBD dan Perma No. 1 Tahun 2014 yang bersumber dari anggaran pengadilan setempat, secara normatif bantuan

³⁸ Alfian Biroli, “Problematika Penegakan Hukum di Indonesia (Kajian dengan Perspektif Sosiologi Hukum)”, *Jurnal Dimensi*, Vol. 8. No.2 Tahun 2015, h. 24.

³⁹ Rahmat Efendy Al Amin Siregar, “Studi Tentang Peradilan Sesat (*Rechterlijke Dwaling*) Dan Hubungannya Dengan Memudarnya Kepercayaan Masyarakat Terhadap Hukum”, *Jurnal FITRAH*, Vol. 8 No. 1 Edisi Januari-Juli Tahun 2014, h. 22.

⁴⁰ Edy Sunarto, 2011, “Bantuan Hukum Bagi Tersangka Dalam Proses Peradilan Pidana Pada Tingkat Penyidikandi Mapolresta Padang”, *Thesis*, Pasca Sarjana Universitas Andalas : Padang, hlm 12. Lihat juga didalam Dony Michael, “Peran Pemerintah Daerah dalam Pemenuhan Hak Atas Keadilan (Studi Tentang Akses Bantuan Hukum Bagi Rakyat Miskin di Provinsi Jawa Timur)”, *Jurnal Hak Asasi Manusia*, Vol. 3 No. 2 Tahun 2012, BPHN : Jakarta, h 50.

⁴¹ Hasil Wawancara didaerah DKI Jakarta, Kabupaten Surakarta, Kabupaten Pekalongan, Kabupaten Wonosobo dan Kabupaten Banyumas (Purwokerto).

hukum murni gratis, tanpa ada biaya-biaya lain, akan tetapi hal itu tidak konsisten dalam dunia praktiknya di masyarakat, dimana rakyat miskin tetap dipungut biaya seperti biaya fotocopy, pemanggilan saksi dan ahli, maupun biaya transport pun menjadi tanggungan rakyat miskin dalam menerima bantuan hukum.⁴² Pemungutan biaya tersebut dilakukan atas dasar untuk menghidupi bekerjanya advokat atau LBH. Padahal memungut biaya dalam bantuan hukum itu merupakan suatu larangan dengan hukuman penjara paling lama 1 tahun dan denda lima puluh juta rupiah (Pasal 20 jo Pasal 21 UU tentang Bantuan Hukum). Hal ini menjadi suatu dilema dalam penerapan bantuan hukum bagi rakyat miskin.⁴³

4. Diskriminasi dan Prosedur yang Rumit dalam Pendanaan Bantuan Hukum.

Berbicara mengenai pendanaan atau uang merupakan suatu hal yang menarik, karena dengan hal itu segala aktivitas pekerjaan akan mudah dan karena hal itu pula dapat merubah suatu ideologi. Pendanaan dalam bantuan hukum merupakan salah satu bentuk tanggung jawab dan semangat yang diberikan kepada negara kepada para advokat/LBH karena mewajibkan untuk memberikan bantuan hukum kepada rakyat miskin.

UU Bantuan Hukum memberikan pendanaan bagi advokat/LBH dengan berbagai macam syarat dan prosedur yang rumit. Syarat yang diberikan lebih cenderung kepada dapat terpenuhi oleh LBH saja, itupun harus ada proses seleksi yang biasa disebut dengan akreditasi sebagai legitimasi untuk menyerap pendanaan bantuan hukum tersebut, hal ini bertendensi adanya suatu diskriminasi. Berdasarkan hasil verifikasi dan akreditasi pada tahun 2013, hanya terdapat 310 organisasi yang dinyatakan lolos.⁴⁴ Angka tersebut sangatlah kecil, sehingga masih terdapat LBH yang tidak lolos akreditasi terutama pada daerah Papua, Bali, NTT, NTB.⁴⁵ Belum lagi prosedur dalam penyerapan dana tersebut sangatlah rumit, karena pendanaan tersebut adalah dilimpahkan kepada Kementerian Hukum dan HAM yang kedudukan hukum (wilayah kantor) itu hanya ada di setiap provinsi. Artinya LBH yang

⁴² Hasil Wawancara di daerah DKI Jakarta, Kabupaten Surakarta, Kabupaten Pekalongan, Kabupaten Wonosobo dan Kabupaten Banyumas (Purwokerto).

⁴³ Agus Raharjo, Angkasa, dan Rahadi Wasi Bintoro, "Akses Keadilan Bagi Rakyat Miskin (Dilema Pemberian Bantuan Hukum oleh Advokat)", *Jurnal Mimbar Hukum*, Vol. 27 No. 3 Edisi Oktober 2015, Fakultas Hukum UGM: Yogyakarta, h 442-443.

⁴⁴ The Indonesia Legal Resource, 2013, *Kajian Awal Hasil Verifikasi dan Akreditasi Organisasi Bantuan Hukum*, Jakarta.

⁴⁵ Ispurwandoko Susiolo, "Pendidikan Hukum Klinik (*Clinic Legal Education*) dalam Pelaksanaan UU No. 16 Tahun 2011 Tentang Bantuan Hukum", *Jurnal Hukum dan Masyarakat*, Vol. 13 No. 2 Edisi April 2014, h. 22.

berkedudukan di kota yang jauh akan wilayah Provinsi akan sulit untuk mengakses dana tersebut.⁴⁶

Berdasarkan syarat, proses akreditasi dan penyerapan dana yang rumit dan cenderung diskriminatif dapat mengakibatkan penyerapan dana bantuan hukum secara nasional tidak efektif. Hal ini bertendensi mengakibatkan banyak advokat/LBH untuk memungut biaya-biaya lain dalam memberikan bantuan hukum (Lihat Persoalan Ketiga).

5. Belum Adanya Pengawasan dalam Penerapan Bantuan Hukum.

Pengawasan adalah suatu hal yang terpenting untuk menjaga agar tidak kelewat batas ataupun menyalahgunakan. Kelalaian bagi pembuat undang-undang terutama UU Bantuan Hukum secara normatif tidak mengakomodir ketentuan Pengawasan dalam penerapan bantuan hukum. Pengawasan dalam penerapan bantuan hukum sangatlah berperan penting untuk menjaga keseimbangan relasi bantuan hukum tetap berjalan sesuai peruntukannya. Pengawasan yang longgar, dapat membuka celah untuk menyelewengkan uang negara (korupsi) atau sampai kepada mengorbankan harapan untuk terwujudnya *access to law and justice* bagi rakyat miskin.⁴⁷

D. Optimalisasi Penerapan Pemberian Bantuan Hukum Bagi Rakyat Miskin

Perlu diketahui sebelumnya bahwa penerapan pemberian bantuan hukum dalam praktik di masyarakat kurang optimal dikarenakan masih memiliki berbagai macam persoalan yang bersifat sistematis sehingga berdampak pada belum terwujudnya *access to law and justice* bagi rakyat miskin. Oleh karenanya dibutuhkan suatu gagasan yang dapat menyelesaikan persoalan dalam penerapan pemberian bantuan hukum bagi rakyat miskin, sehingga terwujudnya *access to law and justice* bukanlah sekedar mitos atau janji manis yang dibuat oleh negara. Mengacu pada definisi dan strategi terwujudnya *access to law and justice*, terdapat beberapa upaya dalam mengoptimal penerapan pemberian bantuan hukum bagi rakyat miskin sebagai berikut.

1. Stimulan untuk Advokat/LBH dalam Memberikan Bantuan Hukum.

Menurut Organisasi Advokat Se-Dunia yaitu *BAR Association*, stimulan adalah salah satu cara membuat advokat untuk mau secara sadar memberikan

⁴⁶ Gabriel Betsyeba, 2013, "Pelaksanaan Bantuan Hukum Cuma-Cuma Yang Diberikan Oleh Advokat Kepada Masyarakat Yang Kurang Mampu", *Artikel Ilmiah*, Fakultas Hukum UAJY: Yogyakarta, h. 12.

⁴⁷ Muhammad Rustamaji, "Menakar Pengawasan Pemberian Bantuan Hukum Dalam Pandangan Richard A Posner, *Jurnal Rechtsvinding*, Vol. 2 No. 1 Edisi April 2013, h. 100.

bantuan hukum, karena cara yang bersifat represif tidaklah efektif untuk menyadarkan advokat memberikan bantuan hukum. Cara yang bersifat stimulan ini dilakukan seperti mengadakan suatu *award* / penghargaan agar menginspirasi advokat lain memberikan bantuan hukum kepada rakyat miskin. Berdasarkan hal tersebut cara ini sebagai suatu alternatif cara untuk menyelesaikan persoalan pertama.

2. Bantuan Hukum yang Bersifat Aktif, Responsif dan Struktural.

Urgensi dalam merubah orientasi bantuan hukum agar bersifat aktif, responsif dan struktural diperlukan karena suatu keterbatasan dari klien (rakyat miskin) yang belum mempunyai pengetahuan dan kesadaran hukum dan anggaran yang disediakan pengadilan maupun negara. Bersifat aktif-responsif artinya advokat harus lebih mengetahui kebutuhan klien (rakyat miskin) ketika bermasalah hukum tanpa harus menunggu permintaan klien, aparat penegak hukum, maupun pengadilan. Bersifat struktural disini artinya advokat dalam memberikan bantuan hukum tidak hanya untuk menyelesaikan masalah di dalam pengadilan saja (penasihat hukum), akan tetapi advokat/LBH lebih membuat klien nya mengerti akan hukum sehingga terciptalah suatu kesadaran hukum secara struktural, hal ini menempatkan advokat selain sebagai penasihat hukum juga sebagai mentor hukum.

3. Terjamahnya Seluruh Akses Menuju Peradilan.

Ketika para advokat/LBH sudah menyepakati orientasi bantuan hukum itu harus bersifat aktif, responsif, dan struktural maka akan menjadi suatu niscaya terjamahnya seluruh akses menuju peradilan (seperti pengadilan tingkat pertama, banding, kasasi, maupun peninjauan kembali), artinya klien dapat menggunakan haknya secara penuh untuk mengakses hukum dan keadilan.

4. Memurnikan Makna Gratis dalam Pemberian Bantuan Hukum.

Pemberian bantuan hukum secara gratis bukan suatu hal yang mustahil terwujud, ketika suatu kebijakan dan mekanisme prosedur dapat dirubah agar lebih mudah penyerapan dana bantuan hukum, baik berasal dari APBN, APBD maupun pengadilan (Mahkamah Agung). Perubahan tersebut dapat dimulai dari prosedur akreditasi dan mekanisme penyerapan dana bantuan hukum agar dipermudah tanpa mengurangi kualitas, sehingga dapat diakses oleh setiap advokat/LBH maupun organisasi advokat. Kemudahan yang diberikan dapat berupa dibuatnya suatu kantor cabang/lembaga yang

mengurusi penyerapan dana bantuan hukum di setiap kota/kabupaten karena selama ini penyerapan dana harus diurus di kantor wilayah yang berada di provinsi, selain itu sambil menunggu dibentuknya cabang di setiap kota/kabupaten dapat dikombinasikan dengan memaksimalkan secara online, baik melalui sistemnya maupun pelatihan sumberdaya manusianya. Ketika prosedur akreditasi dan mekanisme penyerapan dana bantuan hukum sudah dipermudah, maka bukanlah suatu hal yang mustahil, terwujudnya makna gratis dalam pemberian bantuan hukum bagi rakyat miskin. Artinya para advokat/LBH tidak akan ragu dalam memberikan bantuan hukum secara cuma-cuma, karena dari penyerapan dana dapat membantu menghidupkan aktivitas pekerjaannya.

5. Pengawasan dalam Penerapan Pemberian Bantuan Hukum

Berawal dari belum adanya pengawasan dalam penerapan bantuan hukum baik secara normatif maupun implementasi di masyarakat, maka diperlukannya suatu sistem pengawasan untuk mengawasi beberapa komponen dari penerapan bantuan hukum tersebut. Pengawasan tersebut meliputi, dijalankan atau tidaknya pemberian bantuan hukum, digunakan atau tidaknya akses menuju peradilan, kinerja advokat atau LBH dalam memberikan bantuan hukum, dalam hal ini tentunya diperlukan pendapat dari masyarakat maupun klien yang pernah menjadi penerima bantuan hukum, dan pengawasan yang terakhir mengenai penyerapan dana yang melihat sesuai atau tidaknya dana yang digunakan untuk kepentingan bantuan hukum, agar tidak terjadinya penggelapan atau korupsi dana bantuan hukum. Setelah materi dalam pengawasan sudah diketahui maka yang tidak kalah penting adalah pengawasannya, yang dapat terdiri dari pemerintah, organisasi advokat dan masyarakat. Berdasarkan hal tersebut, apabila gagasan mengenai 5 (lima) upaya dalam mengoptimalkan pemberian bantuan hukum bagi rakyat miskin telah diterima dan dilakukan, maka bukanlah suatu hal yang mustahil akan terwujudnya *access to law and justice* bagi rakyat miskin.

KESIMPULAN

Adanya UU Bantuan Hukum bukanlah suatu jaminan dalam terwujudnya *access to law and justice* bagi rakyat miskin karena penerapan pemberian bantuan hukum dalam tataran praktik dimasyarakat masih menuai beberapa persoalan yang

menghambat terwujudnya *access to law and justice* bagi rakyat miskin. *Pertama*, kerangka hukum normatif yang tidak bekerja. *Kedua*, kurangnya kesadaran hukum mengenai bantuan hukum. *Ketiga*, akses menuju peradilan yang bersifat formalitas. *Keempat*, diskriminasi dan prosedur yang rumit dalam pendanaan bantuan hukum. *Kelima*, belum adanya pengawasan dalam penerapan pemberian bantuan hukum. Persoalan-persoalan tersebut menjadikan penerapan bantuan hukum bagi rakyat miskin kurang optimal.

Berdasarkan beberapa persoalan yang dihadapi dalam penerapan pemberian bantuan hukum, terdapat beberapa gagasan berupa suatu upaya yang dapat mengoptimalkan penerapannya. *Pertama*, stimulan untuk advokat/LBH dalam memberikan bantuan hukum. *Kedua*, bantuan hukum yang bersifat aktif, responsif dan struktural. *Ketiga*, terjamahnya seluruh akses dalam peradilan. *Keempat*, memurnikan makna gratis dalam pemberian bantuan hukum. *Kelima*, Pengawasan dalam penerapan pemberian bantuan hukum. Upaya-upaya tersebut merupakan suatu gagasan yang dapat mengoptimalkan pemberian bantuan hukum, sehingga bukan suatu hal yang mustahil untuk terwujudnya *access to law and justice* bagi rakyat miskin.

Seyogyanya pemerintah merevisi peraturan perundang-undangan mengenai bantuan hukum terkait prosedur akreditasi dan pendanaan serta menambahkan pengawasan dalam penerapannya. Seyogyanya advokat dan LBH maupun OBH mementingkan kepentingan klien daripada kepentingan pribadi yang berorientasi pada moral bukan pada keuntungan ekonomi semata. *Ketiga*, seyogyanya masyarakat dapat memahami pentingnya bantuan hukum sehingga memiliki kesadaran hukum sehingga dapat bersama-sama (negara dan advokat/LBH) mewujudkan *access to law and justice*. Serta pada sub bab “Optimalisasi Pemberian Bantuan Hukum Bagi Rakyat Miskin” menjadi suatu saran dan masukan untuk mewujudkan makna *Access to Law and Justice* di Indonesia.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

A.V., Dicey, 2007. *Introduction to the Study of The Law of the Constitution*, diterjemahkan: Nurhadi, M.A Nusamedia : Bandung;

Huijbers, Theo. 2013, *Filsafat Hukum dalam Linstas Sejarah*, Kanisius : Yogyakarta;

- Kadafi, Binziad. 2001. *Advokat Indonesia Mencari Legitimasi: Studi Tentang Tanggung Jawab Profesi Hukum di Indonesia*. Pusat Studi Hukum dan Kebijakan Hukum : Jakarta;
- Kelompok Kerja Paralegal Indonesia, 2014, *Kritisi Rancangan UUBH dari Aspek Paralegal dan Pemberdayaan Hukum (Legal Empowerment)*, KKPI : Jakarta;
- Muhammad, Abdulkadir.2014. *Hukum Dan Penelitian Hukum*, Citra Aditya Bakti : Bandung;
- Nasution, Adnan Buyung. 2007. *Bantuan Hukum di Indonesia, Bantuan Hukum dan Politik Pembangunan*, LP3ES : Jakarta
- Rhode, Deborah L.2004, *Access to Justice*, Oxford University Press : New York;
- Situmorang, Mosgan, DKK, 2011, *Tanggung Jawab Negara dan Advokat dalam Memberikan Bantuan Hukum*, BPHN kementerian Hukum dan HAM: Jakarta.
- Soekanto, Soerjono. 1996. *Pengantar Penelitian Hukum*. Universitas Indonesia: Jakarta.
- Sunarto, Edy. 2011, “Bantuan Hukum Bagi Tersangka Dalam proses Peradilan Pidana Pada Tingkat Penyidikandi Mapolresta Padang”, *Thesis*, Pasca Sarjana Universitas Andalas: Padang.
- Suradji, 2008, *Etika dan Penegakan Kode Etik Profesi Hukum (Advokat)*, Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Hukum dan HAM RI: Jakarta.
- Marudut Tampubolon, 2014, *Membedah Profesi Advokat, Perspektif Ilmu Sosial Interaksi Advokat-Klien*, Pustaka Pelajar: Yogyakarta.
- Rahardjo, Satjipto. 2009, *Hukum dan Perubahan Sosial*, Gentha Publishing: Yogyakarta;
- The Indonesia Legal Resource, 2013, *Kajian Awal Hasil Verifikasi dan Akreditasi Organisasi Bantuan Hukum*, Jakarta.
- Frans Hendra Winarta, 2011, *Bantuan Hukum di Indonesia, Hak untuk Didampingi Penasihat Hukum Bagi Semua Warga Negara*, Jakarta: Elex Media Komputindo.
- Winata, Frans Hendra. 2009, *Pro Bono Publico, Hak Konstitusional Fakir Miskin untuk Memperoleh Bantuan Hukum*, Jakarta: Gramedia.
- YLBHI, 2014, *Panduan Bantuan Hukum di Indonesia*, Yayasan Obor Indonesia: Jakarta

Jurnal

Aedi, Ahmad Ulil dan Samekto, FX Adji. "Rekonstruksi Asas Kesamaan Di Hadapan hukum (Equality Before The Law), *Jurnal Law Reform*, Vol. 8 No. 2 Tahun 2013, Program Magister UNDIP : Semarang; hlm. 1-19

Arif, Andry Rahman. "Pelaksanaan Pemberian Bantuan Hukum Terhadap Terdakwa Yang Tidak Mampu Dalam Perkara Pidana Di Kota Bandar Lampung", *Jurnal Fiat Justitia*, Vol. 9 No. 1 Edisi Januari-Maret 2015, Fakultas Hukum Unila: Lampung; hlm. 103-113

Biroli, Alfian. "Problematika Penegakan Hukum Di Indonesia (Kajian Dengan Perspektif Sosiologi Hukum)", *Jurnal Dimensi*, Vol. 8. No.2 Tahun 2015, Universitas Turnojoyo : Madura; hlm 17-25.

Hendri Yasuti. "Hakikat *Affirmative Action* dalam Hukum Indonesia (Ikhtiar Pemberdayaan yang terpinggirkan)" *Jurnal Menara* Vol. 12 No. 1 Januari – Juni 2013. Hlm 41-47

Masnur Marzuki, "Affirmative Action dan Paradoks Demokrasi" *Jurnal Konstitusi*, PSHK-FH UII, Vol. II, No. 1, Juni 2009, hlm. 7-23

Michael, Dony. "Peran Pemerintah Daerah dalam Pemenuhan Hak Atas Keadilan (Studi Tentang Akses Bantuan Hukum Bagi Rakyat Miskin di Provinsi Jawa Timur), *Jurnal Hak Asasi Manusia*, Vol. 3 No. 2 Tahun 2012, BPHN : Jakarta, hlm 24-55.

Nasution, Isnandar Syahputra. "Urgensi Peran Pengadilan dalam Memberikan Pelayanan Bantuan Hukum Terhadap Orang Miskin Sesuai Undang-Undang No.16 Tahun 2011 Tentang Bantuan Hukum", *Jurnal Hukum dan Peradilan*, Vol. 4 No. 1 Edisi Maret 2015, Mahkamah Agung RI: Jakarta, hlm. 171 - 188

Pujiarto, Iwan Wahyu, dkk. "Pelaksanaan Pemberi Bantuan Hukum Dikaitkan Denganundang-Undang No. 16 Tahun 2011 Tentang Bantuan Hukum", *USU Law Journal*, Vol. 3 No. 2 Edisi Agustus 2015, Fakultas Hukum USU: Sumatera Utara, hlm. 87 - 96

Raharjo, Agus, dkk." Akses Keadilan Bagi Rakyat Miskin (Dilema Pemberian Bantuan Hukum Oleh Advokat)", *Jurnal Mimbar Hukum*, Vol. 27 No. 3 Edisi Oktober 2015, Fakultas Hukum UGM: Yogyakarta, hal. 432-444

Rahmat, Pupu Saeful."Penelitian Kualitatif", *Jurnal Equilibrium*, Vol. 5 No. 9 Edisi Januari-Juni 2009, Universitas Muhammadiyah Makasar : Makasar, hal. 1-8

Rustamaji, Muhammad. "Menakar Pengawasan Pemberian Bantuan Hukum Dalam Pandangan Richard A Posner, *Jurnal Rechtsvinding*, Vol. 2 No. 1 Edisi April 2013, BPHN:Jakarta, hlm. 95 - 106

Siregar, Rahmat Efendy Al Amin. "Studi Tentang Peradilan Sesat (Rechterlijke Dwaling) Dan Hubungannya Dengan Memudarnya Kepercayaan Masyarakat Terhadap Hukum", *Jurnal FITRAH*, Vol. 8 No. 1 Edisi Januari-Juli Tahun 2014, IAIN: Padang, hlm 17-30

Isurwandoko Susiolo, 2014 "Pendidikan Hukum Klinik (Clinic Legal Education) dalam Pelaksanaan UU No. 16 Tahun 2011 Tentang Bantuan Hukum", *Jurnal Hukum dan Masyarakat*, Vol. 13 No. 2 Edisi April, hlm 1- 26

Sri Rahayu Wilujeng, 2013 "Hak Asasi Manusia: Tinjauan dari Aspek Historis dan Yuridis", *Jurnal Humanika*, Vol. 18 No. 2 Edisi Juli-Desember, Fakultas Ilmu Budaya UNDIP: Semarang, hal. 160-170

Muhadi Zainudin, 2004, "Peran Sosialisasi UU Advokat dalam Pemberdayaan Kesadaran Hukum Masyarakat". *Jurnal Al-Mawarid* No. 12 Tahun, Fakultas Ilmu Agama UII: Yogyakarta, hlm. 91-109

Peraturan Perundang-Undangan

Indonesia, Undang-Undang No. 18 Tahun 2003 Tentang Advokat (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 49 dan Tambahan Lembaran Negara Nomor 4288).

_____, Undang-Undang No. 16 Tahun 2011 Tentang Bantuan Hukum (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 104 dan Tambahan Lembaran Negara Nomor 5248).

_____, Peraturan Pemerintah Nomor 83 Tahun 2008 Tentang Persyaratan Dan Tata Cara Pemberian Bantuan Hukum Secara Cuma-Cuma (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 214, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4955)

Putusan Pengadilan

Mahkamah Konstitusi, Putusan Nomor 006/PUU-II/2004

_____, Putusan Nomor 088/PUU-II/2014

Lain-Lain

Betsyeba, Gabriel. 2013, "Pelaksanaan Bantuan Hukum Cuma-Cuma Yang Diberikan Oleh Advokat Kepada Masyarakat Yang Kurang Mampu", *Artikel Ilmiah*, Fakultas Hukum UAJY: Yogyakarta;

PEKKA dan AusAID, "Akses terhadap Keadilan: Pemberdayaan Perempuan Kepala Keluarga di Indonesia", 2010.

Supra, *Kerangka Kerja untuk Penguatan Akses Hukum dan Keadilan di Indonesia*, Justice for the Poor Project The World Back: Jakarta.

Irma Tambunan, 2017, "Bantuan Hukum Gratis Bagi Kaum Miskin," *Kompas*, 16 Januari.

United Nations Development Programme, UNDP, 2004, "Access to Justice Practice Note", Thailand.

United Nations Development Programme, UNDP, 2005, "Programming for Justice: Access for All: A Practitioner's Guide to a Human Rights-Based Approach to Access to Justice", Thailand.

United Nations Development Programme, UNDP, 2013, "Strengthening Judicial Integrity through Enhanced Access to Justice (Analysis of the national studies on the capacities of the judicial institutions to address the needs/demands of persons with disabilities, minorities and women)", Thailand.

Hukum Internasional sebagai Alat Interpretasi dalam Pengujian Undang-Undang

International Law as an Interpretative Tool in Judicial Review

Umbu Rauta dan Ninon Melatyugra

Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana

Jl. Diponegoro No. 52-60 Salatiga

E-mail: umburauta@yahoo.co.id dan ninon.melatyugra@staff.uksw.edu

Naskah diterima: 27/03/2017 revisi: 19/02/2018 disetujui: 21/02/2018

Abstrak

Tulisan ini ingin menjawab dua isu utama mengenai hubungan hukum internasional dan pengujian undang-undang oleh Mahkamah Konstitusi RI (MKRI). Isu pertama adalah legitimasi penggunaan hukum internasional sebagai alat interpretasi dalam pengujian undang-undang, sedangkan isu kedua adalah urgensi penguasaan hukum internasional oleh hakim MKRI. Tulisan ini merupakan penelitian hukum yang menggunakan pendekatan konseptual dan pendekatan historis dalam menjelaskan perkembangan pengujian undang-undang di Indonesia sekaligus menemukan legitimasi penggunaan hukum internasional oleh MKRI. Kesimpulan dari tulisan ini menegaskan bahwa hukum internasional memiliki sumbangsih yang penting dalam perannya sebagai alat interpretasi dalam proses pengujian undang-undang oleh Mahkamah Konstitusi, khususnya terkait hak asasi manusia. Justifikasi keabsahan praktik penggunaan hukum internasional tersebut ditarik dari tradisi ketatanegaraan yang secara implisit dikehendaki UUD NRI Tahun 1945. Manfaat positif yang diberikan hukum internasional nyatanya harus disertai juga dengan penguasaan hukum internasional oleh hakim MK RI supaya hukum internasional dapat digunakan secara tepat. Pembahasan dalam tulisan ini dibagi ke dalam empat sub bahasan inti yakni, pengujian undang-undang, penggunaan hukum internasional sebagai *the interpretative tool* dalam pengujian undang-undang oleh MK, legitimasi penggunaan hukum internasional sebagai *the interpretative tool* dalam pengujian undang-undang, pentingnya penguasaan hukum internasional oleh hakim MK.

Kata kunci: hukum internasional; mahkamah konstitusi; interpretasi konstitusional; pengujian undang-undang

Abstract

This article intentionally answers two principal issues regarding the relationship between international law and judicial review by the Constitutional Court of the Republic of Indonesia. The first issue is the legitimacy of international use as an interpretative tool in judicial review. The second issue talks about the necessity of urgent international law mastery by the Constitutional Court's judges. This legal research utilizes both a conceptual approach and a historical approach to explain the development of judicial review in Indonesia, and to find legitimacy of international law by the Constitutional Court. The analysis in this article affirms that international law positively contributes as an interpretative tool in judicial review by the Constitutional Court, particularly pertaining to human rights. A justification of a legitimate international law use is withdrawn from constitutional tradition which is implicitly desired by the Indonesian Constitution (UUD NRI 1945). Since international law has provided better insights into norms, a mastery of international law should be encouraged. There are four main discussions in this article: judicial review, application of international law in judicial review process, legitimacy of international law application in judicial review, and the importance of international law mastering by Constitutional Court judges.

Keywords: *International Law; Constitutional Court; Constitutional Interpretation; Judicial Review.*

PENDAHULUAN

Dalam Pasal 24C ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 ditegaskan bahwa “Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar ...” Ketentuan yang sama juga dijumpai dalam UU tentang Mahkamah Konstitusi dan Peraturan Mahkamah Konstitusi tentang Hukum Acara Pengujian Undang-Undang. Frase “... terhadap Undang-Undang Dasar ...” sebagaimana disebutkan sebelumnya dapat diartikan bahwa dasar atau batu uji atau alat pengukur dalam pengujian undang-undang (baik secara materil dan formil) oleh Mahkamah Konstitusi RI (MK) yaitu Undang-Undang Dasar.

Semenjak berdirinya MK yakni dari tahun 2003 sampai dengan tahun 2016, MK telah menghasilkan 861 putusan tentang pengujian undang-undang terhadap Konstitusi.¹ Dari jumlah tersebut, 194 perkara dikabulkan, 298 ditolak, 277 tidak

¹ Veri Junaidi, Adelline Syahda, dan Adam Mulya Bunga Mayang, *Tiga Belas Tahun Kinerja Mahkamah Konstitusi dalam Memutus Pengujian Undang-Undang*, Jakarta: Konstitusi dan Demokrasi Inisiatif, 2016, h.2.

diterima, dan 92 ditarik kembali. Jumlah permohonan pengujian undang-undang atau sering disebut *judicial review* ini mengalami tren kenaikan mulai tahun 2012. Lebih detail, Ketua MK Arief Hidayat menyebutkan pada tahun 2003-2010 perkara uji materiil undang-undang yang diregistrasi berkisar 30 hingga 86 perkara setiap tahunnya.² Kenaikan jumlah registrasi perkara uji materiil undang-undang mulai terjadi pada tahun 2012 yaitu menjadi 118 perkara, pada tahun 2013 sebanyak 109 perkara, pada tahun 2014 dan 2015 sebanyak 140 perkara, dan pada tahun 2016 sebanyak 111 perkara.³

Nampaknya pengujian undang-undang terhadap UUD NRI Tahun 1945 ini merupakan fungsi MK yang paling favorit di Indonesia. Tingginya tingkat permohonan pengujian undang-undang oleh MK menarik perhatian berbagai pihak dalam mengobservasi setiap putusan yang dihasilkan MK. Salah satu isu yang sampai saat ini belum digali secara mendalam namun berhubungan dengan fungsi krusial MK adalah penggunaan hukum internasional dalam proses pengujian undang-undang sebagai alat bantu hakim dalam menginterpretasi terhadap UUD NRI Tahun 1945.

Isu krusialnya adalah apakah hakim MK dapat menggunakan hukum internasional sebagai *the interpretative tool* dalam proses *judicial review*. Di kalangan akademisi maupun praktisi, pertanyaan tersebut belum terjawab secara seragam dan justru menimbulkan perdebatan tersendiri dalam tataran teori. Hal tersebut berkenaan dengan aplikasi hukum internasional dalam sistem hukum nasional, spesifiknya dalam pengadilan nasional yakni MK. Terdapat kalangan yang berpendapat bahwa hukum internasional tidak dapat digunakan secara langsung karena ia bukan bagian dari hukum nasional. Namun di sisi lain, terdapat kalangan yang beranggapan bahwa hukum internasional dapat digunakan dalam sistem hukum nasional. Sampai saat ini, perdebatan tersebut belum mendapatkan titik temu sehingga secara tidak langsung juga mempengaruhi praktik hakim di MK yang tidak konsisten mengenai penggunaan hukum internasional dalam putusannya. Inkonsistensi praktik MK merupakan kelemahan MK yang harus diperbaiki karena berpotensi akan merugikan lembaga peradilan secara destruktif pada kualitas putusannya.

Berdasarkan latar belakang di atas, dirumuskan permasalahan sebagai berikut:

(i) Penggunaan hukum internasional sebagai alat interpretasi dalam pengujian

² Maria Rosari, "MK: Pengajuan Uji Materi UU Diprediksi Meningkat", <http://www.antarasumsel.com/berita/309381/mk-pengajuan-uji-materi-uu-diprediksi-meningkat>, 26 Maret 2017.

³ *Ibid.*

undang-undang memiliki legitimasi; dan (ii) Arti penting penguasaan hukum internasional oleh hakim MK.

Tulisan ini merupakan penelitian hukum yang menggunakan pendekatan konseptual dan pendekatan historis dalam menjelaskan perkembangan pengujian undang-undang di Indonesia sekaligus menemukan legitimasi penggunaan hukum internasional oleh MKRI.

PEMBAHASAN

A. Pengujian Undang-Undang

Pengujian undang-undang atau *judicial review* adalah kewenangan yang diberikan kepada pengadilan untuk memutuskan konstitusionalitas peraturan perundang-undangan dan tindakan pemerintah lainnya dimana negara tersebut memiliki konstitusi tertulis dan *rigid*.⁴ Hak uji diberikan pada 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.⁵

Istilah *judicial review* memiliki makna yang berbeda dengan *legislative review* serta *executive review*.⁶ Jimly Asshiddiqie mengemukakan bahwa jika hak uji (*toetsingrecht*) diberikan kepada hakim, maka namanya adalah *judicial review* atau review oleh lembaga peradilan. Namun jika kewenangan untuk menguji itu diberikan kepada lembaga legislatif, maka namanya bukan "*judicial review*" melainkan "*legislative review*". Jika yang melakukan pengujian adalah pemerintah, maka namanya tidak lain dari "*executive review*". Selain ketiga istilah tersebut, terdapat istilah *constitutional review* yang definisinya hampir menyerupai *judicial review* yakni kekuasaan formal dari pengadilan domestik untuk membatalkan legislasi karena ketidaksesuaian dengan konsitusi di suatu negara.⁷

Kewenangan pengujian undang-undang yang dimiliki oleh pengadilan bukan sekedar kewenangan yang tanpa tujuan. Berkenaan dengan *judicial review* tersebut terdapat pernyataan klasik yang ditemukan dalam kasus *Attorney-General (NSW) v Quin* yang menyatakan:

⁴ Allan R. Brewer-Carias, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1989, h. 215.

⁵ Janedjri M. Gaffar, "Kedudukan, Fungsi dan Peran Mahkamah Konstitusi dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia", http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/public/content/infoumum/artikel/pdf/makalah_makalah_17_oktober_2009.pdf, 12 Oktober 2016. Baca juga John E. Ferejohn, "Constitutional Review In The Global Context" *NYU Journal of Legislation and Legal Policy*, Volume 6, Nomor 49, 2002, h. 57.

⁶ Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Jakarta: Konstitusi Press, 2006, h. 6.

⁷ Tom Ginsburg dan Mila Versteeg, "Why Do Countries Adopt Constitutional Review?" *Journal of Law Economics and Organization*, Volume 30, September 2013, h. 590.

*"...The duty and jurisdiction of the court to review administrative action do not go beyond the declaration and enforcing of the law which determines the limits and governs the exercise of the repository's power. ..."*⁸

(... Tugas dan yurisdiksi pengadilan adalah untuk meninjau kembali tindakan administratif supaya tidak melampaui deklarasi dan menegakkan hukum yang menentukan batas-batas dan mengatur pelaksanaan kekuasaan repository.)

Berdasarkan pernyataan di atas, *judicial review* sebenarnya bertujuan untuk menjaga tindakan administratif supaya tidak melampaui suatu deklarasi atau dalam konteks ini adalah suatu konstitusi. Tindakan atau keputusan yang dapat dikenai *judicial review* adalah tindakan atau keputusan yang berasal dari badan publik dalam kapasitas hukum publik.⁹

Sejarah pengujian undang-undang atau *judicial review* awalnya dipionir oleh Mahkamah Agung Amerika Serikat dalam kasus *Marbury vs. Madison* di tahun 1803.¹⁰ Dalam kasus tersebut, *Marbury* memohon agar Mahkamah mengeluarkan *writ of mandamus* untuk mempertahankan pengangkatannya sebagai Ketua Mahkamah Agung sebagaimana tertulis dalam *Commission* yang dibuat presiden John Adams pada detik menjelang pergantian kepemimpinannya. Meski pada akhirnya Mahkamah melalui Putusannya menolak permohonan tersebut karena tidak memiliki kewenangan untuk memaksa pemerintahan yang baru (di bawah Thomas Jefferson) untuk memberlakukan *Commission* tersebut, namun Mahkamah berpendapat bahwa *Marbury* memiliki hak atas *Commission* tersebut dan berhak mendapatkan *legal remedy*. Putusan Mahkamah *a quo* menciptakan basis pelaksanaan *judicial review* yang dilaksanakan oleh pengadilan dengan pendapatnya yang menunjukkan inkonstitusionalitas sebuah kebijakan yang dikeluarkan oleh pemerintah.

Judicial review dapat dilakukan oleh pengadilan apabila negara setidaknya memiliki 3 syarat dalam sistem konstitusional.¹¹ *Pertama*, ia membutuhkan eksistensi konstitusi tertulis yang superior dan fundamental dengan supremasi hukum yang tegas. Hal tersebut disebabkan konstitusi menjadi acuan untuk menentukan normativitas suatu peraturan perundang-undangan sehingga ia harus

⁸ Administrative Review Council, "The Scope of Judicial Review" http://www.arc.gov.au/Documents/Judicial+Review+21_3.pdf, 12 Oktober 2016.

⁹ The Public Law Project, "An Introduction to Judicial Review", http://www.publiclawproject.org.uk/data/resources/6/PLP_Short_Guide_3_1305.pdf 12 Oktober 2016.

¹⁰ Jimly Asshidiqie, *Op.Cit.*, h. 19-25. Lihat juga John N. Hostettler dan Thomas W. Washburne, "The Constitution's Final Interpreter: We The People", *Regent University Law Review*, Volume 8, Nomor 13, 1997, h. 14.

¹¹ Danielle E. Finck, "Judicial Review The United States Supreme Court Versus the German Constitutional Court" *Comparative Judicial Review*, Volume 20, Nomor 1, 1997, h. 125.

bersifat superior dan fundamental. *Kedua*, konstitusi tersebut harus berkarakter *rigid* yakni perubahan atau reformasi hanya mungkin dilakukan dengan cara atau proses tertentu. Perubahan konstitusi yang kerap dilakukan akan menciptakan perubahan pula pada peraturan di bawah konstitusi serta hasil *judicial review* yang telah dikeluarkan sebelumnya. Perubahan tersebut dapat berakibat inkonsistensi hasil *judicial review* sebab konstitusi merupakan acuan dalam proses *judicial review*. *Ketiga*, konstitusi harus membangun sistem yudisial untuk menjamin supremasi konstitusi atas UU. Seperti yang telah disebut sebelumnya, konstitusi memegang peran penting dalam kegiatan *judicial review* oleh pengadilan. Oleh sebab itu dibutuhkan suatu mekanisme yudisial yang menunjang terwujudnya supremasi konstitusi secara tegas untuk menjamin supremasi konstitusi terus berlangsung.

Berbeda dengan Amerika Serikat yang meletakkan kekuasaan kehakiman pada satu *supreme court* dan *inferior courts*¹², Indonesia menunjuk dua lembaga peradilan yang memiliki kekuasaan kehakiman yakni MA beserta badan peradilan di bawahnya dan MK.¹³ Fungsi *judicial review*, yakni pengujian undang-undang terhadap konstitusi di Indonesia, dijalankan oleh MK sesuai dengan amanat UUD NRI Tahun 1945.

Secara historis, pasca Perubahan Ketiga Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disingkat UUD NRI Tahun 1945) di tahun 2001, terjadi pergeseran kaidah tentang kekuasaan kehakiman, utamanya lembaga atau institusi negara yang menjalankan pengujian (*toetsing/review*) terhadap peraturan perundang-undangan. Jika sebelumnya (saat berlakunya UUD NRI Tahun 1945 sebelum perubahan) Mahkamah Agung (MA) hanya berwenang melakukan pengujian peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang (UU), namun pasca perubahan telah ada lembaga negara yaitu Mahkamah Konstitusi (MK) yang berwenang menguji UU terhadap UUD.

Dalam pandangan Iriyanto A. Baso Ence, paling sedikit terdapat tiga faktor timbulnya pergeseran kaidah pengujian peraturan perundang-undangan tersebut, yaitu:¹⁴

1. Adanya *lack of authority* karena dalam sistem hukum di Indonesia belum ada mekanisme yang mengatur limitatif soal hak uji materiil (undang-undang terhadap konstitusi) sehingga berbagai undang-undang yang bertentangan dengan konstitusi tidak pernah bisa dipersoalkan. Peran Mahkamah Konstitusi

¹² Article III Section 1 The Constitution of the United States.

¹³ Pasal 24 ayat (2) Undang-Undang Dasar NRI Tahun 1945.

¹⁴ Iriyanto A. Baso Ence, *Negara Hukum & Hak Uji Konstitusionalitas Mahkamah Konstitusi: Telaah Terhadap Kewenangan Mahkamah Konstitusi*, Bandung: Alumni, 2008, h. 113.

diperlukan sebagai titik perubahan paradigma struktur ketatanegaraan dengan prinsip *checks and balances* di Indonesia supaya terjadi keseimbangan fungsi lembaga-lembaga negara dalam mewujudkan kehidupan negara yang demokratis.

2. Fakta politik terjadinya konflik kelembagaan antara lembaga kepresidenan dan DPR yaitu pemberhentian dan pengangkatan Kapolri dan pengangkatan Ketua Mahkamah Agung (MA).
3. Pandangan bahwa MA tidak sepenuhnya mampu menjalankan berbagai kewenangan yang melekat pada dirinya, sehingga diperlukan lembaga lain untuk menangani berbagai soal ketatanegaraan lainnya di luar MA.

Berkenaan dengan eksistensi dan peran MK, Pasal 24C ayat (1) dan ayat (2) UUD NRI Tahun 1945 ditentukan 4 (empat) kewenangan dan 1 (satu) kewajiban konstitusional. Adapun kewenangan MK yaitu mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk:

1. menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar;
2. memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar;
3. memutus pembubaran partai politik;
4. memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum;

Sedangkan kewajiban MK yaitu memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar. Beberapa kewenangan dan kewajiban MK tersebut lebih lanjut dijabarkan dalam UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (sebagaimana telah diubah dengan UU No. 8 Tahun 2011 dan UU No. 4 Tahun 2014) maupun beberapa Peraturan Mahkamah Konstitusi. Jika menilik pada bunyi UUD NRI Tahun 1945 di atas, maka kewenangan pertama MK itulah yang disebut kewenangan *judicial review*.

B. Penggunaan Hukum Internasional sebagai *the Interpretative Tool* dalam Pengujian Undang-Undang oleh MK

Sesuai dengan kewenangan konstitusional MK yang diberikan UUD NRI Tahun 1945, hakim MK berwenang untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Persoalan yang muncul yaitu makna atau arti frase “Undang-Undang Dasar” apakah sama dengan konstitusi dalam arti sempit (UUD NRI Tahun 1945)

atau konstitusi dalam arti luas. Jimly Asshiddiqie mengatakan bahwa konstitusi jelas tidak identik dengan naskah undang-undang dasar.¹⁵ Lebih lanjut dikatakan bahwa konstitusionalitas tidak hanya terbatas pada apa yang tertulis dalam naskah undang-undang dasar. Oleh karena itu, untuk menilai atau menguji konstitusionalitas suatu undang-undang, kita dapat mempergunakan beberapa alat pengukur atau penilai, yaitu¹⁶:

- a. naskah undang-undang dasar yang resmi tertulis; beserta
- b. dokumen-dokumen tertulis yang terkait erat dengan naskah undang-undang dasar itu, seperti risalah-risalah, keputusan dan ketetapan MPR, undang-undang tertentu, peraturan tata tertib, dan lain-lain;
- c. nilai-nilai konstitusi yang hidup dalam praktik ketatanegaraan yang telah dianggap sebagai bagian yang tidak terpisahkan dari keharusan dan kebiasaan dalam penyelenggaraan kegiatan bernegara; serta
- d. nilai-nilai yang hidup dalam kesadaran kognitif rakyat serta kenyataan perilaku politik dan hukum warga negara yang dianggap sebagai kebiasaan dan keharusan-keharusan yang ideal dalam perikehidupan berbangsa dan bernegara.

Pandangan yang dikemukakan Jimly Asshiddiqie tersebut menunjukkan bahwa batu uji atau alat penilai bagi hakim dalam pengujian undang-undang (termasuk dalam pengujian UU di MK) tidak sekedar UUD yang tertulis atau resmi (baca: UUD NRI Tahun 1945), tetapi juga dokumen hukum lainnya. Penggunaan dokumen hukum lainnya, termasuk hukum internasional dalam pengujian UU di MKRI tampak dari penelitian Diane Zhang yang mengobservasi putusan-putusan MK yang dikeluarkan dari tahun 2003-2008. Penelitian tersebut menunjukkan bahwa terdapat 78 kasus *judicial review* terhadap 56 jenis undang-undang berbeda, dimana sekitar 86% di dalamnya merujuk pada sumber asing (hukum internasional), sebanyak 813 rujukan asing tersebar di 62 putusan MK.¹⁷ Rujukan asing tersebut dominan digunakan untuk menginterpretasi kaidah yang berhubungan dengan hak asasi manusia. Adapun contoh putusan MK yang menggunakan rujukan asing atau hukum internasional yaitu:

1. Putusan MK yaitu Putusan MK RI Nomor 065/PUU-II/2004 yang menggunakan berbagai instrumen hukum internasional seperti *Universal Declaration of Human Rights* dan sebagainya untuk menilai keabsahan atau ketepatan asas retroaktif yang diterapkan pada pengadilan hak asasi manusia ad hoc yang

¹⁵ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang Undang*, Jakarta: Konstitusi Press, 2006, h. 7.

¹⁶ *Ibid.*, h. 8

¹⁷ Pan Mohamad Faiz, "Legitimasi Rujukan Hukum Asing dalam Putusan MK", *Majalah Konstitusi*, Nomor 83, Januari 2014, h. 62.

menangani kasus pelanggaran HAM berat di Timor Timur. Dalam putusan tersebut disimpulkan bahwa asas retroaktif berlaku bagi tipe kejahatan yang luar biasa sehingga eksistensinya dalam kasus pengadilan hak asasi manusia ad hoc tersebut justru membantu mewujudkan keadilan yang menjadi tujuan dari hukum.

2. Putusan MKRI Nomor 35/PUU-X/2012 yang menguji Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan. Dalam Putusan tersebut, hakim MKRI juga menggunakan beberapa instrumen hukum internasional seperti Deklarasi Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Hak-Hak Masyarakat Adat dan Konvensi *International Labor Organization (ILO)* Tahun 1969 tentang *Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries* untuk mendukung pengakuan yuridis terhadap masyarakat hukum adat.¹⁸ Mengambil contoh yang termutakhir yakni Putusan MKRI Nomor 20/PUU-XIV/2016, hakim MKRI menggunakan metode perbandingan di Amerika Serikat untuk menjelaskan pengaturan pengecualian penyadapan tanpa izin pengadilan dalam *Title III of Omnibus Crim and Safe Street Act 1988*.¹⁹

Beberapa contoh putusan MK di atas merupakan gambaran adanya interaksi antara hakim MK dalam penyusunan pendapat hukum (*legal opinion*) dengan sumber-sumber hukum internasional, ketika menjalankan fungsinya sebagai *the sole interpreter of the Constitution*. Dalam ilmu hukum dan konstitusi, interpretasi atau penafsiran adalah metode penemuan hukum (*rechtsvinding*) dalam hal peraturannya ada tetapi tidak jelas untuk dapat diterapkan pada peristiwanya.²⁰

Titon Slamet Kurnia menyatakan:²¹

“Hakikat dari pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang, seperti proses adjudikasi yudisial pada umumnya, adalah tentang interpretasi yang diterapkan oleh badan yudisial ketika memberikan judicial reasoning terhadap putusannya. Dengan makna ketentuan-ketentuan konstitusi sebagai pivot dalam pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang maka interpretasi konstitusi merupakan isu utama. Karena interpretasi konstitusi adalah aktivitas intelektual maka selanjutnya hal ini berimplikasi pada kebutuhan adanya teori interpretasi untuk menjustifikasi objektivitas pilihan atas metode interpretasi konstitusi tertentu”.

¹⁸ Putusan MK RI Nomor 35/PUU-X/2012, h. 164-165.

¹⁹ Putusan MK RI Nomor 20/PUU-XIV/2016, h. 93.

²⁰ Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi* Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010, h. 66.

²¹ Titon Slamet Kurnia, *Konstitusi HAM: Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 & Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2014, h. 103.

Hal mendasar yang perlu dipahami dalam kerangka pemikiran penggunaan hukum internasional dalam pengujian undang-undang adalah hukum internasional digunakan sebagai alat bantu interpretasi sehingga tidak lantas dianggap mengesampingkan UUD NRI Tahun 1945 yang menjadi acuan *judicial review* tersebut. “*Judges interpret words. And words do not bind the interpreters; rather the interpreters give meaning to the words*”.²² Artinya, interpretasi terhadap suatu kata tidak kemudian mengikat sang penerjemah namun hanya memberikan pemahaman terhadap kata tersebut. Apabila paradigma tersebut dibangun dalam konteks pengujian undang-undang oleh MK, maka dapat disimpulkan bahwa ketika hakim MKRI menginterpretasi nilai-nilai UUD NRI Tahun 1945 dengan menggunakan hukum internasional untuk menyelesaikan kasus nasional, bukan berarti hakim MKRI tersebut secara langsung terikat dengan hukum internasional (atau dengan bahasa lain menggunakan hukum internasional secara tunggal dan mengesampingkan UUD NRI Tahun 1945 untuk menentukan konstitusionalitas suatu undang-undang). Uji materiil terhadap undang-undang tetap didasarkan pada UUD NRI Tahun 1945, hanya saja untuk memahami nilai-nilai dalam Konstitusi RI tersebut terkadang membutuhkan bantuan hukum internasional ketika Konstitusi RI memiliki keterbatasan secara tekstual untuk menjelaskan.

Lebih lanjut dijelaskan oleh Gourgourinis bahwa “... *interpretation constitutes an operationally limited normative process restricted to the clarification and definition of the meaning of a given provision...*”²³. Pernyataan tersebut semakin menegaskan bahwa yang dimaksud dengan interpretasi terbatas pada klarifikasi dan definisi dari makna ketentuan yang diberikan. Hal tersebut tentu berbeda dengan aplikasi norma yang memiliki daya normativitas yang lebih kuat yakni menerapkan norma secara langsung dalam praktik.

C. Legitimasi Penggunaan Hukum Internasional sebagai Alat Interpretasi dalam Pengujian Undang-Undang

Di Indonesia, penggunaan sumber hukum internasional oleh hakim MK dalam menginterpretasi sebuah undang-undang kian marak dilakukan dalam rangka mendorong kualitas putusan yang lebih baik. Artinya para hakim di lingkungan MKRI sebenarnya telah sadar bahwa hukum internasional memberi sumbangsih dalam proses pengujian undang-undang, tidak sekedar menggunakan konstitusi

²² Frank H. Easterbrook, “Legal Interpretation and the Power of Judiciary” *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Volume 7, Nomor 1, 1984, h. 88.

²³ Anastasios Gourgourinis, “The Distinctive between Interpretation and Application of Norms in International Adjudication”, *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 2, Nomor 1, Januari 2011, h. 57.

tertulis (UUD NRI Tahun 1945), namun juga menggunakan sumber hukum lainnya untuk membantu hakim dalam menginterpretasi UUD NRI Tahun 1945.

Sebagaimana telah disebutkan dalam uraian sebelumnya, MK memiliki kewenangan konstitusional untuk melakukan pengujian undang-undang melalui mandat Pasal 24C ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 yang kemudian diturunkan dalam Undang-Undang Mahkamah Konstitusi. Dalam Pasal 30 Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang disebutkan salah satu faktor yang patut diperhatikan dalam pengambilan putusan bagi Rapat Permusyawaratan Hakim adalah pendapat hukum (*legal opinion*) para Hakim Konstitusi. Ketika para hakim menyusun pendapat hukum, maka terdapat ruang bagi para hakim untuk melakukan interpretasi terhadap ketentuan konstitusi guna mendukung keyakinannya terhadap suatu perkara atau permohonan.²⁴ Seorang hakim diberikan keleluasaan atau kebebasan untuk melakukan interpretasi, termasuk di dalamnya memanfaatkan norma atau kaidah hukum internasional dalam proses interpretasi nilai-nilai dalam Konstitusi RI, demi membangun keyakinannya guna menghasilkan suatu putusan yang berkualitas. Dalam situasi yang demikian, hukum internasional sekurang-kurangnya memiliki peran sebagai alat bantu (*interpretative tool*) dalam interpretasi konstitusi yang dilakukan oleh para hakim.²⁵

Isu yang harus dijawab dalam sub bahasan ini adalah legitimasi praktik hakim MK yang menggunakan hukum internasional dalam proses pengujian undang-undang. Pada umumnya, legitimasi tersebut berasal dari konstitusi suatu negara. Seperti contoh Article 39 (1) *South Africa Constitution* yang mempreskripsi lembaga peradilan untuk menggunakan hukum internasional ketika menginterpretasi nilai-nilai hak asasi manusia dalam perkaranya. Otorisasi langsung dari konstitusi akan menciptakan keseragaman cara pandang lembaga negara terhadap posisi hukum internasional dalam sistem hukum nasionalnya serta menciptakan konsistensi kepatuhan negara terhadap hukum internasional.

Hal berbeda dialami oleh Indonesia karena UUD NRI Tahun 1945 tidak menerangkan apapun mengenai kedudukan hukum internasional dalam sistem hukum nasional. Pasal 11 UUD NRI Tahun 1945 hanya menjelaskan kewenangan Presiden untuk melakukan perjanjian internasional dengan persetujuan DPR. Kekosongan otorisasi langsung dari UUD NRI Tahun 1945 inilah yang

²⁴ Lihat kembali Pasal 45 UU No. 24 Tahun 2003.

²⁵ Titon Slamet Kurnia, "Interpretasi Hak-Hak Asasi Manusia oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Melalui Pengujian Undang-Undang", *Disertasi*, Universitas Airlangga, 2014, h. 151.

menimbulkan perdebatan konseptual di antara kalangan akademisi dan praktisi lalu mempengaruhi cara bersikap terhadap hukum internasional. Mayoritas berdiri pada sisi yang berseberangan dengan argumen berlandaskan teori tradisional yakni monis dan dualis.²⁶ Tulisan ini sekaligus menyatakan pendapat bahwa teori tradisional monis dan dualis yang kerap digunakan untuk menjustifikasi kedudukan hukum internasional dalam pengadilan nasional tidak dapat lagi dipakai sebagai dasar argumen. Hal tersebut disebabkan:²⁷

1. Teori monisme-dualisme bersifat *expost* yang hanya melihat pada praktik-praktik negara saja.
2. Teori monisme-dualisme kurang mengandung *normative content* yang tidak dapat digunakan sebagai argumen di pengadilan.
3. Teori monisme-dualisme tidak mampu menghadapi praktik *overlapping* terhadap teori itu sendiri di suatu negara.

Komitmen untuk meninggalkan teori tradisional monis dan dualis merupakan tindakan yang tepat untuk dilakukan karena teori tersebut sudah tidak relevan lagi untuk menjustifikasi penggunaan hukum internasional dalam wilayah hukum nasional. Oleh sebab itu, diperlukan dasar argumen lain yang mampu memberi legitimasi terhadap aplikasi hukum internasional tersebut.

Tradisi ketatanegaraan yang secara implisit pada UUD NRI Tahun 1945 menunjukkan bahwa penggunaan hukum internasional dalam pengujian undang-undang oleh hakim MK merupakan praktik yang konstitusional. Penggalan tradisi tersebut menemukan legitimasi berdasarkan hal sebagai berikut:²⁸

1. Pembukaan UUD NRI Tahun 1945

Pembukaan UUD NRI Tahun 1945 merupakan norma dasar bernegara (*staatsfundamentalnorm*) yang menggambarkan cita-cita negara²⁹, serta mendasar sistem konstitusi dan mengikat sistem kenegaraan sehingga tingkatan Pembukaan UUD NRI Tahun 1945 adalah di atas batang tubuh.³⁰ Dalam Pembukaan UUD NRI Tahun 1945 disebutkan, “[U]ntuk membentuk suatu Pemerintah Negara Indonesia yang ... ikut melaksanakan ketertiban

²⁶ Teori monis berpandangan bahwa hukum internasional merupakan satu kesatuan dengan hukum nasional sehingga hukum internasional dapat digunakan secara langsung dalam forum domestik. Sedangkan teori dualis berpendapat bahwa hukum internasional tidak berada pada alam yang sama dengan hukum nasional, oleh sebab itu, hukum internasional tidak dapat diberlakukan secara langsung di wilayah domestik.

²⁷ Ninon Melatyugra, “Teori Internasionalisme dalam Sistem Hukum Nasional”, *Refleksi Hukum*, Volume 9, Nomor 2, Oktober 2015, h. 202.

²⁸ Ninon Melatyugra, “Menggali Tradisi Konstitusional Negara Indonesia Melalui Teori Internasionalisme” dalam *Mozaik Pemikiran Hukum*, Salatiga: Fakultas Hukum UKSW, 2016, h. 81-85.

²⁹ Mahkamah Konstitusi RI, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945: Buku I*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2010, h. 3.

³⁰ Pamoe Rahardjo dan Isiah Gusman, *Bung Karno dan Pancasila: Menuju Revolusi Nasional*, Yogyakarta: Galang Press, 2002, h. 462.

dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial". Bunyi Pembukaan UUD NRI Tahun 1945 *a quo* merupakan bentuk partisipasi negara Indonesia sebagai bagian dari komunitas internasional untuk turut menjaga ketertiban dunia.

Bunyi Pembukaan UUD NRI Tahun 1945 menjadi pedoman politik luar negeri bebas aktif yang dijalankan oleh Indonesia.³¹ Yang dimaksud dengan "bebas" adalah Indonesia tidak memihak pada kekuatan-kekuatan yang pada dasarnya tidak sesuai dengan kepribadian bangsa sebagaimana tercermin dalam Pancasila, sedangkan "aktif" berarti di dalam menjalankan kebijakan luar negerinya, Indonesia tidak bersikap pasif-reaktif atas kejadian-kejadian internasional melainkan bersikap aktif.³² Politik luar negeri bebas aktif tersebut termanifestasi sejak pembentukan gerakan non-blok yang berkembang atas dasar Konferensi Bogor dan Kolombo di tahun 1954 lalu Konferensi Asia Afrika dengan hasil Dasa Sila Bandung dimana Soekarno beserta tokoh lainnya menyatakan upayanya untuk mencegah memuncaknya perang dingin antara dua blok negara adidaya dengan mengajukan alternatif-alternatif terhadap penyelesaian berbagai masalah dunia.³³

Dengan demikian, pembukaan UUD NRI Tahun 1945 tersebut memberi petunjuk bagaimana seharusnya Indonesia memposisikan dirinya sebagai suatu bangsa dalam komunitas internasional.

2. Pasal 11 UUD NRI Tahun 1945

Indonesia menyadari pentingnya berhubungan dengan negara lain dalam penyelenggaraan bernegaranya. Hal tersebut tidak terlepas dari sejarah di era lahirnya kemerdekaan Indonesia ketika pemerintah berusaha berinteraksi dengan bangsa-bangsa untuk mendapat pengakuan internasional. Kementerian Luar Negeri, sebagai salah satu kementerian paling pertama yang didirikan, mengirim diplomat Indonesia yakni Agus Salim dan Sutan Sjahrir berulang kali menghadiri rapat Perserikatan Bangsa-Bangsa untuk membahas "Persoalan Indonesia" (*Indonesian Question*)³⁴ untuk mendapat dukungan internasional. Proses interaksi tersebut terus berlanjut sampai pada akhirnya Indonesia menjadi negara anggota PBB.³⁵ Senada dengan hal tersebut, Soekarno

³¹ Yudi Latif, *Negara Paripurna: Historisitas, Rasionalitas, dan Aktualitas Pancasila*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2011, h. 91.

³² Riza Sihbudi, *Indonesia Timur Tengah: Masalah dan Prospek*, Jakarta: Gema Insani Press, 1997, h. 60.

³³ S. Sularto, *Masyarakat Warga dan Pergulatan Demokrasi*, Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2001, h. 92.

³⁴ Chapter V. Subsidiary Organs of The Security Council, www.un.org/en/sc/repertoire/46-51/46-51_05.pdf#page=5, 28 Desember 2015.

³⁵ Ditunjukkan dengan Resolusi Majelis Umum PBB No. 491 (V) (1950) tentang Penerimaan Republik Indonesia untuk Keanggotaan PBB pada tanggal 28 September 1950.

dalam Kursus tentang Pancasila di Istana Negara tanggal 22 Juli 1958 yang menyebutkan Indonesia sebagai *aan den lijve ondervinden* bahwa “.. tak dapat kita melepaskan diri kita dari bekerja sama dengan bangsa-bangsa yang juga menentang imperialisme”.³⁶

Pasal 11 UUD NRI Tahun 1945 menjadi sinyal kuat bahwa negara Indonesia menginginkan terbukanya peluang untuk menjalin kerjasama, yang dalam pasal tersebut dituangkan dalam bentuk perjanjian internasional. Hanya saja Pasal tersebut hanya berbicara mengenai mekanisme perjanjian internasional antara Presiden dengan Dewan Perwakilan Rakyat. Patut diperhatikan bahwa selama kurun waktu pergantian dan perubahan terhadap UUD NRI Tahun 1945 berlangsung, Pasal 11 tidak mengalami perubahan yang signifikan. Ini artinya, negara ingin mempertahankan posisinya sebagai negara yang terbuka berhubungan dengan negara lain, dalam hal ini terkait perjanjian internasional.

3. Butir-Butir Hak Asasi Manusia dalam UUD NRI Tahun 1945

Hukum internasional berkontribusi besar dalam konstruksi hukum hak asasi manusia dalam Bab XA Pasal 28A-28J mengenai HAM. Pasal-Pasal *a quo* disusun menurut model Universal Declaration of Human Rights yang *merestatement* hak asasi manusia dalam Konstitusi RI. Oleh teori *international constitution*, hal ini merupakan bentuk pendekatan *reference to concepts of international law*. Dalam arti, hukum internasional memberikan referensi dan pertimbangan terhadap ketentuan-ketentuan tertentu dalam Konstitusi RI (dalam hal ini adalah ketentuan-ketentuan HAM).

4. Pidato Pancasila

Pada Sidang BPUPKI tanggal 1 Juni 1945 menunjukkan bahwa kemerdekaan Indonesia tidak terlepas dari peran hukum internasional yang memberikan kemudahan syarat berdirinya suatu negara. Dalam pidatonya Soekarno menyatakan,

*“... Tidakkah kita mengetahui, sebagaimana telah diutarakan oleh berpuluh-puluh pembicara, bahwa sebenarnya international recht, hukum internasional, menggampangkan pekerjaan kita? Untuk menyusun, mengakui suatu negara yang merdeka, tidak diadakan syarat-syarat yang neko-neko, yang menjelimet, tidak! Syaratnya sekadar bumi, rakyat, pemerintah yang teguh! Ini sudah cukup untuk international recht.”*³⁷

³⁶ Pamoe Rahardjo dan Islah Gusmian, *Op.cit.*, h. 171.

³⁷ Floriberta Aning, *Lahirnya Pancasila: Kumpulan Pidato BPUPKI*, Yogyakarta: Media Pressindo, 2006, h.57.

Lebih lanjut dalam pidatonya, Soekarno mengemukakan hukum internasional dan hukum nasional harus berjalan bersama.³⁸ Hal tersebut disadari bahwa hukum internasional dan hukum nasional tidak dapat berjalan sendiri-sendiri meski tetap memiliki kedaulatannya sendiri dalam ruang lingkup yang berbeda. Internasionalisme yang dimaksud dalam pidato di atas adalah pernyataan dari nasionalisme dimana setiap bangsa menghargai dan menjaga hak-hak semua bangsa dengan kedudukan yang sama derajatnya dalam suatu badan internasional.³⁹ Sedangkan nasionalisme bangsa Indonesia adalah nasionalisme yang tidak bertentangan dengan internasionalisme, yaitu internasionalisme yang anti-kolonial, dan ingin hidup berdampingan secara damai.

Keempat poin di atas merupakan tradisi ketatanegaraan Indonesia yang menerangkan bahwa penggunaan hukum internasional bukanlah hal yang baru, akan tetap sudah sejak Negara ini berdiri telah mengaplikasikan hukum internasional secara sah. Keabsahan dari penggalian tradisi ketatanegaraan sebagai sumber legitimasi penggunaan hukum internasional dalam forum domestik didapat melalui teori *international constitution* yang menangkap tradisi konstitusional di atas sebagai keinginan negara untuk turut juga berlaku sesuai dengan hukum internasional. Secara ringkas, hasil dari pendekatan sejarah tersebut menunjukkan bahwa Indonesia merupakan negara yang membuka dirinya terhadap hukum internasional meskipun hal tersebut tidak dituangkan secara eksplisit dalam Konstitusi RI. Sehingga dapat diambil kesimpulan bahwa tradisi konstitusional itulah yang memberikan legitimasi penggunaan hukum internasional yang sesuai dengan Konstitusi RI.

Interpretasi yang menggunakan hukum internasional pada hakikatnya memerlukan kemampuan analisis hakim yang lebih tinggi karena ia dituntut untuk memahami terlebih dahulu mengenai hukum internasional. Perlu digarisbawahi bahwa seorang hakim harus melakukan interpretasi yang sesuai dengan konteks perkara nasionalnya sehingga apa yang ia kerjakan berjalan sesuai dengan Konstitusi. Dengan demikian penafsiran terkait hukum internasional yang ia lakukan bersifat konstitusional dan *legitimate* menjalankan mandat Konstitusi RI.

Dalam teori *transnational legal process*, interpretasi merupakan salah satu bagian dari proses keterhubungan antara hukum internasional dan hukum nasional. *Transnational legal process* menjelaskan bagaimana norma hukum internasional

³⁸ "... Internasionalisme tidak dapat hidup subur bila tidak berakar di bumi nasionalisme, sedangkan nasionalisme tidak dapat hidup di taman sarinya internasionalisme. Prinsip pertama dan kedua saling bergandengan."

³⁹ Iman Toto K. Rahardjo, *Bung Karno: Masalah Pertahanan dan Keamanan*, Jakarta: Grasindo, 2010, h.447.

diinterpretasi melalui interaksi dari aktor-aktor transnasional yang kemudian diinternalisasi dan diimplementasi dalam sistem hukum internasional.⁴⁰

D. Pentingnya Penguasaan Hukum Internasional oleh Hakim MK

Pada sub bahasan sebelumnya telah ditunjukkan bahwa *pertama*, hukum internasional memberi bantuan penting bagi hakim MK dalam proses pengujian undang-undang. *Kedua*, penggunaan hukum internasional oleh hakim MK merupakan aktivitas yang konstitusional, ditunjukkan dengan tradisi ketatanegaraan yang implisit dalam UUD NRI Tahun 1945. Selanjutnya, sub bahasan ini bersifat persuasif dalam hal mendorong agar hakim MK meningkatkan kualitasnya lebih lagi dalam penguasaan hukum internasional ketika mengaplikasikannya dalam proses menghasilkan putusan.

Tidak dipungkiri bahwa negara Indonesia memiliki keinginan kuat untuk ikut berpartisipasi dalam kerangka menjadi salah satu bagian dari komunitas internasional.⁴¹ Tujuan bernegara tersebut memberi gambaran implisit keinginan negara untuk berlaku selaras pula dengan hukum internasional. Pernyataan tersebut tidak memposisikan hukum internasional di atas hukum nasional, melainkan menyejajarkan kedua alam hukum tersebut. Pemahaman dasar inilah yang harus dimengerti oleh hakim MK RI apabila ia ingin membekali dirinya dengan kemampuan interpretasi terkait hukum internasional yang memadai.

Interpretasi menggunakan hukum internasional sebenarnya memiliki manfaat-manfaat yang positif bagi sistem hukum nasional di Indonesia. Justice Kirby mengatakan dalam artikelnya, "*It does not usually bind them as such. But it often provides respected and significant confirmation for our conclusion*"⁴². Artinya, hukum internasional tidak selalu mengikat namun sering kali menyediakan konfirmasi yang berharga dan penting untuk suatu kesimpulan. Sederhananya, penggunaan sumber hukum internasional dimaksudkan untuk mendapatkan pemahaman yang lebih baik dari sebuah kasus dengan cara mempelajari bagaimana kasus tersebut terjawab di tempat (negara) lain.⁴³

⁴⁰ Ninon Melatyugra, "Normativitas Hukum Internasional dalam Praktik Pengujian Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi RI" Tesis, Universitas Kristen Satya Wacana, 2016, h. 34. Lebih Lanjut mengenai teori *transnational legal process* dapat dilihat dalam Harold Hongju Koh, "International Law as Part Of Our Law", *American Journal of International Law*, Volume 98, Nomor 1, Januari 2004, h. 43.

⁴¹ Alinea ke-4 Pembukaan UUD NRI Tahun 1945.

⁴² Michael Kirby, "International Law – The Impact On National Constitutions" *America University International Law Review*, Volume 21, Nomor 3, 2006, h. 356.

⁴³ A. Mark Weisburd, "Using International Law To Interpret National Constitutions – Conceptual Problems: Reflection on Justice Kirby's Advocacy of International Law in Domestic Constitutional Jurisprudence" *America University International Law Review*, Volume 21, Nomor 3, 2006, h. 366.

Justice Stephen Breyer dalam kasus *Printz v. United States* berelaborasi, "*Of course, we are interpreting our own Constitution, not those of other nations, and there may be relevant political and structural differences between their systems and our own but their experience may nonetheless cast an empirical light on the consequences of different solutions to a common legal ...*"⁴⁴ (Tentu saja, kita menginterpretasi Konstitusi kita, bukan konstitusi negara lain, dan jelas mungkin terdapat perbedaan politik dan struktural antara sistem mereka dan sistem kita. . . . namun pengalaman mereka dapat memberikan petunjuk empiris pada solusi berbeda untuk masalah hukum yang umum...). Berdasarkan elaborasi tersebut, dapat diperoleh pemahaman bahwa hukum internasional mampu menyediakan norma dan fakta yang mungkin dapat membantu interpretasi konstitusional untuk menyelesaikan persoalan hukum yang sama yang dihadapi oleh negara Indonesia.⁴⁵

Selain itu, hukum internasional memperkuat kepentingan perlindungan terhadap hak asasi manusia. Pada model normatif, hukum internasional menyediakan *insights* yang terkait realisasi nilai-nilai umum terkait hak asasi manusia yang fundamental dalam sistem hukum nasional.⁴⁶ Louis Henkin menyatakan: "*The international law of human rights parallels and supplements national law, superseding and supplying the deficiencies of national constitution and laws, but it does not replace and indeed depends on national institutions.*" (Hukum HAM internasional bersifat paralel dan pelengkap hukum nasional, menggantikan dan memasok kekurangan konstitusi dan hukum nasional, namun ia tidak menggantikan dan tidak tergantung pada institusi nasional). Dengan demikian, kehadiran hukum internasional menjadi pelengkap sistem hukum nasional dalam kepentingan penguatan HAM di lingkup domestik. Ini patut menjadi perhatian bagi MK RI yang mengklaim dirinya sebagai pelindung hak konstitusional warga negara (*the protector of the citizen's constitutional rights*) sekaligus pelindung HAM (*the protector of human rights*)⁴⁷.

Beranjak dari ulasan singkat di atas, dapat dipahami bahwa hukum internasional memiliki manfaat yang positif bagi sistem hukum nasional, khususnya bagi aktivitas *judicial review* yang dilakukan oleh hakim MK RI. Boleh jadi hal ini menjadi pekerjaan tambahan bagi MK RI secara kelembagaan atau institusional

⁴⁴ Harold Hongju Koh, *Op.Cit.*, h. 46.

⁴⁵ Gerald L. Neuman, "International Law As A Resource In Constitutional Interpretation", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Volume 30, Nomor 1, h. 183.

⁴⁶ *Ibid.*, h. 188.

⁴⁷ Janedjri M. Gaffar, "Peran Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Perlindungan Hak Asasi Manusia terkait Penyelenggaraan Pemilu", *Jurnal Konstitusi*, Volume 10, 2013, h. 1.

untuk memikirkan agar hakim-hakim MK RI dibekali dengan pengetahuan yang memadai dalam memahami hukum internasional supaya dapat diterapkan secara benar dan proporsional dalam aktivitas *judicial review* di MKRI.

Harapan terbesar dari proses tersebut adalah terciptanya putusan-putusan MKRI yang memiliki kualitas lebih baik lagi sehingga terlihat adanya perkembangan dari kualitas hakim MKRI itu sendiri. Sebuah putusan dapat menjadi pelajaran yudisial (*judicial education*) yang pada akhirnya bertujuan untuk mengajarkan hukum (*to teach law*) kepada masyarakat⁴⁸, khususnya komunitas hukum. Oleh sebab itu hakim MKRI memiliki beban tanggung jawab yang besar dalam memproduksi sebuah putusan.

Sebagai contoh, ketika hakim MK RI merujuk pada sumber hukum internasional untuk menginterpretasi suatu nilai dalam UUD NRI Tahun 1945, maka sebaiknya hakim MK RI tidak hanya sekedar menyebutkan instrumen hukum internasional beserta bunyinya dalam pertimbangan hakim, namun juga harus menyertakan analisis mengapa instrumen hukum internasional tersebut yang digunakan atau latar belakang pemilihan sumber hukum tersebut. Pertimbangan yang digunakan hakim MKRI dalam pemilihan sumber hukum internasional dapat berkontribusi besar dalam pengembangan konstruksi berpikir komunitas hukum dalam memandang hukum internasional di sistem hukum nasional. Hal ini yang kerap dikesampingkan hakim MK RI dalam menghasilkan putusan-putusannya.

Disadari bahwa sebelum hakim MKRI melakukan *judicial review*, terdapat proses pembekalan terlebih dahulu. Gerald L. Neuman mengatakan, "*International law should, of course, be used carefully and intelligently in constitutional interpretation. So should other factors, such as history, dictionaries, and economic reasoning. Judges should not falsify these resources, or manipulate them for undisclosed purposes*"⁴⁹ (Hukum internasional seharusnya, tentunya, digunakan secara hati-hati dan cerdas dalam interpretasi konstitusional. Begitu pula dengan pengetahuan seperti sejarah, kosa kata gramatikal, dan penalaran ekonomi yang digunakannya. Hakim tidak dapat memalsukan sumber-sumber tersebut atau memanipulasinya untuk kepentingan terselubung). Hal yang ingin digarisbawahi dari pernyataan di atas adalah penggunaan hukum internasional harus dilakukan secara tepat dan proses tersebut membutuhkan pengetahuan dan wawasan hakim yang luas terkait hukum internasional serta etika hakim untuk tidak 'membelokkan'

⁴⁸ John W. Kennedy Jr., "Personality Type And Judicial Decision Making", *Judicial Studies Institute Journal*, Volume 2, Nomor 2, 2002, h. 50.

⁴⁹ Gerald L. Neuman, *Op.cit.*, h. 185.

substansi asli dari hukum internasional untuk kepentingan yang tidak memihak pada hukum atau keadilan.

Penulis menyadari bahwa standar putusan yang diinginkan dalam pembahasan tulisan ini dengan kualitas hakim MKRI saat ini masih memerlukan proses penyesuaian yang tidak cepat dan tidak mudah. Namun asa dalam tulisan ini akan selalu tetap hidup untuk turut membangun upaya penguatan kelembagaan MKRI sebagai lembaga negara yang lebih kredibel lagi dalam menghasilkan putusan-putusan terkait pengujian UU terhadap UUD NRI Tahun 1945 (*judicial review* dalam tubuh MKRI).

KESIMPULAN

Beranjak dari uraian sebelumnya, dapat disimpulkan beberapa hal. *Pertama*, hukum internasional dapat digunakan sebagai alat interpretasi oleh para hakim di lingkungan MKRI ketika menjalankan pengujian terhadap undang-undang (baik secara materil dan formil). *Kedua*, penggunaan hukum internasional sebagai alat interpretasi dalam pengujian undang-undang memiliki dasar atau legitimasi normatif dan faktual/praktik. *Ketiga*, agar terwujud putusan hakim yang berkualitas dan menjadi bahan pembelajaran bagi komunitas hukum, maka kepada para hakim diperlukan penguasaan yang memadai terhadap hukum internasional.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Brewer-Carias, Allan R., 1989, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Floriberta Aning, 2006, *Lahirnya Pancasila: Kumpulan Pidato BPUPKI*, Yogyakarta: Media Pressindo.
- Iman Toto K. Rahardjo, 2010, *Bung Karno: Masalah Pertahanan dan Keamanan*, Jakarta: Grasindo.
- Iriyanto A. Baso Ence, 2008, *Negara Hukum & Hak Uji Konstitusionalitas Mahkamah Konstitusi: Telaah Terhadap Kewenangan Mahkamah Konstitusi*, Bandung: Alumni.
- Jimly Asshidiqqie, 2006, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta: Konstitusi Press.
- Jimly Asshiddiqie, 2006, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Jakarta: Konstitusi Press.

Mahkamah Konstitusi RI, 2010, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945: Buku I*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI.

Pamoe Rahardjo dan Islah Gusmian, 2002, *Bung Karno dan Pancasila: Menuju Revolusi Nasional*, Yogyakarta: Galang Press.

Titon Slamet Kurnia, 2014, *Konstitusi HAM: Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 & Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar.

Riza Sihbudi, 1997, *Indonesia Timur Tengah: Masalah dan Prospek*, Jakarta: Gema Insani Press.

S. Sularto, 2010, *Masyarakat Warga dan Pergulatan Demokrasi*, Jakarta: Penerbit Buku Kompas.

Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 200, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi* Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi.

Veri Junaidi, Adelline Syahda, dan Adam Mulya Bunga Mayang, 2016, *Tiga Belas Tahun Kinerja Mahkamah Konstitusi dalam Memutus Pengujian Undang-Undang*, Jakarta: Konstitusi dan Demokrasi Inisiatif.

Yudi Latif, 2011, *Negara Paripurna: Historisitas, Rasionalitas, dan Aktualitas Pancasila*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.

Jurnal

Easterbrook, Frank H., 1984, "Legal Interpretation and the Power of Judiciary" *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Volume 7, Nomor 1, 87-99.

Ferejohn, John E., 2002, "Constitutional Review In The Global Context" *NYU Journal of Legislation and Legal Policy*, Volume 6, Nomor 49, 49-59.

Finck, Danielle E., 1997, "Judicial Review The United States Supreme Court Versus the German Constitutional Court" *Comparative Judicial Review*, Volume 20, Nomor 1, 123-157.

Ginsburg, Tom dan Mila Versteeg, 2013, "Why Do Countries Adopt Constitutional Review?" *Journal of Law Economics and Organization*, Volume 30, September, 1-50.

- Gourgourinis, Anastasios, 2011, "The Distinctive between Interpretation and Application of Norms in International Adjudication", *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 2, Nomor 1, Januari, 31-57.
- Hostettler, John N. dan Thomas W. Washburne, 1997, "The Constitution's Final Interpreter: We The People", *Regent University Law Review*, Volume 8, Nomor 13, 13-22.
- Janedjri M. Gaffar, 2013, "Peran Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Perlindungan Hak Asasi Manusia terkait Penyelenggaraan Pemilu", *Jurnal Konstitusi*, Volume 10, h 1-32.
- Kennedy Jr., John W., 2002, "Personality Type And Judicial Decision Making", *Judicial Studies Institute Journal*, Volume 2, Nomor 2, 50-67.
- Kirby, Michael, 2006, "International Law – The Impact On National Constitutions" *America University International Law Review*, Volume 21, Nomor 3, 327-364.
- Koh, Harold Hongju, 2004 "International Law as Part Of Our Law", *American Journal of International Law*, Volume 98, Nomor 1, Januari, 43-57.
- Neuman, Gerald L., "International Law As A Resource In Constitutional Interpretation", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Volume 30, Nomor 1, 177-189.
- Ninon Melatyugra, 2015, "Teori Internasionalisme dalam Sistem Hukum Nasional", *Refleksi Hukum*, Volume 9, Nomor 2, Oktober, 200-208.
- Ninon Melatyugra, 2016, "Menggali Tradisi Konstitusional Negara Indonesia Melalui Teori Internasionalisme" dalam *Mozaik Pemikiran Hukum*, Salatiga: Fakultas Hukum UKSW, h. 81-85.
- Pan Mohamad Faiz, 2014, "Legitimasi Rujukan Hukum Asing dalam Putusan MK", *Jurnal Konstitusi*, Nomor 83, Januari, 62-65.
- Weisburd, A. Mark, 2006, "Using International Law To Interpret National Constitutions – Conceptual Problems: Reflection on Justice Kirby's Advocacy of International Law in Domestic Constitutional Jurisprudence" *America University International Law Review*, Volume 21, Nomor 3, 365-377.

Tesis/Disertasi

- Ninon Melatyugra, 2016, "Normativitas Hukum Internasional dalam Praktik Pengujian Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi RI" tesis, Universitas Kristen Satya Wacana.

Titon Slamet Kurnia, 2014, "Interpretasi Hak-Hak Asasi Manusia oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Melalui Pengujian Undang-Undang", Disertasi, Universitas Airlangga.

Peraturan Perundang-undangan

Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor: 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang

Resolusi Majelis Umum PBB No. 491 (V) (1950) tentang Penerimaan Republik Indonesia untuk Keanggotaan PBB pada tanggal 28 September 1950.

The Constitution of the United States

The Constitution of the South Africa

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

Putusan Pengadilan

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 35/PUU-X/2012

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 20/PUU-XIV/2016

Internet

Administrative Review Council, "The Scope of Judicial Review" http://www.arc.ag.gov.au/Documents/Judicial+Review+21_3.pdf, 12 Oktober 2016.

Chapter V. Subsidiary Organs of The Security Council, www.un.org/en/sc/reperoire/46-51/46-51_05.pdf#page=5, 28 Desember 2015.

Janedjri M. Gaffar, 2009, "Kedudukan, Fungsi dan Peran Mahkamah Konstitusi dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia", http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/public/content/infoumum/artikel/pdf/makalah_makalah_17_oktober_2009.pdf, 12 Oktober 2016.

Maria Rosari, "MK: Pengajuan Uji Materi UU Diprediksi Meningkat", <http://www.antarasumsel.com/berita/309381/mk-pengajuan-uji-materi-uu-diprediksi-meningkat>, 26 Maret 2017.

The Public Law Project, "An Introduction to Judicial Review", http://www.publiclawproject.org.uk/data/resources/6/PLP_Short_Guide_3_1305.pdf 12 Oktober 2016.

Telaah Hermeneutika Pasal 211 KHI dalam Memberikan *Access to Justice* terkait Hibah dan Waris

Hermeneutic Analysis of Article 211 of KHI in Providing the Access to Justice for the Grant and Inheritance

Sakirman

Fakultas Syariah Institut Agama Islam Negeri (IAIN) Metro, Lampung
Jl. Ki Hajar Dewantara Kampus 15A, Iringmulyo, Metro, Lampung 34111
E-mail : sakirman87@gmail.com

Naskah diterima: 15/08/2017 revisi: 19/02/2018 disetujui: 26/02/2018

Abstrak

Pada dasarnya konsep pembagian harta warisan dalam Islam dilaksanakan ketika pewaris telah meninggal dunia. Namun, pada praktiknya banyak terjadi bahwa kewarisan dilaksanakan oleh pewaris dalam hal ini adalah orang tua kepada anaknya ketika orang tua masih hidup dengan menggunakan usaha alternatif berupa hibah. Hal ini telah diberikan legalisasi dengan dirumuskannya Pasal 211 dalam Kompilasi Hukum Islam, yang seakan memberikan legalisasi terhadap praktik kewarisan dengan menabrak ortodoksi konsep kewarisan Islam yang sudah baku. Tulisan ini hadir untuk menelaah substansi dan menakar nilai-nilai hukum yang termaktub dalam Pasal 211 Kompilasi Hukum Islam dengan menggunakan pendekatan hermeneutika hukum. Sehingga, permasalahan pokok dalam tulisan ini adalah bagaimana hibah orang tua kepada anak sebagai pengganti waris menurut Kompilasi Hukum Islam dalam Pasal 211. Hasil akhir dari tulisan yang tidak bersifat final ini menunjukkan bahwa pembagian harta hibah sebagai pengganti waris kepada anak dilatarbelakangi atas perkembangan hukum Islam. Potret hukum Islam tidak terlepas dari wacana pembaharuan hukum Islam menuju hukum yang berkeadilan.

Kata kunci: Hibah, Waris, Kompilasi Hukum Islam

Abstract

Basically the concept of division of inheritance in Islam is executed when the heir has passed away. In practice, however, much of the inheritance exercised by the testator in this case is the parent to the child when the parent is alive by using an alternate venture. This has been legalized by the formulation of Article 211 in the Compilation of Islamic Law, which seems to provide legalization of inheritance practices by bumping into the orthodoxy of a standard Islamic inheritance concept. This paper is present to examine the substance and measure the legal values contained in Article 211 of the Compilation of Islamic Law by using a legal hermeneutic approach. Thus, the main issue in this paper is how the parent grants to the child as a substitute for inheritance according to the Compilation of Islamic Law in article 211. The final result of this non-final writing shows that the distribution of grant property as a substitute for inheritance to the child is motivated by the development of Islamic law. Portrait of Islamic law can not be separated from the discourse of Islamic law reform to law of justice.

Keywords: *Grant, Inheritance, Compilation of Islamic Law*

PENDAHULUAN

Tidak dapat dipungkiri bahwa kehidupan bermasyarakat akan selalu mengalami perubahan dan perkembangan dalam berbagai aspek. Islam hadir sebagai pedoman hidup mengajarkan kepada umatnya untuk menjadi umat yang progresif, baik dalam masalah ilmu pengetahuan, kehidupan sosial, dan kekeluargaan.¹ Dalam hukum Islam terdapat aturan-aturan tentang tata cara melakukan ibadah, perkawinan, kewarisan, perjanjian-perjanjian mu'amalat, hidup bernegara yang mencakup kepidanaan, ketatanegaraan, hubungan antar negara dan sebagainya.²

Sedangkan dalam bidang hukum keluarga³ yang mencakup aspek hukum perwalian, hukum keluarga, dan hukum kekayaan keluarga yang mencakup waris, wasiyat, dan hibah serta sejenisnya yang berkaitan dengan penerimaan dan atau pemberian,⁴ sebagian aturannya telah diajarkan oleh Islam dalam al-Qur'an seperti beberapa aturan mengenai waris yang diantaranya adalah dalam masalah pembagian harta warisan sebagaimana telah ditegaskan dalam

¹ Noeng Muhadjir, *Filsafat Ilmu, Kualitatif dan Kuantitatif untuk Pengembangan Ilmu dan Penelitian*, edisi III, Yogyakarta: Rake Sarasin, 2006, h. 212-213.

² Ahmad Azhar Basyir, *Hukum Adat Bagi Umat Islam*, Yogyakarta: Nur Cahaya, 1987, h. 2.

³ Hukum keluarga adalah hukum yang mengatur tentang hubungan manusia dengan keluarganya yang dimulai dari perkawinan sampai berakhir pada pembagian warisan karena ada anggota keluarga yang meninggal dunia. Lihat Khoiruddin Nasution, *Hukum Keluarga (Perdata) Islam Indonesia* Yogyakarta: Tazzafa & ACAdemia, 2007, h. 8.

⁴ *Ibid.*, h. 8.

al-Qur`an Surat An-Nisa' (4): 12 bahwa: Waris dalam Islam mempunyai definisi pemindahan harta peninggalan pewaris (orang yang meninggal dunia) kepada ahli warisnya, sedangkan harta warisan adalah benda yang ditinggalkan oleh orang yang meninggal dunia yang menjadi hak milik ahli waris.⁵

Adapun aturan yang mengatur secara detail tentang waris disebut hukum kewarisan, A. Pitlo mendefinisikan hukum waris adalah suatu rangkaian atau ketentuan-ketentuan, dimana berhubungan dengan meninggalnya seseorang dan akibat-akibatnya di dalam bidang kebendaan, yakni akibat dari beralihnya harta peninggalan dari seseorang yang meninggal kepada ahli warisnya, baik di dalam hubungannya antara mereka sendiri, maupun dengan pihak ketiga.⁶ Sedangkan dalam Kompilasi Hukum Islam definisi hukum kewarisan adalah hukum yang mengatur tentang pemindahan hak pemilik harta peninggalan pewaris, menentukan siapa yang berhak menjadi ahli waris dan berapa bagiannya masing-masing.⁷

Beberapa ketentuan dalam hukum kewarisan seperti ketentuan waris 2:1 yang terdapat dalam al-Qur`an surat an-Nisā' [4]: 11 sudah banyak ditinggalkan oleh umat Islam Indonesia.⁸ Secara tidak langsung, hal ini dapat dilihat dengan keberadaan lembaga hibah yang kemudian digunakan sebagai media alternatif pembagian waris. Terlebih pada perkembangan berikutnya, aturan-aturan tersebut direalisasikan dengan bahasa-bahasa yang mudah untuk dimengerti dalam bentuk pasal-pasal tertentu. Yang dalam hal ini adalah Pasal 211 Kompilasi Hukum Islam⁹ yaitu; "hibah dari orang tua kepada anaknya dapat diperhitungkan sebagai waris".

PERUMUSAN MASALAH

Dari latar belakang tersebut di atas dirumuskan pokok permasalahan sebagai berikut yaitu bagaimanakah hibah orang tua kepada anak sebagai pengganti waris menurut Kompilasi Hukum Islam dalam Pasal 211?

METODE PENELITIAN

Penelitian ini bersifat kualitatif dengan pendekatan hermenutik. Penelitian ini merupakan penelitian pustaka (*library research*). Bahan atau materi penelitian

⁵ Abdul Ghafur Anshari, *Hukum Kewarisan Islam di Indonesia, Eksistensi dan Adaptabilitas*, Yogyakarta: Ekonisia, 2005, h. 21.

⁶ Ali Afandi, *Hukum Waris, Hukum Keluarga, Hukum Pembuktian; Menurut Kitab Undang-undang Perdata (BW)*, Jakarta: Bina Aksara, 1986, h. 7.

⁷ Kompilasi Hukum Islam, Pasal 171 a.

⁸ Jaih Mubarak, *Jfihad Kemanusiaan di Indonesia*, Bandung: Pustaka Bani Quraisy, 2005, h. 154.

⁹ Penulisan Kompilasi Hukum Islam dalam tulisan ini untuk selanjutnya disingkat menjadi KHI.

diambil dari buku, internet, jurnal, dan sebagainya yang relevan dengan penelitian ini. Teknik untuk menggali data di lapangan sebagai pendukung penelitian digunakan metode dokumentasi, metode ini dilakukan dengan cara mengumpulkan data-data yang berkaitan dengan penelitian berupa dokumentasi yang berasal literatur terkait, undang-undang dan Kompilasi Hukum Islam. Data-data yang diperoleh kemudian diklasifikasikan sesuai dengan tema penelitian.

Data yang sudah diklasifikasikan kemudian direkonstruksi dengan pendekatan kualitatif ke dalam sebuah deskripsi yang utuh setelah sebelumnya dibantu dengan teori-teori yang relevan dan kemudian dianalisis sehingga dapat diambil kesimpulan. Analisis ini digunakan dengan tujuan untuk memberikan pengetahuan, membuka wawasan baru, menyajikan fakta, dan panduan praktis pelaksanaannya sehingga beberapa pokok permasalahan yang dikaji dapat ditemukan jawabannya secara tepat.

PEMBAHASAN

Kompilasi Hukum Islam Menuju Fikih Indonesia

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia secara etimologi kata kompilasi di definisikan sebagai kumpulan yang secara teratur (tentang daftar informasi, karangan-karangan),¹⁰ sedangkan definisi lainnya adalah karangan (buku) yang tersusun dari kutipan-kutipan buku lain.¹¹ Koesno memberikan pengertian kompilasi dalam dua bentuk. *Pertama*, sebagai hasil usaha mengumpulkan berbagai pendapat dalam satu bidang tertentu. *Kedua*, kompilasi diartikan dalam wujudnya sebagai suatu benda seperti berupa suatu buku yang berisi kumpulan pendapat-pendapat yang ada mengenai suatu bidang persoalan tertentu.¹²

Dengan penelusuran dari sisi etimologi di atas, dapat dirumuskan makna kompilasi adalah aktifitas pengumpulan dari berbagai bahan tertulis yang diambil dari berbagai buku atau tulisan mengenai suatu persoalan tertentu yang dibuat oleh beberapa penulis yang berbeda untuk dikumpulkan dalam suatu buku tertentu. Dengan kegiatan ini semua bahan dapat ditemukan dengan cepat dan mudah. Dengan demikian, kompilasi secara bahasa tidak selalu merupakan produk hukum, dan masih bersifat umum.¹³ Hal ini berbeda dengan kodifikasi

¹⁰ Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta: Balai Pustaka Depdikbud, 1988, h. 453.

¹¹ Achmad Maulana, dkk., *Kamus Ilmiah Populer Lengkap*, Yogyakarta: Absolut, 2003, h. 233.

¹² M. Karsayuda, *Perkawinan Beda Agama. Menakar Nilai-nilai Keadilan Kompilasi Hukum Islam*, Yogyakarta: Total Media, 2006, h. 94.

¹³ Khoiruddin Nasution, *Hukum Keluarga (Perdata) Islam Indonesia* Yogyakarta: Tazzafa dan ACAdeMIA, 2007, h. 73.

yang kajiannya merupakan kajian hukum, istilah kodifikasi mempunyai makna yaitu pembukuan satu jenis hukum tertentu secara lengkap dan sistematis dalam satu buku hukum.¹⁴

Namun demikian dalam pengertian hukum, maka kompilasi adalah tidak lain dari sebuah buku hukum atau buku kumpulan yang memuat uraian atau bahan-bahan hukum tertentu, pendapat hukum atau juga aturan hukum. Pengertiannya memang berbeda, namun kompilasi dalam pengertian ini juga merupakan sebuah buku hukum.¹⁵ Sehingga, apabila kata kompilasi tersebut dikorelasikan dengan hukum Islam, maka secara bahasa akan bermakna himpunan materi hukum Islam dalam suatu kitab, atau kumpulan kaidah-kaidah hukum Islam dalam kitab-kitab hukum Islam yang sejenis dan berlaku dalam sistem hukum masyarakat di Indonesia. Jadi KHI adalah rangkuman dari berbagai pendapat hukum yang diambil dari beberapa kitab yang ditulis oleh para ulama fikih yang biasa digunakan sebagai referensi di Pengadilan Agama untuk diolah, dikembangkan, dan dihimpun dalam suatu kumpulan. Hal tersebut disusun secara sistematis dengan berpedoman pada teknik-teknik yang biasa digunakan dalam peraturan perundang-undangan¹⁶ sehingga, KHI tersebut tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan di Indonesia.¹⁷

Latar Belakang Lahirnya Kompilasi Hukum Islam

KHI merupakan kumpulan hukum Islam yang diundangkan negara pada zaman orde baru. KHI disusun berdasarkan keputusan bersama Ketua Mahkamah Agung dan Menteri Agama, tanggal 21 Maret 1985 dan selanjutnya melahirkan Proyek Pembangunan hukum Islam melalui yurisprudensi (proyek Kompilasi Hukum Islam). Penyusunan KHI berlangsung selama enam tahun (1985-1991), dan pada tanggal 10 Juni 1991 berdasarkan Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991, KHI dikukuhkan sebagai pedoman resmi dalam bidang hukum material bagi para hakim di lingkungan Peradilan Agama di seluruh Indonesia, menangani tiga bidang hukum Islam yang terumuskan yang terumuskan ke dalam 229 pasal, yakni hukum perkawinan, hukum kewarisan, dan hukum perwakafan.¹⁸ Hukum Islam yang merupakan cikal bakal lahirnya KHI digunakan sebagai hukum materiil Peradilan Agama mengalami beberapa fase perkembangan sebagai berikut :

¹⁴ Abdurrahman, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: Akademika Pressindo, 1992, h. 9.

¹⁵ *Ibid.*, h. 12.

¹⁶ *Ibid.*, h. 74.

¹⁷ Khoiruddin Nasution, *Pengantar Studi Islam*, Yogyakarta: ACAdeMIA dan TAZZAFa, 2007, h. 27.

¹⁸ Muhammad Zain dan Mukhtar Alshodiq, *Membangun Keluarga Humanis, Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam yang Kontroversial Itu!*, Jakarta: Grahacipta, 2005, h. 1.

1) Hukum Islam Sebelum Masa Penjajahan

Masyarakat yang hidup di gugusan kepulauan dipercayai telah memiliki aturan hukum yang berasal dari nilai-nilai hukum "*chthonic*". Terma "*chthonic*" di sini berasal dari terma Yunani *khthôn* atau *khthônonos* yang berarti bumi.¹⁹ Hukum Islam masuk ke Indonesia bersama dengan masuknya Islam ke Indonesia. Islam telah masuk ke Indonesia pada abad I Hijriyah atau abad 7/8 Miladiyah. Sedangkan Hukum Barat baru diperkenalkan oleh VOC awal abad XVII Miladiyah. Sebelum hukum Islam masuk ke Indonesia, rakyat Indonesia menganut hukum adat yang bermacam-macam sistem dan sangat majemuk sifatnya.²⁰ Perkenalan nusantara kepada Islam secara efektif, khususnya semenanjung melayu selatan dan di kota, pantai, pulau besar adalah sekitar akhir abad XV mengikuti perpindahan Raja Malaka ke agama Islam.

Agama Islam juga membawa berbagai pandangan baru yang revolusioner. *Pertama*; sifat Islam sebagai agama egaliter radikal, yang antara lain berakibat kepada penyudahan sistem kasta dalam masyarakat Hindu nusantara dan penghentian praktik sati (keharusan seorang janda untuk terjun ke dalam api yang sedang membakar suaminya—yang akhir-akhir ini sungguh ironis, dicoba dihidupkan kembali oleh kaum Hindu fundamentalis di India). *Kedua*, Agama Islam dengan kesadaran hukumnya yang amat kuat telah melengkapi penduduk nusantara, khususnya para pedagang, dengan sistem hukum yang berjangkauan internasional, yang mampu mendukung kegiatan perdagangan dalam konteks ekonomi global yang saat itu sedang berada dalam kekuasaan Islam.²¹ Hal ini juga terbukti dengan keberadaan lembaga *tahkīm* yang menjadi asal-usul peradilan agama, yaitu lembaga penyelesaian sengketa antara orang-orang Islam yang dilakukan oleh para ahli agama yang telah lama ada dalam masyarakat Indonesia sejak agama Islam datang ke Indonesia, serta tumbuh dan berkembang bersama dengan perkembangan masyarakat Muslim di kepulauan nusantara.²² Dengan demikian, keberadaan agama Islam dan sistem hukum Islam sudah diaplikasikan oleh sebagian penduduk Indonesia sebelum masuknya imperialisme Barat di Indonesia.

¹⁹ Ratno Lukito, *Tradisi Hukum Indonesia*, Yogyakarta: Teras, 2008, h. 3.

²⁰ Ahmad Azhar Basyir, "Hukum Islam Indonesia dari Masa ke Masa", dalam Dadan Muttaqien, dkk., (ed.), *Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia*, edisi revisi, Yogyakarta: Ull-Press, 1999, h. 7.

²¹ Nurcholish Madjid, "Islam di Indonesia dan Potensinya sebagai Sumber Substansiasi Ideologi dan Etos Nasional", dalam Nurcholish Madjid, dkk., *Islam Universal*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2007, h. 171-172. Lihat juga dalam Agussalim Sitompul, *Usaha-usaha Mendirikan Negara Islam dan Pelaksanaan Syariat Islam di Indonesia*, Jakarta: CV. Misaka Galiza, 2008, h. 39.

²² Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam, Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2004, h. 279. Lihat juga dalam Mahsun Fuad, *Hukum Islam Indonesia, Dari Nalar Partisipatoris Hingga Emansipatoris*, Yogyakarta: LkiS, 2005, h. 49.

2) Hukum Islam Selama Masa Penjajahan

Dalam evolusi kekuasaan Indonesia, konflik antara kebutuhan pranata hidup keseharian dan tuntutan sistem keimanan Islam senantiasa memainkan peranan yang begitu penting. Di bawah kekuasaan Belanda, konflik semacam ini bahkan semakin diperparah dengan kebijaksanaan penjajah yang memberikan pengaruh secara langsung kepada implementasi hukum Islam.²³ Belanda pada saat itu menggunakan politik hukum yang signifikan dalam menghandle hukum Islam, sehingga pada masa ini bukan saja gejolak politik untuk meraih kemerdekaan saja, namun juga gejolak reaksi dan tokoh Islam terhadap politik hukum Belanda. Maka terjadilah peperangan sistem hukum dengan segi tiga sistem, terutama antara hukum Islam dengan hukum adat yang dijadikan kuda tunggangan oleh penjajah. Sedangkan sistem hukum Belanda, mungkin hanya bayang-bayang untuk menjadi target terakhir.²⁴

Hal ini terlihat dengan munculnya beberapa teori, yang diantaranya adalah teori yang dipelopori oleh Lodewijk Willem Christian van den Berg disebut dengan teori *receptio in complexu* yang berarti bahwa bagi setiap penduduk berlaku hukum agamanya masing-masing. Bagi orang Islam berlaku hukum Islam, dan demikian juga bagi pemeluk agama lain.²⁵ Berdasarkan teori tersebut, hukum Islam dipandang sebagai hukum yang hidup dan berlaku (*the living law*) bagi umat Islam. Teori demikian didasarkan pada keyakinan Van den Berg bahwa “Islam telah diterima secara baik oleh sebagian besar, jika tidak semua, umat Islam setempat”. Teori Van den Berg ini kemudian diresmikan melalui aturan pemerintah kolonial Belanda Nomor 152 tahun 1882,²⁶ tentang pembentukan Pengadilan Agama di Jawa dan Madura. Dengan demikian, tampak jelas bahwa apa yang telah dilakukan oleh pemerintah penjajah terhadap Pengadilan Agama secara resmi diperkenalkan pada tahun 1882, meskipun pengadilan ini sesungguhnya telah eksis di Indonesia sejak datangnya Islam. Apa yang diusahakan oleh Belanda untuk dilakukan pada tahun 1882 tersebut adalah mengadministrasikan hukum Islam melalui lembaga peradilan.²⁷ Politik hukum Belanda dianggap sangat merugikan eksistensi hukum Islam yang muncul untuk menentang teori *receptio in*

²³ Ratno Lukito, *Pergumulan Antara Hukum Islam dan Adat di Indonesia*, Jakarta: INIS, 1998, h. 29.

²⁴ A. Qodry Azizy, *Eklektisisme Hukum Nasional, Kompetisi Antara Hukum Islam dan Hukum Umum*, Yogyakarta: Gama Media, 2004, h. 153.

²⁵ Suparman Usman, *Hukum Islam, Asas-asas dan Pengantar Studi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia*, Jakarta: Gaya Media Pratama: 2001, h. 111.

²⁶ Abdul Ghofur Anshori, *Filsafat Hukum Kewarisan Islam, Konsep Kewarisan Bilateral Hazairin*, Yogyakarta: UII Press, 2005, h. xii.

²⁷ Ratno Lukito, *Pergumulan...*, Op. Cit., h. 32.

complexu yakni teori *receptie* yang dipelopori oleh Cornelis van Vollenhoven dan Christian Snouck Hurgronje. Menurut teori *receptie*, hukum Islam tidak otomatis berlaku bagi orang Islam, hukum Islam berlaku bagi orang Islam kalau ia sudah diterima oleh dan telah menjadi hukum adat mereka. Jadi yang berlaku bukan hukum Islam, tapi hukum adat.²⁸ Dengan demikian, pada kenyataannya hukum Islam masih hidup ditengah masyarakat muslim Indonesia ketika masa penjajahan.

3) Hukum Islam Pasca Kemerdekaan

Perkembangan hukum Islam di Indonesia merupakan cikal bakal lahirnya KHI, dalam sub bahasan perkembangan hukum Islam di Indonesia secara menyeluruh tidak dijelaskan secara meluas, namun hanya potret perkembangan hukum Islam yang berhubungan dengan lahirnya KHI. Dengan diraihnya kemerdekaan dan mayoritas penduduk Indonesia beragama Islam, maka bangsa Indonesia perlu untuk memberlakukan hukum Islam sebagai hukum positif bagi umat Islam yang dilandasi oleh nilai filosofis, yuridis, dan sosiologis bagi umat Islam Indonesia, hal ini tercermin dengan terumuskannya Undang-Undang Nomor 32 Tahun 1954 tentang Penetapan berlakunya Undang-undang Republik Indonesia tanggal 21 November 1946 Nomor 22 Tahun 1946 tentang Pencatatan Nikah, Talak, dan Rujuk diseluruh daerah luar Jawa dan Madura, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, dan pada puncaknya pemerintah Indonesia, dengan mengejutkan banyak kalangan pemerhati, pada tanggal 29 Desember 1989, mengesahkan Undang-Undang Nomor 7 tentang Pengadilan Agama yang memunculkan perubahan paling baru tentang pengadilan agama sebagai institusi.²⁹ Lebih penting lagi, yurisdiksi dari pengadilan ini sekarang diperluas yang mencakup semua kasus dalam hukum keluarga Islam, yaitu perkawinan, perceraian, rujuk, kewarisan, wasiat, hadiah dan wakaf,³⁰ yang pada materinya membutuhkan sarana pelengkap untuk menyeragamkan penetapan ataupun keputusan bagi para hakim agama, yakni Kompilasi Hukum Islam.

²⁸ Suparman Usman, *Hukum Islam...*, *Op. Cit.*, h. 112.

²⁹ Ratno Lukito, *Pergumulan...*, *Op. Cit.*, h. 73.

³⁰ Di samping permasalahan di atas, pada era reformasi ini, pengadilan agama tidak hanya menangani perkara tersebut melainkan juga tentang sengketa bisnis syaria'ah dengan dirumuskannya Undang-undang Nomor 3 tahun 2006 tentang Perubahan atas Undang-undang Nomor 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama.

4) Wacana Signifikansi Perumusan Kompilasi Hukum Islam

Kehadiran KHI sesungguhnya merupakan respon pemerintah terhadap timbulnya berbagai keresahan di masyarakat akibat beragamnya keputusan pengadilan agama untuk kasus yang sama. Keberagaman itu merupakan konsekuensi logis dari beragamnya sumber pengambilan hukum, berupa kitab-kitab fikih yang dipakai oleh para hakim agama dalam memutuskan suatu perkara. Karena itu, muncul suatu gagasan mengenai perlunya suatu hukum positif yang dirumuskan secara sistematis sebagai landasan rujukan bagi para hakim agama sekaligus langkah awal untuk mewujudkan kodifikasi hukum nasional. Oleh karena itu, kehadiran KHI dipandang sangat efektif digunakan oleh para hakim agama, pejabat KUA, dan masyarakat sebagai sumber dan landasan hukum dalam berbagai putusan peradilan agama. Efektifitas itu terjadi karena KHI berbahasa Indonesia dan menggunakan bahasa yang jelas dan pasti untuk sebuah keputusan hukum. Ini tentu berbeda jauh dengan kitab fikih yang dahulu digunakan oleh para hakim agama, yang hanya mampu dipahami oleh orang yang memiliki kemampuan bahasa Arab yang baik dan juga materi hukum Islam kitab fikih selalu menyediakan banyak alternatif hukum yang membuat para hakim merasa tidak pasti.³¹

Implementasi hukum Islam bagi umat Islam menimbulkan pemahaman yang berbeda. Hukum Islam yang diterapkan di Pengadilan Agama “cenderung simpang siur disebabkan oleh perbedaan pendapat para ulama dalam hampir setiap persoalan”. Di samping itu masih terdapat adanya kerancuan dalam memahami fikih, yang dipandang sebagai hukum yang harus diberlakukan, bukan sebagai pendapat (doktrin, fatwa) ulama yang dijadikan bahan pertimbangan dalam menetapkan hukum. Pada saat itulah dirasakan harus adanya keseragaman pemahaman dan kejelasan bagi kesatuan hukum Islam yang akan dan harus dijadikan pegangan oleh para hakim di lingkungan Peradilan Agama. Keinginan untuk menyeragamkan hukum Islam itu, menimbulkan gagasan sampai terwujudnya KHI. Oleh karena “untuk dapat berlakunya hukum Islam di Indonesia, harus ada antara lain hukum yang jelas dan dapat dilaksanakan baik oleh aparat penegak hukum maupun oleh masyarakat”.³² KHI lahir dengan beberapa pertimbangan, yang antara lain: *Pertama*; Sebelum lahirnya Undang-undang nomor 1 tahun 1974 tentang

³¹ Muhammad Zain dan Mukhtar Alshodiq, *Membangun Keluarga Humanis...*, *Op. Cit.*, h. 2-3.

³² Suparman Usman, *Hukum Islam...*, *Op. Cit.*, h. 144-145.

Perkawinan, perkawinan umat Islam di Indonesia telah diatur oleh hukum agamanya, baik sebelum kemerdekaan Republik Indonesia atau sesudahnya. Hukum agama yang dimaksud disini adalah fikih munakahat, yang kalau dilihat dari materinya berasal dari mazhab Syafi'i, karena sebagian besar umat Islam di Indonesia secara nyata mengamalkan mazhab Syafi'i dalam keseluruhan amaliyah agamanya. *Kedua*; Dengan dikeluarkannya Undang-undang nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan, maka Undang-undang nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan dinyatakan berlaku untuk seluruh warga negara Indonesia yang sebagian besar beragama Islam. Dengan keluarnya Undang-undang nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan, maka berdasarkan Pasal 66, materi fikih munakahat sejauh yang telah diatur dalam Undang-undang nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan dinyatakan tidak berlaku lagi. Dengan demikian, semenjak waktu itu fikih munakahat tidak berlaku lagi sebagai hukum positif. Namun Pasal 66 itu juga mengandung arti bahwa materi fikih munakahat yang belum diatur oleh Undang-undang nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan dinyatakan masih berlaku. Masih banyak materi fikih munakahat yang selama ini dijalankan dalam mengatur perkawinan umat Islam Indonesia yang tidak diatur dalam Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan. *Ketiga*; dari sisi lain fikih munakahat itu meskipun menggunakan satu mazhab tertentu yaitu Syafi'iyah, sudah ditemukan pendapat yang berbeda dikalangan ulama syafi'iyah itu sendiri. Apalagi kalau diperluas keluar mazhab syafi'i hampir dalam seluruh materinya terdapat pandangan ulama yang berbeda. Mengeluarkan pendapat yang berbeda dalam fatwa masih dimungkinkan, namun memutuskan perkara dengan pendapat yang berbeda sangat menyulitkan dan menyebabkan ketidakpastian hukum.

Dari pertimbangan tersebut, sebagai upaya mempositifkan hukum Islam Indonesia, yang bertujuan untuk kepastian hukum, maka upaya perumusan KHI dilakukan dengan berdasarkan sumber hukum Indonesia dan dengan melalui beberapa jalur untuk merumuskannya dalam bentuk yuridis. Adapun jalur-jalur perumusan KHI tersebut adalah sebagai berikut: *Pertama*; Pengumpulan data melalui penelaahan atau pengkajian kitab-kitab yang ada kaitannya dengan materi kompilasi. Penelaahan kitab-kitab ini dilakukan oleh tujuh Perguruan Tinggi Keagamaan Islam Negeri.³³ *Kedua*; Pengumpulan data

³³ IAIN Syarif Hidayatullah Jakarta, IAIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, IAIN Sunan Ampel Surabaya, IAIN Ar Raniry Banda Aceh, IAIN Antasari Banjarmasin, IAIN Alaudin Ujung Pandang, IAIN Imam Bonjol Padang.

melalui wawancara dengan para ulama yang pelaksanaannya dilakukan oleh 10 Pengadilan Tinggi Agama. *Ketiga*; Pengumpulan data melalui perbandingan dengan hukum yang berlaku di beberapa negara Islam, yaitu Maroko, Turki, dan Mesir. *Keempat*; Setelah terhimpun data melalui tiga jalur tersebut, kemudian diolah oleh Tim yang kemudian menghasilkan konsep KHI.³⁴

Konsep KHI tersebut kemudian dibahas oleh para ulama dan cendekiawan muslim dalam loka karya yang diadakan pada tanggal 2 s.d Februari 1998 di Jakarta. Hasil loka karya tersebut kemudian disampaikan oleh Menteri Agama R.I kepada Presiden untuk memperoleh bentuk yuridis dalam pelaksanaannya. Kemudian pada tanggal 10 Juni 1991 keluarlah Intruksi Presiden Nomor 1 tahun 1991 yang memuat intruksi kepada Menteri Agama R.I untuk menyebarluaskan KHI sebagaimana yang telah diterima baik oleh para ulama Indonesia pada loka karya tahun 1988. Untuk melaksanakan intruksi Presiden Nomor 1 tahun 1991 tersebut, pada tanggal 22 Juli 1991 Menteri Agama R.I mengeluarkan Keputusan Menteri Agama R.I Nomor 154 tahun 1991 yang menyerukan kepada seluruh instansi Departemen Agama dan instansi pemerintah lainnya yang terkait agar menyebarluaskan KHI tersebut dan sedapat mungkin menerapkannya di samping perundang-undangan lainnya. Sejak dikeluarkannya instruksi Presiden dan Keputusan Menteri Agama tersebut berarti KHI telah memperoleh kekuatan dan bentuk yuridis untuk digunakan dalam praktik Peradilan Agama, atau oleh instansi pemerintah lainnya dan masyarakat yang memerlukan dalam menyelesaikan masalah-masalah dalam bidang yang telah diatur oleh KHI tersebut.³⁵

Eksistensi Kompilasi Hukum Islam: Dari Sebuah Gagasan Menuju Kesepakatan

Sejak awal kemerdekaan Indonesia, para tokoh hukum Islam berusaha untuk mengkonstruksi kembali pemahaman baru terhadap hukum Islam yang diderivikasikan dari nilai-nilai lokal masyarakat Indonesia. Ide-ide yang muncul di seputar reformasi hukum Islam yang diajukan oleh Hazairin dan Hasbie Ash-Shiddiqie dapat disebut sebagai contoh dari gerakan ini, pada kenyataannya gerakan ini telah muncul sebelum kemerdekaan Republik Indonesia; karena pada awal tahun 1940, Hasbi Ash-Shiddiqie telah mempromosikan konsep “fikih Indonesia”. Pikiran Shiddiqie ini pada waktu itu memang kurang mendapatkan

³⁴ Suparman Usman, *Hukum Islam...*, Op. Cit., h. 148. bandingkan dengan Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam...*, Op. Cit., h. 296-297, Abdurrahman, *Kompilasi Hukum Islam...*, Op. Cit., h. 37-38, dan Cik Hasan Bisi, *Pilar-pilar Penelitian Hukum Islam...*, Op. Cit., h. 142-143.

³⁵ *Ibid.*, h. 149.

respon dari pada cendekiawan Muslim lainnya, yang barangkali disebabkan oleh bentuk formulasi idenya yang masih lemah.³⁶ Dalam pandangan Hasbi, fikih yang dikembangkan oleh orang Islam Indonesia selama ini tidak lain adalah fikih 'ijāzī, yang terbentuk atas dasar adat istiadat dan 'urf yang berlaku di Hijaz, atau fikih Misrī yaitu fikih yang terbentuk atas dasar adat istiadat dan kebiasaan Mesir, atau bahkan *fiqh Hindī*, yaitu fikih yang terbentuk atas dasar 'urf dan adat istiadat yang berlaku di India.³⁷ Dengan demikian, karakteristik yang khusus dari masyarakat Islam Indonesia, menurutnya, dikesampingkan, karena fikih asing tersebut dipaksakan penerapannya ke dalam komunitas lokal atas dasar taklid.

Untuk membentuk fikih baru ala Indonesia, diperlukan kesadaran dan kearifan yang tinggi dari banyak pihak, terutama ketika harus melewati langkah pertama, yaitu melakukan refleksi historis atas pemikiran hukum Islam pada masa awal perkembangannya. Perspektif ini mengajarkan bahwa hukum Islam dapat berjalan dengan baik jika sesuai dengan kesadaran hukum masyarakat. Yakni, hukum yang dibentuk oleh keadaan lingkungan, atau dengan kebudayaan dan tradisi setempat, bukan dengan memaksakan format hukum Islam yang terbangun dan satu konteks tertentu kepada konteks ruang dan waktu yang jauh berbeda. Dengan demikian, pembentukan fikih Indonesia harus mempertimbangkan 'urf yang berkembang di Indonesia.³⁸ Hal ini kemudian mencapai puncaknya dengan terumuskannya hukum Islam dalam bentuk perundang-undangan ataupun dibawahnya, yang salah satunya adalah Kompilasi Hukum Islam. Di samping Hasbi yang menggagas bentuk fikih Indonesia sesudah kemerdekaan, Hazairin³⁹ merupakan orang yang pertama kali mengajukan usul untuk menciptakan suatu mazhab baru dalam hukum Islam yang difokuskan pada kebutuhan yang partikular dari masyarakat Indonesia. Hazairin mengatakan bahwa bangsa Indonesia akan bahagia apabila hukum yang diterapkan di Indonesia adalah syariat agama, atau sekurang-kurangnya adalah hukum yang tidak bertentangan dengan syariat agama.⁴⁰ Hazairin dikenal sebagai tokoh yang memberikan kontribusi besar dalam perkembangan eksistensi hukum Islam di Indonesia, seperti usahanya untuk menolak teori *receptie* (yang berusaha mengusur hukum Islam) secara santer dan kemudian melahirkan teori

³⁶ Ratno Lukito, *Pergumulan...*, Op. Cit., h. 75-76.

³⁷ Hasbi Ash-Shiddiqie, *Syariat Islam Menjawab Tantangan Zaman*, Yogyakarta: IAIN Al Djami'ah Al Islamijah Al Hukumijah, 1961, h. 42.

³⁸ *Ibid.*, 67-68.

³⁹ Salah satu pemikiran Hazairin yang bercorak hukum Islam Indonesia dalam hal kewarisan adalah, pemikiran tentang konsep waris yang dikehendaki oleh al-Qur'an adalah bilateral, dan hal ini ketika dikontekskan ke dalam kewarisan di Indonesia, bahwasannya hukum kewarisan Jawa yang bercorak Patrilineal (sebagaimana tradisi arab) dan sistem kewarisan Minangkabau yang bercorak matrilineal merupakan suatu sistem yang merupakan sarana pembentuk sistem kewarisan bilateral di Indonesia. Hazairin, *Hendak Kemana Hukum Islam?*, Jakarta: Tintamas, 1976, h. 13.

⁴⁰ Abdul Ghofur Anshori, *Filsafat Hukum Kewarisan Islam, Konsep Kewarisan Bilateral Hazairin*, Yogyakarta: UII Press, 2005, h. 70.

receptie exit. Hal ini pada akhirnya berpengaruh signifikan dalam perumusan KHI, khususnya dalam Buku II KHI tentang Hukum Kewarisan. Implikasi lebih jauh dari pemikiran Hasbi dan Hazairin ini, sebagaimana dikatakan banyak kalangan, adalah dijadikannya kedua pola pemikiran mereka sebagai pondasi pembentukan KHI di Indonesia. Dari sini dapat dikatakan bahwa dalam konteks pembaruan pemikiran hukum Islam di Indonesia, KHI merupakan realisasi gagasan “fikih Indonesia” Hasbi dan “mazhab Indonesia” Hazairin.

Hermeneutika Hukum Atas Kompilasi Hukum Islam

Tafsir hukum pada dasarnya lahir dilatar belakangi oleh hermeneutika, yang secara harfiah mempunyai makna *the arts of understanding*.⁴¹ Sedangkan hermeneutika hukum secara spesifik mempunyai makna ajaran filsafat mengenai hal mengerti/ memahami sesuatu, atau sebuah metode interpretasi (penafsiran) terhadap teks. Kata “sesuatu/teks” yang dimaksudkan di sini, bisa berupa teks hukum, peristiwa hukum, fakta hukum, dokumen resmi negara, naskah-naskah kuno, ayat-ayat *ahkam* dalam kitab suci, ataupun berupa pendapat dan hasil ijtihad para ahli hukum (doktrin). Metode dan teknik menafsirkannya dilakukan secara holistik dalam bingkai keterkaitan antara teks, konteks, dan kontekstualisasi.⁴² Jadi, hermeneutika hukum dapat dipahami sebagai metode interpretasi teks hukum atau metode memahami terhadap suatu naskah normatif ataupun yuridis.⁴³

Adapun hermeneutika hukum yang dikaji dalam tulisan ini adalah hermeneutikanya Fazlur Rahman untuk memahami “*living law*”, yakni perpaduan antara pendekatan historis sebagaimana dalam ungkapan beliau, “hadis (sesuatu) harus diinterpretasikan dengan menggunakan perspektif historis yang benar dan pentingnya nilai yang terdapat pada konteks historisnya”,⁴⁴ dan memadukannya dengan pendekatan sosiologis, yakni pendekatan yang menegaskan bahwasannya institusi sosial merupakan sektor dan pernyataan penting dalam Islam untuk menemukan dan menciptakan keadilan hukum dalam nilai-nilai Islam.⁴⁵ Dan dari perpaduan tersebut Rahman mengisyaratkan adanya penafsiran situasional, yakni memahami teks nabi kemudian memahami latar belakang (sejarah) situasional kondisi masyarakat pada periode nabi, termasuk sebab-sebab munculnya hadis,

⁴¹ Noeng Muhadjir, *Filsafat Ilmu Kualitatif dan Kuantitatif untuk Pengembangan Ilmu dan Penelitian*, edisi III (Revisi), Yogyakarta: Rake Sarasin, 2006, h. 154.

⁴² Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum, Teori Penemuan Hukum Baru dengan Interpretasi Teks*, Yogyakarta: UII Press, 2005, h. 45.

⁴³ Ahmad Rifa'i, *Penemuan Hukum Oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif*, Jakarta: Sinar Grafika, 2010, h. 88.

⁴⁴ Fazlur Rahman, *Islamic Methodology in History*, Islamabad: Islamic Research Institute, 1976, h. 78.

⁴⁵ *Ibid.*, h. 189.

kemudian dipadukan dengan memahami petunjuk yang relevan⁴⁶ untuk masa sekarang. Dengan demikian, langkah hermeneutika hukum tersebut dapat diterapkan dalam menyelami nilai-nilai yang terkandung pada Pasal 211 KHI.

1. Sejarah dan Landasan Normatif Pasal 211 Kompilasi Hukum Islam

Dalam ilmu tafsir peristiwa-peristiwa yang menyebabkan turunnya wahyu itu disebut *asbāb al-nuzūl* atau sebab mengapa turun wahyu. Mengetahui secara benar *asbāb al-nuzūl* sangat penting untuk dapat memahami ayat-ayat yang turun karenanya, dan agar penafsiran tidak keluar dari konteksnya.⁴⁷ Demikian pula untuk memahami Pasal 211 KHI penting untuk mengetahui sebab mengapa dirumuskannya pasal tersebut. Karena pada dasarnya ketika melihat substansi aturan dari pasal tersebut, memiliki keterkaitan dengan Islam, yang mana Islam harus pula dilihat dari perspektif sejarah yang selalu berubah, berkembang, dan perkembangan respon dari generasi muslim secara mendalam untuk dapat melihat realita dan arti kehidupan manusia.⁴⁸

Dalam perkembangan kehidupan masyarakat yang selalu berubah dan berkembang muncul berbagai praktik yang tidak selalu utuh berpegang pada hukum kewarisan saja untuk membagi harta warisan. Hal ini dapat terlihat dengan praktik kewarisan pada masyarakat yang cenderung tidak mengikuti kaidah 2: 1 dengan alasan keadilan yang didasarkan pada peranan antara laki-laki dengan perempuan, sebagaimana banyaknya perempuan yang di era sekarang ini menjadi tulang punggung keluarga, seperti di masyarakat Surakarta, khususnya di kalangan pengusaha batik, tulang punggung keluarga adalah istri.⁴⁹ Dan terdapat cukup banyak ulama Indonesia yang enggan mengikuti hukum waris Islam, tetapi juga tidak mau dikatakan melanggar *farāi*. Mereka mencari jalan keluar dengan membagikan kekayaan kepada anak-anak mereka dengan bagian sama besar antara anak laki-laki dan perempuan semasa mereka hidup sebagai hibah.⁵⁰

Ahmad Azhar Basyir merespon persoalan di atas, yakni relevansi *'urf* dengan al-Qur`an atau hadis, menjelaskan bahwasannya syarat daripada suatu *'urf* dapat dijadikan sebagai suatu sumber hukum ijthadiyyah salah

⁴⁶ *Ibid.*, h. 80.

⁴⁷ Munawir Sjadzali, *Ijtihad Kemanusiaan...*, Op. Cit., h. 43.

⁴⁸ Charles J. Adams, "Islamic Religious Tradition" dalam Leonard Binder (ed.), *The Study of the Middle East: Research and Scholarship in the Humanities and the Social Sciences*, Canada: John Wiley and Sons, 1976, h. 31.

⁴⁹ Munawir Sjadzali, *Ijtihad Kemanusiaan...*, Op. Cit., h. 8.

⁵⁰ *Ibid.*, h. 62.

satunya adalah apabila *'urf* tersebut tidak bertentangan dengan nash (al-Qur'an ataupun hadis). Oleh karena itu, untuk menilai apakah sesuatu *'urf* bertentangan dengan nash atau tidak, perlu diadakan pengkajian dengan seksama. Sebab ada kemungkinan, sesuatu *'urf* sepintas terlihat bertentangan dengan nash, tetapi setelah dihadapkan kepada berbagai nash dalam beberapa seginya, ternyata dapat diadakan pendekatan antara *'urf* yang berlaku dengan ketentuan nash yang ada, tanpa memperlihatkan adanya pertentangan yang tidak dapat dipertemukan.⁵¹

2. Nilai-Nilai Hukum dalam Pasal 211 Kompilasi Hukum Islam

Pada dasarnya pembentukan aturan tidak akan terlepas dari nilai-nilai hukum yang melatar belakangnya. Gustav Radbruch, sebagaimana yang dikutip oleh Satjipto Rahardjo, berpendapat bahwa hukum itu bertumpu pada tiga nilai dasar, yaitu kepastian, keadilan, dan kemanfaatan. Kendatipun ketiganya selalu ada dan mendasari kehidupan hukum, tetapi tidak berarti, bahwa ketiganya selalu berada dalam keadaan dan hubungan yang harmonis.⁵² Oleh karena itu, perumusan pasal 211 KHI merupakan cerminan untuk mencoba mengharmoniskan ketiga nilai dasar tersebut (kepastian, keadilan, dan kemanfaatan) dalam suatu praktik yang dilakukan oleh masyarakat serta tidak melupakan nilai dasar ketakwaan terhadap ajaran Tuhan yang tertuang di dalam *nash*.

a. Kepastian Hukum

Salah satu pertimbangan perumusan Pasal 211 KHI adalah dengan menggunakan metode modifikasi dan ketegasan kepastian untuk keseragaman bagi masyarakat ataupun penegak hukum. Cara ini ditempuh dalam menyeragamkan praktik hibah dengan cara dicatatkan, cara ini pun sesuai dengan tuntutan zaman dan juga kebutuhan masyarakat “modern” yang cenderung untuk memperoleh kepastian hukum di dalam suatu wadah institusi negara. Hubungan lebih jauh antara kepastian hukum dengan “hibah” secara Islam—yang sesungguhnya tidak mengharuskan keberadaan akta hibah yang dibuat oleh pejabat berwenang, atau prosedur pencatatan demi mendapatkan legalitas di dalam instansi negara—dengan

⁵¹ Ahmad Azhar Basyir, *Hukum Adat Bagi Umat Islam*, Yogyakarta: Nur Cahaya, 1983, h. 31.

⁵² Satjipto Raharjo, *Biarkan Hukum Mengalir, Catatan Kritis tentang Pergulatan Manusia dan Hukum*, Jakarta: Kompas, 2008, h. 80-81. Lihat pula dalam Satjipto Raharjo, *Ilmu Hukum*, cet. ke-6, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2006, h. 19. Di samping ketiga nilai tersebut, pemberlakuan suatu peraturan hukum dapat berlaku di dalam kehidupan masyarakat bilamana memenuhi unsur keabsahannya, yaitu absah secara filosofis, absah secara sosiologis, dan absah secara yuridis. Abdul Ghofur Anshori, *Filsafat Hukum Kewarisan Islam...*, *Op. Cit.*, h. 3.

merujuk Q.S Al Baqarah (2): 228, memunculkan wacana bahwasannya pemberian atau hibah, baik hibah yang dianggap sebagai murni pemberian ataupun hibah yang kemudian dianggap sebagai pengganti waris, dalam pelaksanaannya harus melalui pencatatan yang sah atau diakui oleh negara demi terealisasikan kepastian hukum, mengingat masyarakat pada saat itu banyak mempraktikkan sikap mendua, seperti apabila menyelesaikan kewarisan di Pengadilan Agama dan berakhir pada ketidakpuasan, maka kemudian mengajukan permasalahan kepada Pengadilan Negeri. Oleh karena itu, Pasal 211 KHI ketika ditinjau dari paradigma kepastian hukum, memberikan angin segar terhadap praktik pengoperan harta dari orang tua untuk anaknya dengan cara hibah yang kemudian bisa dianggap sebagai pengganti waris ketika orang tua (pewaris) telah meninggal dunia.

b. Kemanfaatan Hukum

Kemanfaatan memiliki kesamaan arti dengan kegunaan dan kemaslahatan. Dalam pembentukan hukum tidak akan terlepas dari wacana nilai kemanfaatan yang terkandung di dalam penetapan atau perumusan suatu aturan yang disusun, karena pada dasarnya kemanfaatan merupakan nilai dasar yang menjadi tujuan hukum. Menurut aliran utilitarianisme, bahwa tujuan hukum satu-satunya adalah untuk mencapai kemanfaatan. Hukum yang baik adalah hukum yang membawa kemanfaatan, kemanfaatan disini dapat juga diartikan sebagai kebahagiaan. Hukum sudah dapat dikategorikan baik apabila mampu memberikan kebahagiaan terbesar dari masyarakat.⁵³ Hal inilah yang menjadi salah satu potret tujuan hukum nasional, yang di dalamnya mencakup pula pembentukan “rumusan” pasal-pasal yang diundangkan dalam sistematisasi peraturan perundang-undangan di Indonesia, yang dalam hal ini KHI, khususnya Pasal 211 KHI.

Di antara manfaat yang terkandung pada Pasal 211 KHI adalah sebagai berikut: *Pertama*; Dengan adanya sistem waris secara hibah, di Indonesia sebagai negara *rechtstaat*, maka si penerima waris dengan hibah tersebut dapat memiliki bukti otentik kepemilikan harta yang telah diwariskan, sehingga dapat menghindarkan dari konflik permasalahan perebutan hak waris. *Kedua*; Sebagaimana dikemukakan di depan (lihat dalam latar

⁵³ Secy Hul Hadi Permono, “Relevansi Filsafat Hukum Nasional dan Filsafat Hukum Islam (dalam Proses Pembangunan Hukum Nasional)”, *AULA*, No. 12 Tahun XIX (Desember 1997), h. 61.

belakang masalah), maka perebutan harta warisan oleh para ahli waris dapat dihindari. *Ketiga*; Pembagian waris akan di dapatkan secara merata, yakni anak perempuan pun bisa mendapat waris yang sesuai dengan haknya. Tidak ada lagi alasan karena perempuan, maka bagiannya lebih sedikit ataupun tidak memperoleh harta warisan.

c. Keadilan Hukum

Salah satu prinsip utama dalam hukum Islam adalah prinsip keadilan, yang menyangkut berbagai aspek hubungan, baik hubungan antar individu, hubungan dalam keluarga, serta hubungan dalam masyarakat atau negara.⁵⁴ Pada dasarnya keadilan yang mutlak hanya terdapat pada syari'ah yang di dasarkan pada wahyu,⁵⁵ sebagaimana yang termaktub dalam al-Qur'an surat asy-Syura (42): 17 bahwa keniscayaan masyarakat untuk menegakkan keadilan merupakan *sunnatullah*⁵⁶ yang terealisasikan dalam usaha manusia untuk mencari kemaslahatan bersama dengan merumuskan keadilan bagi kehidupan mereka. Hal ini sesuai dengan pandangan bahwa tujuan *syāri'* menetapkan hukum adalah untuk kemaslahatan manusia. Relevansi lebih jauh kemaslahatan manusia terhadap Pasal 211 KHI, bahwa Pasal 211 KHI merupakan sebagian cerminan dari hukum Islam yang telah dipositivisasikan ke dalam hukum positif untuk mengayomi kehidupan masyarakat muslim di Indonesia yang mempunyai kebudayaan unik di dalam masalah pembagian warisnya. Hal tersebut sesuai dengan pernyataan Wael B. Hallaq sebagaimana berikut:

*Tidak ada keraguan bahwa hukum Islam saat ini merupakan landasan yang signifikan dalam penegakan kembali identitas syariah (Islam), tidak hanya sebagai bahan hukum positif, tetapi juga, yang lebih penting sebagai dasar dari suatu keunikan budaya. Sesungguhnya, banyak orang muslim saat ini, bahwa dalam kehidupan mereka dengan hukum Islam tidak hanya sebatas dalam masalah hukum, tetapi juga dalam masalah psikologi.*⁵⁷

Dengan demikian, hukum Islam merupakan cerminan keunikan budaya dan sebagiannya tertuang dalam hukum positif di Indonesia.

⁵⁴ M. Karsayuda, *Perkawinan Beda Agama, Menakar Nilai-nilai Keadilan Kompilasi Hukum Islam...*, Op.Cit., h. 51.

⁵⁵ Muhammad Muslehuddin, *Filsafat Hukum Islam dan Pemikiran Orientalis; Studi Perbandingan Sistem Hukum Islam*, cet. ke-2, Yogyakarta: Tiara Wacana, 1997, h. 79.

⁵⁶ *Sunnatullah* adalah gejala kehidupan manusia sebagai makhluk sosial, yang memiliki karakteristik individual dan kolektif, yang terikat oleh hukum Allah. Dalam Cik Hasan Bisi, *Pilar-Pilar Penelitian Hukum Islam dan Pranata Sosial...* Op.Cit., h. 8.

⁵⁷ Wael B. Hallaq, *The Origins and Evolution of Islamic Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, h. 1.

Oleh karena itu, keadilan hukum pun harus disesuaikan dengan apa yang dipraktikkan oleh masyarakat dengan tidak melepaskan aspek legalitas hukum Islam itu sendiri. Pasal 211 KHI tersebut merupakan tindakan inovasi hukum yang berawal dari implikasi tidak terpenuhinya rasa keadilan dan kekhawatiran tidak terciptanya kemaslahatan jika ayat 17 dari surat an-Nisā' benar-benar diterapkan. Hal ini disebabkan dengan berubahnya kedudukan dan peran perempuan di dalam masyarakat, sehingga nilai dan ukuran keadilan itu turut berubah, dalam masyarakat pada inovasi hukumnya terlihat, misalnya, suatu tindakan *pre-emptive* yang dilakukan kalangan masyarakat muslim yang membagi harta warisan mereka, sebelum tiba waktunya, atau membagikannya dalam bentuk hibah yang baru berlaku ketika pewaris telah meninggal dunia.⁵⁸ Hal ini lah (faktor keadilan) yang melatar belakangi terumuskannya pasal 211 KHI. Bagi penulis, rumusan KHI, khususnya Pasal 211 KHI tersebut merupakan suatu bentuk pembaharuan dan kreasi hukum Indonesia ketika berhadapan dengan realitas sosial dan kultural sebagai hukum yang hidup (*living law*) di masyarakat. Jadi, dapat ditarik suatu kesimpulan bahwa Pasal 211 KHI tersebut memiliki muatan yang bertendensi untuk mendistribusikan keadilan bagi para ahli waris, baik yang memuat pendistribusian keadilan ekonomi ataupun untuk menjaga perdamaian di antara anak-anaknya (pewaris). Hal ini sesuai dengan asas hukum kewarisan Islam, yaitu asas keadilan berimbang.⁵⁹

Relevansi Pasal 211 Kompilasi Hukum Islam terhadap Penegakan Hukum Islam di Indonesia

Telah banyak pemikiran tentang bagaimana melaksanakan hukum Islam (syari'ah) dalam konteks perubahan-perubahan sosial yang selalu terjadi dalam suatu masyarakat. Bahkan perubahan-perubahan masyarakat itu semakin hari semakin cepat terjadi. Ilmu dan teknologi telah menjadikan dunia kita semakin menciut dalam berbagai bidang pengaruh mempengaruhi. Semua perubahan itu

⁵⁸ Mahsun Fuad, *Hukum Islam Indonesia...*, Op. Cit., h. 210.

⁵⁹ Asas keadilan berimbang dalam pembagian harta waris Islam memiliki arti bahwa secara mendasar dapat dikatakan perbedaan gender tidak menentukan hak kewarisan dalam Islam. Artinya sebagaimana pria, wanitaupun mendapat hak yang sama kuat untuk mendapatkan warisan. Dalam Amir Syarifuddin, *Hukum Kewarisan Islam...*, Op. Cit., h. 24. H. M Idris Ramulyo menegaskan bahwa semua bentuk hubungan keperdataan berdasar adil dan berimbang dalam hak dan kewajiban, untung dan rugi. Hubungan keperdataan yang mengandung unsur penganiayaan, penindasan keadilan, dan penipuan tidak dibenarkan. Asas keadilan berimbang dalam hukum kewarisan Islam, secara sadar dapat dikatakan bahwa laki-laki maupun perempuan sama-sama berhak tampil sebagai ahli waris yang mewarisi harta peninggalan. H.M Idris Ramulyo, *Perbandingan Hukum Kewarisan Islam...*, Op. Cit., h. 94.

harus diantisipasi oleh hukum Islam, Ilmu hukum Islam itu tidak dapat berdiam diri kalau hukum Islam itu menghendaki berlaku di masyarakat. Hukum itu sendiri akan berlaku apabila telah berlaku bagi suatu masyarakat tertentu dan telah ditetapkan oleh penguasa masyarakat.⁶⁰ Dengan keberadaan hukum positif, baik dalam bentuk perundang-undangan ataupun peraturan perundang-undangan yang mempunyai substansi hukum Islam dalam muatan materilnya, maka hal tersebut merupakan suatu upaya penegakan hukum Islam dan masyarakat muslim pun dituntut untuk mentaatinya.

Dilihat dari sudut hukum Islam, undang-undang dan peraturan perundang-undangan sebagai “positivisasi” hukum Islam kedalam hukum nasional telah menolong menetapkan secara tertulis apa yang selama ini, terutama pada masa-masa terakhir ini, memang telah berkembang dalam masyarakat Islam Indonesia. Dengan demikian, maka keluaranya peraturan tersebut tidak berbeda dengan apa yang berkembang dalam masyarakat dan hukum Islam sendiri.⁶¹ Di samping itu, wacana dalam pembaharuan Islam sebagai hasil kajian ulang terhadap dialektika hidup adalah suatu proses yang wajar dan alami. Setiap kali menghadapi tantangan baru, maka orang Islam akan meninjau kembali paham keagamaannya,⁶² yang salah satunya adalah upaya memaksimalkan hukum Islam sebagai bagian dari hukum nasional Indonesia.

Perkembangan dan perubahan kebutuhan masyarakat dapat dikatakan sebagai dampak untuk merumuskan Pasal 211 KHI sebagai wadah dari perubahan perpaduan antara teks dengan konteks. Hal ini seiring dengan pernyataan Ratno Lukito, bahwa pendekatan modern terhadap hukum Islam di Indonesia terletak pada usaha memastikan hukum agama untuk mengakomodasi dan beradaptasi dengan hukum sekuler, terutama substansi ajaran hukum yang didasarkan pada konsep hukum masyarakat pribumi, yaitu hukum adat. Oleh karena itu, beberapa ketentuan dalam hukum kewarisan Islam banyak mengakomodasi ajaran hukum adat,⁶³ sebagaimana yang terdapat pada Pasal 211 KHI. Integrasi merupakan usaha penyatuan menjadi satu kesatuan yang utuh.⁶⁴ Dalam wacana ilmu hukum, khususnya hukum di Indonesia, integrasi hukum dapat dimaknai sebagai usaha menyatukan hukum sekuler (Barat), hukum Islam, dan hukum adat dalam satu

⁶⁰ C.S.T. Cansil, *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*, Jakarta: Balai Pustaka, 1989, h. 169.

⁶¹ Sayuti Thalib, *Hukum Kekeluargaan Indonesia*, cet. ke-5, Jakarta: UI-Press, 1986, h. 45.

⁶² Jalaluddin Rahmat, “Kaya Informasi, Miskin Metodologi”, *Pesantren: Berkala Kajian dan Pengembangan*, No. 1/Vol. VII 1989, h. 56.

⁶³ Ratno Lukito, *Tradisi Hukum Indonesia*, Yogyakarta: Teras, 2008, h. 146.

⁶⁴ Ach. Maulana, dkk., *Kamus Ilmiah Populer Lengkap... Op. Cit.*, h. 173.

wadah, yakni hukum nasional. Hal ini tidak terlepas dari perkembangan hukum di Indonesia yang menyatakan bahwa sistem hukum yang pernah berlaku di dalam kehidupan masyarakat Indonesia mencakup sistem hukum adat, sistem hukum Islam dan sistem hukum sekuler (Barat, yang dipelopori oleh Belanda). Maka, setelah Indonesia merdeka, sebagai konsekuensinya dalam pembinaan hukum nasional diperlukan usaha dalam menyeimbangkan antara ketiga sumber hukum tersebut yang direalisasikan dengan upaya integrasi hukum.

KESIMPULAN

Telaah hukum pada Pasal 211 KHI tentang hibah orang tua kepada anak sebagai pengganti waris pada prinsipnya adalah membuka akses keadilan. Meskipun dalam klausul normatif dinyatakan bahwa warisan hanya diberikan kepada ahli waris melalui jalur yang benar. Pembagian harta hibah sebagai pengganti waris kepada anak dilatarbelakangi atas perkembangan hukum Islam di Indonesia, potret hukum Islam tidak terlepas dari wacana pembaharuan hukum Islam menuju hukum keadilan. KHI lahir sebagai unifikasi hukum Islam di Peradilan Agama oleh sebagian golongan dianggap sebagai *ijma'* nasional dan fikih Indonesia, juga merupakan salah satu pembaharuan hukum Islam yang memuat beragam improvisasi hukum keluarga Islam sebagaimana yang termuat pada buku kedua, yakni tentang hukum kewarisan, yang di dalamnya termuat pula lembaga hibah. Perumusan Pasal 211 KHI tersebut tidak terlepas dari kajian sejarah dan nilai-nilai hukum yang termuat Pasal 211 KHI mempunyai relevansi terhadap perkembangan hukum di Indonesia berupa integrasi konsep keadilan hukum dan kemanfaatan hukum sehingga mampu memberikan wadah bagi masyarakat Indonesia.

Sedangkan wacana integrasi hukum yang terdapat pada Pasal 211 KHI lahir sebagai upaya penegakan hukum di Indonesia mencakup integrasi konsep keadilan hukum waris, ketertiban serta kemanfaatan hukum. Hal ini tampak jelas bahwa integrasi konsep keadilan distributif, keadilan kumulatif, dan konsep keadilan Islam dipadukan dengan berbagai ajaran Islam untuk menghindari nilai ketidakadilan dalam pembagian harta waris. Sehingga, pemberian hibah kepada anak oleh orang tua sebagai pengganti ahli waris yang telah menjadi tradisi sebagai fenomena aksi dari berbagai konsep keadilan tersebut menjadi acuan standar untuk merumuskan Pasal 211 KHI.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- A. Qodry Azizy, 2004, *Eklektisisme Hukum Nasional, Kompetisi Antara Hukum Islam dan Hukum Umum*, Yogyakarta: Gama Media.
- Abdul Ghofur Anshari, 2005, *Hukum Kewarisan Islam di Indonesia, Eksistensi dan Adaptabilitas*, Yogyakarta: Ekonisia.
- _____, 2005, *Filsafat Hukum Kewarisan Islam, Konsep Kewarisan Bilateral Hazairin*, Yogyakarta: UII Press
- Abdurrahman, 1992, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: Akademika Pressindo
- Agussalim Sitompul, 2008, *Usaha-usaha Mendirikan Negara Islam dan Pelaksanaan Syariat Islam di Indonesia*, Jakarta: CV. Misaka Galiza.
- Ahmad Azhar Basyir, 1987, *Hukum Adat Bagi Umat Islam*, Yogyakarta: Nur Cahaya.
- _____, 1999, "Hukum Islam Indonesia dari Masa ke Masa", dalam Dadan Muttaqien, dkk, (ed.), *Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia*, edisi revisi, Yogyakarta: UII-Press
- Ahmad Rifa'i, 2010, *Penemuan Hukum Oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Ali Afandi, 1986, *Hukum Waris, Hukum Keluarga, Hukum Pembuktian; Menurut Kitab Undang-undang Perdata (BW)*, Jakarta: Bina Aksara.
- Amir Syarifuddin, 2004, *Hukum Kewarisan Islam*, Jakarta: Kencana.
- C.S.T. Cansil, 1989, *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*, Jakarta: Balai Pustaka.
- Cik Hasan Bisri, 2004, *Pilar-pilar Penelitian Hukum Islam dan Pranata Sosial*, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada.
- Charles J. Adams, 1976 "Islamic Religious Tradition" dalam Leonard Binder (ed.), *The Study of the Middle East: Research and Scholarship in the Humanities and the Social Sciences*, Canada: John Wiley and Sons.
- Fazlur Rahman, 1976, *Islamic Methodology in History*, Islamabad: Islamic Research Institute.

- Hasbi Ash-Shiddieqy, 1961, *Syariat Islam Menjawab Tantangan Zaman*, Yogyakarta: IAIN Al Djami'ah Al Islamijah Al Hukumijah.
- Hazairin, 1976, *Hendak Kemana Hukum Islam?*, Jakarta: Tintamas.
- Jaih Mubarak, 2005, *Ijtihad Kemanusiaan di Indonesia*, Bandung: Pustaka Bani Quraisy.
- Jalālu al-ddin bin 'Abdi ar-Rahman bin Abu Bakar al- Suyūt, t.t., *al-Asybah wa al-Nahair fi al-furu'*, Semarang: Toha Putera
- Jalaluddin Rahmat, 1989, "Kaya Informasi, Miskin Metodologi", *Pesantren: Berkala Kajian dan Pengembangan*, No. 1/Vol. VI, 1-225.
- Jazim Hamidi, 2005, *Hermeneutika Hukum, Teori Penemuan Hukum Baru dengan Interpretasi Teks*, Yogyakarta: UII Press.
- Khoiruddin Nasution, 2007, *Hukum Keluarga (Perdata) Islam Indonesia*, Yogyakarta: Tazzafa & ACAdemia.
- _____, 2007, *Pengantar Studi Islam*, Yogyakarta: ACAdemia dan TAZZAFa.
- M. Karsayuda, 2006, *Perkawinan Beda Agama, Menakar Nilai-nilai Keadilan Kompilasi Hukum Islam*, Yogyakarta: Total Media.
- Mahsun Fuad, 2005, *Hukum Islam Indonesia, Dari Nalar Partisipatoris Hingga Emansipatoris*, Yogyakarta: LKiS.
- Maulana, Achmad, dkk., 2003, *Kamus Ilmiah Populer Lengkap*, Yogyakarta: Absolut.
- Mohammad Daud Ali, 2004, *Hukum Islam, Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada.
- Muhammad Muslehuddin, 1997, *Filsafat Hukum Islam dan Pemikiran Orientalis; Studi Perbandingan Sistem Hukum Islam*, cet. ke-2, Yogyakarta: Tiara Wacana.
- Muhammad Zain, dan Mukhtar Alshodiq, 2005, *Membangun Keluarga Humanis, Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam yang Kontroversial Itu!*, Jakarta: Grahacipta.
- Munawir Sjadzali, 1997, *Ijtihad Kemanusiaan*, Jakarta: Paramadina.
- Noeng Muhadjir, 2006, *Filsafat Ilmu, Kualitatif dan Kuantitatif untuk Pengembangan Ilmu dan Penelitian*, edisi III (Revisi), Yogyakarta: Rake Sarasin.

Nurcholish Madjid, 2007, "Islam di Indonesia dan Potensinya Sebagai Sumber Substansiasi Ideologi dan Etos Nasional", dalam Nurcholish Madjid, dkk., *Islam Universal*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar.

Ratno Lukito, 1998, *Pergumulan Antara Hukum Islam dan Adat di Indonesia*, Jakarta: INIS.

_____, 2008, *Tradisi Hukum Indonesia*, Yogyakarta: Teras.

Satjipto Rahardjo, 2006, *Ilmu Hukum*, cet. ke-6, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti.

_____, 2007, *Biarkan Hukum Mengalir, Catatan Kritis Tentang Pergulatan Manusia dan Hukum*, Jakarta: PT Kompas Media Nusantara.

Sayuti Thalib, 1986, *Hukum Kekeluargaan Indonesia*, cet. ke-5, Jakarta: UI-Press.

Secy Hul Hadi Permono, 1997, "Relevansi Filsafat Hukum Nasional dan Filsafat Hukum Islam (dalam Proses Pembangunan Hukum Nasional)", *AULA*, No. 12 Tahun XIX, Desember, 1-222.

Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa, 1988, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta: Balai Pustaka Depdikbud.

Suparman Usman, 2001, *Hukum Islam, Asas-asas dan Pengantar Studi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia*, Jakarta: Gaya Media Pratama.

Wael B. Hallaq, 2005, *The Origins and Evolution of Islamic Law*, Cambridge: Cambridge University Press.

Wahjosumidjo, 1985, *Kepemimpinan dan Motivasi*, Jakarta: Ghalia Indonesia.

Undang-Undang

Kompilasi Hukum Islam, 1999, Jakarta : Logos Wacana Ilmu.

Undang-undang Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974, 2000, cet.ke-4, Jakarta : Sinar Grafika.

Prinsip Konstitusi Ekonomi dalam Privatisasi Badan Usaha Milik Negara

The Economic Constitutional Principles in Privatization of State Owned Enterprises

Josephin Mareta

Badan Penelitian dan Pengembangan Hukum dan HAM

Jalan H.R Rasuna Said Kavling 4-5 Jakarta Selatan

E-mail: josephin@gmail.com

Naskah diterima: 12/04/2017 revisi: 10/01/2018 disetujui: 19/02/2018

Abstrak

Salah satu kekuatan ekonomi nasional yang perlu ditingkatkan produktivitas dan efisiensinya adalah BUMN dikarenakan kinerja BUMN yang dinilai belum memuaskan dan masih terdapatnya birokrasi yang menyebabkan profesionalisme BUMN menjadi rendah. Privatisasi yang dilakukan sebagai upaya meningkatkan efisiensi BUMN menyebabkan berkurangnya kontrol dan proteksi negara terhadap badan-badan usaha yang menyentuh sektor publik. Tulisan ini memberikan analisis terhadap pelaksanaan privatisasi BUMN di Indonesia dan penerapan prinsip konstitusi ekonomi dalam kebijakan privatisasi BUMN di Indonesia. Dari analisis yang ada, penulis menyimpulkan bahwa privatisasi menjadi salah satu kebijakan yang dilakukan oleh pemerintah untuk menyelesaikan masalah strategis pada BUMN yang dinilai dari kinerja keuangan dan kinerja non keuangan berupa terwujudnya manajemen yang profesional dan transparan sesuai prinsip tata kelola perusahaan yang baik. Pemaknaan terhadap hak menguasai negara adalah negara melakukan pengaturan, pengurusan dan pengolahan, serta pengawasan sehingga negara dapat menyerahkan pengelolaannya pada pihak swasta dengan pengawasan pemerintah.

Kata Kunci: Konstitusi Ekonomi, Privatisasi, Badan Usaha Milik Negara

Abstract

One of the strengths of the national economy which need to be improved is state-owned enterprises because its performances are rated unsatisfactory and still have a bureaucracy that led to its professionalism below. Privatization as an effort to improve the efficiency of state-owned enterprises reduced the state control and protection against business entities in public sector. This paper provided an analysis of the implementation of the privatization of state-owned enterprises and the application of economic constitutional principles in the privatization of state-owned enterprises in Indonesia. The writer concluded that privatization has become the policy to solve strategic problems of state-owned enterprises assessed by financial performance and non-financial performance is realized by professional management and transparent according to the principles of good corporate governance. Meanings of the right of the state to control are the state make the arrangement, processing, and supervision so that the state can submit the management to the private with government supervision.

Keywords: *Economic Constitutional, Privatization, State Owned Enterprises*

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Pembangunan perekonomian nasional berorientasi pada komitmen konstitusional sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 33 ayat (1), (2), (3), dan (4) Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945). Pasal 33 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tersebut telah secara jelas menyatakan cabang-cabang produksi yang penting, bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya dikuasai oleh Negara. Frasa atau konsep dalam kedua ayat tersebut yang perlu dijelaskan adalah frasa mengenai “cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak” serta frasa “dikuasai oleh negara”.

Apabila dikaitkan dengan konsep negara kesejahteraan dan fungsi negara menurut W. Friedmann maka hak penguasaan negara yang dinyatakan dalam Pasal 33 UUD 1945 memposisikan negara sebagai pengatur dan penjamin kesejahteraan rakyat. Fungsi negara itu tidak dapat dipisahkan satu dengan lainnya, artinya melepaskan suatu bidang usaha atas sumber daya alam kepada koperasi, swasta harus disertai dengan bentuk-bentuk pengaturan dan pengawasan yang bersifat

khusus, karena itu kewajiban mewujudkan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat tetap dapat dikendalikan oleh negara.¹

Upaya negara melalui pembentukan perusahaan negara yang dikenal dengan istilah BUMN dikarenakan adanya suatu anggapan yang sama bahwa selalu ada sektor atau bidang yang dianggap penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak serta dinilai vital dan strategis sehingga hal tersebut tidak begitu saja diserahkan pengelolaannya atau penyelenggaraannya kepada usaha swasta. Hal tersebut semakin diperjelas dengan gagalnya penerapan sistem ekonomi pasar melalui mekanisme pasar bebas yang gagal (*market failure*) untuk mengendalikan perekonomian masyarakat sehingga memerlukan keikutsertaan negara untuk mengatasinya.²

Dalam sistem perekonomian, Badan Usaha Milik Negara (BUMN) memegang beberapa peranan yaitu sebagai penghasil barang dan/ atau jasa yang diperlukan dalam rangka mewujudkan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat, sebagai pelayanan publik, penyeimbang kekuatan-kekuatan swasta besar, dan turut membantu pengembangan usaha kecil atau koperasi. BUMN juga merupakan salah satu sumber penerimaan negara yang signifikan dalam bentuk berbagai jenis pajak, dividen dan hasil privatisasi. Tolak ukur kesuksesan BUMN dilihat dari seberapa besar peranannya dalam memberikan kontribusi bagi pembangunan nasional.

Dalam kenyataannya, meskipun BUMN telah mencapai tujuan awal sebagai agen pembangunan dan pendorong terciptanya korporasi, tujuan tersebut dicapai dengan biaya yang relatif tinggi. Kinerja BUMN dinilai belum memuaskan dan masih terdapatnya birokrasi yang menyebabkan profesionalisme menjadi rendah. BUMN dinilai belum memiliki kesiapan berkompetisi dalam persaingan bisnis secara global sehingga perlu ditingkatkan produktivitas dan efisiensinya.

Dalam upaya meningkatkan efisiensi BUMN dilakukan model dengan mengundang pihak swasta untuk ikut serta memiliki saham di dalam BUMN sehingga persoalan pengelolaan dapat dikelola secara rasional karena BUMN akan mengoptimalkan tingkat keuntungan yang diharapkan dari investasinya. Dengan cara inilah diharapkan masalah inefisiensi dari perusahaan BUMN dapat dipecahkan. Sampai dengan awal tahun 1997an, upaya ini pada dasarnya telah diperkenalkan dengan perusahaan untuk menjual sebagian sahamnya hingga 35%

¹ J. Ronald Mawuntu, "Konsep Penguasaan negara berdasarkan Pasal 33 UUD 1945 dan Putusan Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Hukum Universitas Sam Ratulangi*, Volume XX, Nomor 3, April-Juni 2012, h. 17.

² Aminuddin Ilmar, *Hak Menguasai Negara dalam Privatisasi BUMN*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2012, h. 19.

sebagai upaya memperbaiki efisiensi BUMN melalui kontrol swasta. Di tahun 1991, pemerintah telah menjual 35% saham PT. Semen Gresik kemudian dilanjutkan pada tahun 1994 dengan penjualan 35% saham PT. Indosat. Pada tahun 1995, pemerintah menjual 35% saham PT. Tambang Timah dan 23% saham PT. Telkom kemudian di tahun 1996, saham PT. Bank Negara Indonesia didevestasi 25% dan pada tahun 1997, saham PT. Aneka Tambang dijual sebanyak 35%.³

Privatisasi merupakan alat dan cara pembenahan BUMN untuk meningkatkan kinerja dan nilai tambah perusahaan. Terdapat beberapa tujuan dilakukannya privatisasi BUMN (Pasal 74 Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2003 tentang BUMN), yaitu: 1) memperluas kepemilikan masyarakat atas Persero; 2) meningkatkan efisiensi dan produktivitas perusahaan; 3) menciptakan struktur keuangan dan manajemen keuangan yang baik/kuat; 4) menciptakan struktur industri yang sehat dan kompetitif; 5) menciptakan Persero yang berdaya saing dan berorientasi global; 6) menumbuhkan iklim usaha, ekonomi makro, dan kapasitas pasar.

Pemerintah menetapkan kebijakan tentang privatisasi BUMN melalui penetapan Peraturan Pemerintah Nomor 33 Tahun 2005 tentang Tata Cara Privatisasi Perusahaan Perseroan sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Pemerintah Nomor 59 Tahun 2009. Pada penjelasannya, peraturan pemerintah ini menyebutkan bahwa privatisasi dilaksanakan berdasarkan pemikiran yang menyejajarkan peran strategis BUMN dengan kemajuan ekonomi nasional. Dikemukakan bahwa sejalan dengan makin meningkatnya pelaksanaan pembangunan dan hasil-hasil yang dicapai, produktivitas dan efisiensi seluruh kekuatan ekonomi nasional perlu ditingkatkan lagi sehingga peran dan sumbangannya dalam pembangunan dapat memberikan hasil optimal bagi peningkatan kesejahteraan masyarakat.⁴

Sejalan dengan hal tersebut dan mengacu pada Pasal 33 UUD 1945, tersirat bahwa poin utama dari perekonomian Indonesia adalah kesejahteraan rakyat. Di sinilah peran konstitusi ekonomi, yaitu sebagai pemandu pengelolaan BUMN supaya dapat memaksimalkan kesejahteraan rakyat. BUMN harus dapat beroperasi dengan efektif dan efisien, sehingga dapat menyediakan produk-produk vital yang berkualitas dengan harga yang terjangkau bagi rakyat.

Meskipun demikian, dengan adanya kekuatan modal swasta menjadikan posisi negara tidak lagi dominan dalam melakukan kontrol dan proteksi terhadap

³ M. Syaf'ie, "Sistemiknya Privatisasi Badan Usaha Milik Negara dan Sumber Daya Alam di Indonesia", *Jurnal Mahkamah*, volume 1, Nomor. 1, Juni 2016, h. 70.

⁴ Rianto Nugroho dan Randy R. Wrihatnolo, *Manajemen Privatisasi BUMN*, Jakarta: PT. Elex Media Komputindo, 2008.

badan-badan usaha yang menyentuh sektor publik. Privatisasi BUMN telah mengakibatkan adanya perubahan di dalam status hukum kelembagaan dan keuangan BUMN. Dalam status hukum kelembagaannya, BUMN yang diprivatisasi telah mengalami perubahan tujuan operasional dari *non-profit oriented* menjadi *profit oriented*. BUMN yang diprivatisasi telah mengalami perubahan status hukum kelembagaannya dari badan hukum publik menjadi badan hukum privat, sedangkan dari status hukum keuangannya mengakibatkan adanya perubahan dari keuangan negara menjadi keuangan privat. Sebagai contoh, privatisasi PT. Indosat berdampak negatif pada hilangnya sumber dana yang dihasilkan oleh PT. Indosat karena PT. Indosat merupakan salah satu BUMN sehat yang memberikan pemasukan besar kepada negara.

Dengan privatisasi susunan pemilikan saham berubah sehingga dapat mempengaruhi kebijakan perusahaan. Perubahan pemilik saham ini menyebabkan pelayanan kepada masyarakat menjadi berorientasi pada keuntungan tidak lagi berasaskan kekeluargaan seperti yang diamanatkan dalam Pasal 33 UUD 1945 khususnya di sektor yang menguasai hajat hidup orang banyak. Berbagai undang-undang yang terkait erat dengan perekonomian nasional pun telah diajukan ke Mahkamah Konstitusi (MK) untuk diuji konstitusionalitasnya. Dalam perkara-perkara tersebut, para pemohon mengajukan penolakan terhadap upaya pemerintah dalam melakukan privatisasi terhadap cabang-cabang produksi atau penggunaan Sumber Daya Alam (SDA), dan upaya pemerintah dalam memberikan peran yang lebih aktif kepada sektor usaha privat yang dinilai bertentangan dengan Pasal 33 UUD 1945.

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang di atas, maka tulisan ini akan menganalisis dua permasalahan: *Pertama*, bagaimanakah pelaksanaan privatisasi BUMN di Indonesia? *Kedua*, bagaimanakah prinsip konstitusi ekonomi dalam kebijakan privatisasi BUMN di Indonesia?

PEMBAHASAN

A. Pelaksanaan Privatisasi BUMN di Indonesia

Pemerintah Indonesia mendirikan BUMN dengan dua tujuan utama, yaitu tujuan yang bersifat ekonomi dan tujuan yang bersifat sosial. Dalam tujuan yang

bersifat ekonomi, BUMN dimaksudkan untuk mengelola sektor-sektor bisnis strategis supaya tidak dikuasai oleh pihak-pihak tertentu. Bidang-bidang usaha yang menyangkut hajat hidup orang banyak, sebagaimana diamanatkan dalam pasal 33 UUD 1945, seharusnya dikuasai oleh BUMN. Tujuan BUMN yang bersifat sosial antara lain dapat dicapai melalui penciptaan lapangan kerja serta upaya untuk membangkitkan perekonomian lokal. Upaya tersebut dicapai dengan jalan mengikut-sertakan masyarakat sebagai mitra kerja dalam mendukung kelancaran proses kegiatan usaha. Hal ini sejalan dengan kebijakan pemerintah untuk memberdayakan usaha kecil, menengah dan koperasi yang berada di sekitar lokasi BUMN. Dengan adanya BUMN diharapkan dapat terjadi peningkatan kesejahteraan masyarakat, terutama masyarakat yang berada di sekitar lokasi BUMN.

Masalah strategis dari sisi BUMN sebagai korporasi yang pertama adalah masih rendahnya produktivitas aset yang disebabkan antara lain masih rendahnya utilisasi aset atau kapasitas aset. Masalah kedua adalah masih rendahnya profit margin atau laba disebabkan antara lain masih tingginya biaya *overhead*, masih tingginya biaya produksi, serta masih rendahnya tingkat penjualan atau pendapatan terkait dengan kualitas, daya saing produk, tingkat pelayanan dan penanganan pemasaran. Masalah ketiga adalah struktur keuangan dan modal yang tidak atau kurang memadai disebabkan antara lain banyaknya BUMN yang tidak *bankable*, kemampuan yang terlalu kecil untuk mendapatkan pendanaan untuk keperluan pengembangan, masih rendahnya tingkat pertumbuhan dan laba sehingga kurang menunjang dalam melakukan pemupukan modal untuk berkembang, ekuitas perusahaan yang masih rendah, masih banyak BUMN yang memiliki piutang bermasalah dalam jumlah yang besar sehingga menyulitkan perusahaan untuk meningkatkan pendapatan, sebagian besar BUMN memiliki hutang RDI yang cukup besar dan banyak di antaranya yang restrukturisasi keuangannya belum selesai.

Masalah keempat yaitu belum terimplementasikannya prinsip-prinsip *Good Corporate Governance* di sebagian besar BUMN. Pengelolaan BUMN masih cenderung mengikuti pengelolaan perusahaan yang dijalankan secara birokratis sebagaimana *legacy* pengelolaan badan usaha di bawah departemen teknis di masa lampau. Terkait dengan hal ini adalah masih perlu ditingkatkannya kualitas dan efektivitas manajemen. Hal ini disebabkan antara lain kualitas manajemen yang relatif rendah, sehingga tidak secara cepat dan tepat menyelesaikan berbagai permasalahan strategis yang dihadapi, sistem rekrutmen manajemen yang masih perlu ditingkatkan, sistem *reward and punishment* yang masih perlu diperbaiki,

serta praktik korupsi kolusi dan nepotisme (KKN) di masa lalu yang pengaruhnya masih terasa hingga saat ini. Masalah kelima adalah masih belum seimbangannya antara kualitas dan kuantitas SDM dikarenakan antara lain *overstaffing* dan pola rekrutmen yang masih perlu diperbaiki, masih perlu ditingkatkannya efektivitas sistem *career path planning* dan *reward and punishment*, masih perlu ditingkatkannya efektivitas sistem pendidikan dan pengembangan SDM, serta mekanisme pengukuran kinerja yang belum secara spesifik terkait dengan sistem karir maupun kompensasi yang diterima.⁵

Butler menyatakan bahwa privatisasi adalah pergantian fungsi dari sektor publik menuju sektor swasta baik secara keseluruhan maupun sebagian. Sebenarnya asumsi dasar penyerahan pengelolaan pelayanan publik kepada sektor swasta adalah peningkatan efisiensi penggunaan sumber daya. Privatisasi akan mengembalikan mekanisme pasar sehingga memungkinkan terjadinya efisiensi ekonomi. Tujuan privatisasi BUMN di Indonesia sebagaimana dikemukakan oleh Tanri Abeng yang pertama adalah menciptakan transparansi. Dengan masuknya unsur swasta baik lokal maupun asing maka secara otomatis BUMN yang bersangkutan harus membuka laporannya. Kedua adalah meraih akses ke pasar internasional melalui pemilihan mitra strategis yang bagus.⁶

Makna privatisasi adalah perubahan peran pemerintah dari pemilik dan pelaksana menjadi sebagai regulator dan promotor. Dengan kata lain kepemilikan pemerintah pada badan-badan usaha perlu dikurangi sampai pada posisi yang minoritas. Pelepasan kepemilikan pemerintah tersebut lebih diprioritaskan untuk BUMN-BUMN yang berada pada pasar kompetitif dan atau bukan melakukan tugas-tugas pelayanan dasar yang penting.⁷ Privatisasi juga dinyatakan sebagai salah satu kebijakan strategis yang dilakukan oleh manajemen BUMN untuk meningkatkan efisiensi pengelolaan BUMN. Pelaksanaan privatisasi diharapkan dapat menciptakan *good corporate governance* di lingkungan BUMN sekaligus juga mewujudkan *good governance* di sektor publik.

Privatisasi dilakukan dengan menggunakan salah satu dari beragam metode privatisasi, yaitu penjualan saham berdasarkan ketentuan dan regulasi pasar modal dan penjualan saham langsung kepada investor strategis atau *strategic sale*

⁵ Sofyan A. Djalil, "Strategi dan Kebijakan Pemberdayaan Badan Usaha Milik Negara", http://www.setneg.go.id/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=730, diunduh 12 April 2017.

⁶ Aminuddin Ilmar, *Op. Cit.*, h.129.

⁷ Mahmud M. Yasin, "The theory and practice of benchmarking: then and now", *Benchmarking: An International Journal*, Volume 9, Issue 3, 2002, h. 4.

(SS) (Pasal 78 UU BUMN). Masing-masing metode tersebut memiliki kriteria yang berbeda-beda. Kriteria bagi perusahaan BUMN yang akan diprivatisasi dengan metode penjualan saham melalui pasar modal adalah perusahaan BUMN yang berada dalam sektor yang kompetitif, mengalami pertumbuhan beberapa tahun terakhir, dan memiliki trend pertumbuhan ke depan serta diminati oleh investor publik, mampu membukukan keuntungan (*profitable*) dan memiliki prospek usaha yang baik di masa mendatang, memiliki produk/jasa unggulan, membutuhkan investasi modal yang besar untuk pengembangan usaha, memiliki kompetensi baik teknis, manajemen dan jaringan pemasaran yang memadai dan memenuhi persyaratan peraturan Badan Pengawas Pasar Modal dan Bursa Efek.

Penjualan saham langsung kepada investor strategis atau *Strategic Sale* (SS) dapat dilakukan terhadap perusahaan BUMN yang memenuhi kriteria antara lain sangat memerlukan bantuan dan keahlian (*know-how dan expertise*) dari mitra strategis dalam aspek-aspek tertentu seperti operasional dan teknis, inovasi dan pengembangan produk, manajemen, pemasaran, aplikasi teknologi, dan kemampuan pendanaan. Kriteria lain adalah perusahaan BUMN tersebut membutuhkan dana yang besar namun menghadapi keterbatasan dana dari Pemerintah (selaku *shareholder*), dari pinjaman bank biasa terkait dengan tingkat *leverage*, dan/atau kesulitan menarik dana dari pasar modal karena terdapat beberapa peraturan pasar modal yang tidak bisa dipenuhi. Di samping itu terdapat kebutuhan untuk mendorong lebih lanjut pengelolaan dan pengembangan sebagian aset atau kegiatan operasionalnya yang dapat dipisahkan untuk dikerjasamakan dengan mitra strategis. Dalam hal ini pengurangan kepemilikan Negara menjadi sekedar pemegang saham minoritas tidak bertentangan dengan regulasi mengingat perusahaan BUMN tersebut pada dasarnya beroperasi pada sektor yang tidak kritikal atau strategis bagi kepentingan Pemerintah dan kepentingan masyarakat pada umumnya.⁸

Penjualan saham berdasarkan ketentuan dan regulasi pasar modal adalah penjualan saham melalui penawaran umum (*Initial Public Offering* (IPO)/ *go public*), penerbitan obligasi konversi, dan efek lain yang bersifat ekuitas. Dalam IPO, transparansi publik lebih nyata karena pemerintah harus mempublikasikan prospek BUMN yang akan diprivatisasi sehingga dapat diketahui oleh masyarakat. Melalui metode ini, optimalisasi nilai hasil jual saham BUMN yang diprivatisasi akan lebih terjamin karena pada penawaran saham perdana, pemerintahlah yang

⁸ Sofyan Djallil, *Op. Cit.*, h. 9.

menentukan kisaran harga saham dan kisaran jumlah saham yang dijual. Selain itu, metode ini memberikan kesempatan luas kepada masyarakat untuk turut serta dalam kepemilikan saham BUMN yang akan diprivatisasi.⁹

Dalam perspektif kebijakan publik, maksud dilakukannya privatisasi adalah sebagai:¹⁰

1. Kebijakan fiskal (*fiscal management*), yaitu dalam rangka pemerintah mengalami kesulitan merencanakan anggaran belanja dan pendapatan masing-masing BUMN yang selama ini dibiayai pemerintah. Arus transaksi antar-BUMN yang dipengaruhi pemerintah dipandang terlalu rumit dan menjadi tidak efisien;
2. Demokratisasi kepemilikan (*creating a share-owning democracy*), yaitu untuk membangun perekonomian yang demokratis, pemerintah dapat melibatkan pihak swasta untuk secara aktif turut serta dalam proses pembangunan;
3. Mengurangi dominasi kelompok pengusaha (*reducing trade union power*), yaitu mengurangi dominasi pasar yang selama ini dikuasai pengusaha atau beberapa lembaga yang ditunjuk pemerintah;
4. Menghapuskan sosialisme dan kolektivisme (*defeating socialism and collectivism*), yaitu sebagai salah satu kebijakan publik yang ditujukan untuk mengurangi dominasi negara terhadap publik.

Pada saat dibentuknya UUD 1945 khususnya Pasal 33, terdapat orientasi filosofis yang salah satunya adalah agar negara atau pemerintah mengambil peran aktif dengan cara membentuk badan usaha yang disebut BUMN. Negara diharapkan mendominasi peran terhadap segala aspek kebijakan ekonomi dan hukum untuk menstabilisasi kondisi pembangunan Indonesia. Selama Pasal 33 tetap tertera di konstitusi UUD 1945, negara masih tetap akan mengambil peran dalam kegiatan ekonomi.¹¹

Pada pelaksanaannya, privatisasi BUMN selalu menimbulkan pro dan kontra. Dalam IPO BUMN Krakatau Steel dikatakan bahwa industri yang dijalankan Krakatau Steel dipandang sebagai industri strategis, dimana sesuai Pasal 33 UUD Tahun 1945 harus dikuasai secara penuh oleh negara. Terhadap alasan ini maka perlu melihat kembali makna cabang-cabang produksi yang penting bagi negara

⁹ Jusmaliani, *Optimalisasi Program Privatisasi*, Jakarta: Penelitian Ekonomi LIPI, 2003, h. 40-41.

¹⁰ Riant Nugroho dan Randy R Wrihatnolo, *Op. Cit.*, h. 69-70.

¹¹ Mufarrijul Ikhwani, "Reevaluasi Strategi Kebijakan Pemerintah Indonesia tentang Privatisasi BUMN di Indonesia", *Jurnal Ilmu Hukum Rechtsidee*, Volume 9, Nomor 2, Desember 2014, h. 171.

dan yang menguasai hajat hidup orang banyak pada Pasal 33 ayat (2) dan ayat (3) UUD Tahun 1945.

Alasan bahwa industri “produsen baja” merupakan salah satu industri strategis yang tidak dapat dilakukan privatisasi memiliki kaitan yang erat dengan ketentuan Pasal 77 UU BUMN yang mengatur kriteria Perusahaan Perseroan (Persero) yang tidak dapat diprivatisasi yaitu: 1) Persero yang bidang usahanya berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan hanya boleh dikelola oleh BUMN; 2) Persero yang bergerak di sektor usaha yang berkaitan dengan pertahanan dan keamanan negara; 3) Persero yang bergerak di sektor tertentu yang oleh pemerintah diberikan tugas khusus untuk melaksanakan kegiatan tertentu yang berkaitan dengan kepentingan masyarakat; 4) Persero yang bergerak di bidang usaha SDA yang secara tegas berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan dilarang untuk diprivatisasi. Ketentuan Pasal 77 UU BUMN ini diatur lebih lanjut dalam Pasal 9 Peraturan Pemerintah Nomor 33 Tahun 2005 tentang Tata Cara Privatisasi Persero, namun pengaturan lebih lanjut dalam Peraturan Pemerintah ini belum memberikan penjelasan lebih detil mengenai bidang usaha Persero apa saja yang tidak dapat dilakukan privatisasi.

Pemaknaan cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak yang dikuasai oleh negara, menurut MK dalam putusan perkara uji materiil Undang-Undang tentang Minyak dan Gas Bumi, tergantung pada dinamika perkembangan kondisi kekayaan masing-masing cabang produksi. Penetapannya diserahkan kepada pemerintah bersama lembaga perwakilan rakyat untuk menilai apa dan kapan suatu cabang produksi itu dinilai penting bagi negara dan/atau menguasai hajat hidup orang banyak. Cabang produksi yang pada suatu waktu penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak, pada waktu yang lain dapat berubah menjadi tidak penting bagi negara dan/atau tidak lagi menguasai hajat hidup orang banyak.¹²

Dalam perkara Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 tentang Ketenagalistrikan, MK telah mengabulkan sebagian permohonan terkait Pasal 10 ayat (2) serta Pasal 11 ayat (1) Undang-Undang Ketenagalistrikan. Menurut MK, kedua pasal tersebut membuka kemungkinan bahwa pelaksanaan usaha penyediaan tenaga listrik dilakukan secara terpisah-pisah (*unbundling*) dan membuka kemungkinan hilangnya prinsip penguasaan oleh negara dalam penyediaan tenaga listrik untuk

¹² Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Perkara Nomor: 002/PUU-I/2003.

masyarakat. Putusan MK tersebut menjadi rambu pengingat agar kebijakan di sektor ketenagalistrikan senantiasa mengacu pada UUD tahun 1945 dan bertujuan menyejahterakan rakyat.¹³

MK menghapus keberadaan seluruh pasal dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air (UU SDA) yang dianggap belum menjamin pembatasan pengelolaan air oleh pihak swasta, sehingga dinilai bertentangan UUD 1945. Meskipun keterlibatan swasta dijamin dalam UU SDA dan putusan MK Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Nomor 008/PUU-III/2005 yang mengakui peran swasta dan telah mewajibkan pemerintah memenuhi hak atas air sebagai kebutuhan pokok, di luar hak guna air. Namun, penafsiran MK itu telah diselewengkan secara normatif yang berdampak teknis pada pelaksanaannya. Dalam Pasal 1 angka 9 Peraturan Pemerintah Nomor 16 Tahun 2005 tentang Pengembangan Sistem Penyediaan Air Minum (SPAM) menyebutkan penyelenggara pengembangan SPAM adalah BUMN/BUMN, koperasi, badan usaha swasta, atau kelompok masyarakat. Padahal, Pasal 40 ayat (2) UU SDA menyatakan pengembangan SPAM adalah tanggung jawab pemerintah pusat atau pemerintah daerah. Dalam pertimbangannya, MK menyatakan air sebagai unsur yang menguasai hajat hidup orang banyak sesuai Pasal 33 ayat (2) dan ayat (3) haruslah dikuasai negara. Sehingga, dalam pengusahaan air harus terdapat pembatasan ketat sebagai upaya menjaga kelestarian dan ketersediaan air bagi kehidupan.¹⁴

Kinerja BUMN hasil privatisasi menjadi hal yang paling disoroti setelah diterapkannya kebijakan tersebut, baik kinerja keuangan maupun non keuangan. Kinerja keuangan dapat dilihat dan diproyeksikan melalui rasio keuangan dalam laporan keuangan, sedangkan kinerja non keuangan dapat dilihat dari perubahan budaya perusahaan dan perwujudan *good corporate governance (Transparency, Accountability, Responsibility, Independency dan Fairness)*. Sebagai contoh, salah satu sektor yang menarik untuk diteliti mengenai keberhasilan privatisasi adalah sektor perbankan. Hingga saat ini perbankan masih menjadi sektor andalan bagi BUMN yang menyumbangkan laba terbesar yaitu lebih dari 60% dari total laba yang dihasilkan keseluruhan BUMN. Dalam industri perbankan terdapat empat bank yang telah mengalami privatisasi yaitu PT. Bank Negara Indonesia, PT. Bank Mandiri, PT. Bank Rakyat Indonesia, dan PT. Bank Tabungan Negara. Tiga dari

¹³ Iwan Supriyatna, Pasca-putusan MK, Program Prioritas Ketenagalistrikan Tetap Berjalan, <http://bisniskeuangan.kompas.com/read/2016/12/16/110000926/pasca-putusan.mk.program.prioritas.ketenagalistrikan.tetap.berjalan>, diunduh 1 April 2017.

¹⁴ MK Batalkan UU Sumber Daya Air Pengelolaan SDA harus diserahkan pada BUMN maupun BUMD, <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt54e4bd8e5dc0a/mk-batalkan-uu-sumber-daya-air>, diunduh 1 April 2017.

empat bank yang telah diprivatisasi masuk dalam kategori sepuluh emiten dengan kapitalisasi terbesar di Bursa Efek Indonesia.¹⁵

B. Prinsip Konstitusi Ekonomi dalam Kebijakan Privatisasi di Indonesia

Konstitusi menurut Jimly Asshiddiqie, adalah perjanjian, konsensus, atau kesepakatan tertinggi dalam kegiatan bernegara. Kesepakatan adalah hukum bagi siapa saja yang mengikatkan diri di dalamnya. Demikian pula konstitusi sebagai kesepakatan tertinggi, tentunya memiliki daya paksa yang juga bersifat tinggi.¹⁶

Negara sosialis pertama yang menyusun konstitusi tertulis dengan menuangkan ketentuan pasal-pasal kebijakan ekonomi di dalamnya adalah Jerman yaitu dalam konstitusi Weimar di tahun 1918. Sesudah Jerman, ide pemuatan pasal-pasal kebijakan ekonomi dalam naskah undang-undang dasar ini terjadi dengan konstitusi Uni Soviet di tahun 1919. Sejak itu, setiap negara komunis lahir atau setiap pemerintahan komunis terbentuk, naskah konstitusinya memuat ketentuan mengenai kebijakan perekonomian negara. Model konstitusi inilah yang dinamakan konstitusi ekonomi yang pada mulanya berkembang sebagai fenomena sosialisme tetapi kemudian diterapkan secara luas oleh semua negara komunis.¹⁷

Konstitusi ekonomi adalah konstitusi yang mengatur mengenai pilihan-pilihan kebijakan ekonomi dan anutan prinsip-prinsip tertentu di bidang hak-hak ekonomi. UUD 1945 dikatakan sebagai konstitusi ekonomi karena mengatur ketentuan mengenai kebijakan ekonomi seperti yang tercantum dalam Pasal 33 UUD 1945. Hasil amandemen paska reformasi atas UUD 1945, Bab XIV yang semula hanya, "Kesejahteraan Sosial" direvisi menjadi "Perekonomian Nasional dan Kesejahteraan Sosial" dimana memuat dua Pasal, yaitu Pasal 33 dan Pasal 34 beserta penyempurnaan ayat-ayatnya. Alinea IV Pembukaan UUD 1945 yang berisi prinsip-prinsip dasar Pancasila dan Tujuan Bernegara secara tidak langsung juga mengandung gagasan mengenai kesejahteraan sosial dan ekonomi.

Bab XIV yang berisi Pasal 33 dan Pasal 34 UUD 1945 setelah amandemen pada tahun 2002 tidak saja mengandung gagasan tentang kesejahteraan sosial dan haluan-haluan ekonomi yang berorientasi kesejahteraan sosial tetapi secara eksplisit pula memuat haluan-haluan kebijakan di bidang perekonomian nasional.

¹⁵ Kinerja BUMN: Masih Kokoh di Kontruksi. Indonesia, <http://koran.bisnis.com/read/20160329/244/532233/kinerja-bum-n-masih-kokoh-di-konstruksi>, diunduh 12 April 2017.

¹⁶ Anwar Abbas, *Bung Hatta dan Ekonomi Islam*, Yogyakarta: Multi Pressindo, 2008.

¹⁷ Jimly Asshiddiqie, *Gagasan Konstitusi Sosial: Institusionalisasi dan Konstitusionalisasi Kehidupan Sosial Masyarakat Madani*, Jakarta: LP3ES, 2015, h. 64.

Penegasan mengenai aspek-aspek perekonomian dalam UUD 1945 tidak dapat dipisahkan dari jiwanya yaitu jiwa kesejahteraan sosial dan bahkan dengan cita-cita keadilan sosial sebagai sila kelima Pancasila. Semua haluan konstitusional mengenai perekonomian nasional haruslah dibaca dalam perpektif kesejahteraan sosial. Karena itu, UUD 1945 di satu sisi dapat disebut konstitusi kesejahteraan (*Welfare Constitution*) atau konstitusi kesejahteraan sosial (*Social Welfare Constitution*) tetapi juga secara eksplisit dapat disebut sebagai konstitusi ekonomi (*economic constitution*) di mana semua kebijakan di bidang perekonomian nasional diharuskan tunduk kepada norma-norma yang terkandung di dalam UUD 1945.¹⁸

Konstitusi sebagai dokumen hukum dapat menjadi sarana untuk membuka jalan, merekayasa dan mengarahkan dinamika ekonomi dalam masyarakat. Kebijakan-kebijakan ekonomi dalam konstitusi tersebut, baik yang dimuat secara eksplisit ataupun implisit, dijabarkan dalam bentuk kebijakan yang lebih operasional yang biasanya dituangkan dalam bentuk hukum tertentu, seperti undang-undang dan peraturan perundang-undangan lainnya. Semua peraturan ini berfungsi sebagai instrumen yang memacu laju perkembangan ekonomi ataupun sebaliknya membuat perekonomian menjadi mandeg. Faktor-faktor peraturan ini dalam ilmu ekonomi disebut sebagai salah satu elemen institusional dalam dinamika kebijakan ekonomi. Konstitusi ekonomi menjadi referensi atau acuan tertinggi dalam merumuskan kebijakan-kebijakan ekonomi dalam satu negara atau satu kesatuan ekonomi. Apapun kebijakan ekonomi yang dikembangkan, kebijakan itu tidak boleh bertentangan dengan konstitusi sebagai hukum dan acuan tertinggi.¹⁹

Pasal 33 ayat 1 UUD 1945 menyatakan perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan. Perekonomian disusun sebagai usaha bersama tidak lain menunjuk kepada pengertian satu sistem perekonomian nasional sebagai usaha bersama seluruh elemen rakyat Indonesia. Pengertian kebersamaan tidak hanya berkaitan dengan konsep bentuk usaha tetapi lebih jauh lagi berkaitan dengan konsep pelaku ekonomi yang tidak hanya dijalankan oleh bangun perusahaan. Pengertian pelaku ekonomi itu sendiri tidak hanya terbatas pada BUMN, perusahaan swasta dan koperasi, tetapi juga semua subyek ekonomi baik dalam kegiatan produksi, distribusi maupun konsumsi. Dengan perkataan lain, pengertian pelaku ekonomi itu mencakup baik produsen, distributor, maupun

¹⁸ *Ibid.*, h. 98.

¹⁹ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi Ekonomi*, Jakarta: PT. Kompas Media Nusantara, 2010, h. 69-70.

konsumen baik yang bersifat perorangan, kelompok, organisasi atau pun badan hukum.²⁰

Dalam kaitannya dengan bangun atau bentuk kegiatan usaha, kandungan makna “usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan” di dalam penjelasan UUD 1945, juga dikaitkan dengan pengertian mengenai bangun usaha koperasi yang dipandang paling sesuai dengan semangat yang terkandung dalam Pasal 33 UUD 1945. Dalam pengertian mikro yang dianggap paling sesuai adalah koperasi, yang artinya adalah bahwa di semua bentuk usaha koperasi, perseroan, dan atau BUMN harus selalu berjiwa korporasi yang didalamnya terdapat usaha bersama berdasarkan asas kekeluargaan.²¹ Meskipun pemilik perusahaan swasta adalah perorangan tetapi jika program *Corporate Social Responsibility* (CSR) nya berjalan baik, karyawannya turut memiliki porsi saham perusahaan (*participatory capitalism*) atau diberi kesempatan untuk mendapatkan bonus atau pun bagian dari laba perusahaan maka perusahaan itu jelas bersifat sosialis dan karena itu dapat dikatakan berjiwa koperasi sebagai usaha bersama yang berdasar atas kekeluargaan.

Sesuai dengan kinerja sosial perusahaan melalui CSR di mana di satu sisi, strategi dilakukan untuk memenuhi kewajiban hukum terhadap pemangku kepentingan. Hal ini mendorong Perseroan, sebagai BUMN, untuk melakukan pengelolaan dampak positif maupun negatif dari kegiatan operasi usaha, sesuai dengan Peraturan Menteri BUMN Nomor PER-09/MBU/7/2015 tentang Program Kemitraan dan Program Bina Lingkungan BUMN sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Menteri BUMN Nomor PER-03/MBU/12/2016. Di sisi lainnya, strategi kegiatan CSR direalisasikan melalui prinsip keterlibatan semua pemangku kepentingan (*stakeholders inclusivity*) dan pembangunan masyarakat. Dalam hal ini kegiatan CSR dilakukan untuk memenuhi kebutuhan pemangku kepentingan yang disesuaikan dengan kemampuan Perseroan, termasuk menghormati hak komunitas, mengetahui karakteristik komunitas dalam berinteraksi, mengakui ‘nilai kerja’ dalam bermitra dan berinvestasi sosial untuk menghasilkan nilai tambah bagi masyarakat.

Dana program bina lingkungan BUMN disalurkan dalam bentuk (Pasal 9 Peraturan Menteri BUMN Nomor PER-09/MBU/7/2015): 1) Bantuan korban bencana alam; 2) Bantuan pendidikan dan/atau pelatihan; 3) Bantuan peningkatan

²⁰ *Ibid.*, h. 264.

²¹ *Ibid.*, h. 265.

kesehatan; 4) Bantuan pengembangan prasarana dan/atau sarana umum; 5) Bantuan sarana ibadah; 6) Bantuan pelestarian alam. Program Kemitraan dijalankan dengan basis penguatan ekonomi lokal melalui pemberian bantuan dana pinjaman bergulir yang ditujukan untuk usaha mikro dan kecil disertai dengan pembinaan, termasuk pelatihan manajemen usaha dan promosi.

Pasal 33 ayat 2 UUD 1945 menentukan cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara. Dalam arti luas, yang dimaksud perkataan dikuasai oleh negara mencakup pengertian kepemilikan dalam arti publik sekaligus perdata termasuk pula kekuasaan dalam mengendalikan dan mengelola bidang-bidang usaha itu secara langsung oleh pemerintah atau aparat-aparat pemerintahan yang dibebani dengan tugas khusus. Pada prinsipnya pemilik usaha tersebut haruslah pemerintah sehingga jalannya perusahaan dapat dikuasai, dikendalikan, dan dapat pula dikelola sendiri oleh aparat pemerintah. Dalam perkembangannya, saham perusahaan itu dapat dijual langsung atau pun melalui pasar modal tetapi dalam jumlah yang sedemikian rupa sehingga kendali perusahaan itu tetap berada di tangan pemerintah. Hal tersebut berarti meskipun sebagian sahamnya tidak dimiliki oleh pemerintah tetapi perusahaan itu tetap dikuasai oleh pemerintah, dapat pula terjadi pada perusahaan yang sudah *go public*, saham milik pemerintah tidak mencapai 50 persen.²²

Belum terdapat pengaturan mengenai berapa besar jumlah saham yang akan diinvestasikan supaya kepemilikan saham BUMN di sektor strategis dan menguasai hajat hidup orang banyak tidak didominasi oleh investor asing. Dalam Pasal 1 ayat 2 UU BUMN disebutkan bahwa Perusahaan Persero, yang selanjutnya disebut Persero adalah BUMN yang berbentuk perseroan terbatas yang modalnya terbagi dalam saham yang seluruh atau paling sedikit 51 persen dimiliki oleh negara yang tujuan utamanya adalah mengejar keuntungan. Hal tersebut berarti pemerintah dapat melepas kepemilikan saham hingga 49% ke masyarakat, sehingga pemerintah masih memegang mayoritas saham 51% di BUMN.

Batasan kepemilikan saham oleh negara diperlukan supaya sektor-sektor badan usaha yang strategis bagi negara dan menyentuh kehidupan masyarakat, tetap terpelihara untuk keberlangsungan serta kepentingan nasional dan kesejahteraan masyarakat. Dampak positif yang dapat diambil dari adanya kepemilikan saham

²² *Ibid.*, h. 267.

yang besar oleh pemerintah adalah supaya pemerintah: 1) dapat menentukan kebijakan strategis untuk mengembangkan BUMN bersama mitra kerja dari swasta; dan 2) dapat mempertahankan aset negara yang strategis.

BUMN-BUMN di Indonesia selama ini telah berkembang menjadi suatu birokrasi atau bahkan perpanjangan tangan birokrasi pemerintahan yang kinerjanya sangat tidak efisien. Pegawainya banyak dan sebagian besar tidak produktif. Apabila dibandingkan, nampak jelas bahwa rasio jumlah karyawan dengan produktivitas usaha perusahaan BUMN sangat jauh di bawah perusahaan swasta yang bergerak di bidang usaha yang sama.²³ Melalui privatisasi, peningkatan kinerja BUMN diharapkan bukan hanya terjadi pada jangka pendek, tetapi juga pada jangka panjang.

Pertimbangan dan tujuan dari privatisasi dari setiap negara berbeda-beda, pertimbangan aspek politis yang utama dari privatisasi mencerminkan adanya kesadaran bahwa beban pemerintah sudah terlalu besar, sementara sektor swasta lebih dapat melakukan banyak hal secara efisien dan efektif dibandingkan dengan lembaga pemerintah dan kegiatan-kegiatan yang terkait bisnis. Pandangan dari sisi manajemen puncak perusahaan, tujuan privatisasi lebih ditekankan kepada manfaat terhadap pengelolaan perusahaan baik dalam jangka pendek maupun jangka panjang. Melalui privatisasi diharapkan akan dapat tercipta adanya keterbukaan pengelolaan perusahaan serta terbentuknya budaya disiplin organisasi yang tinggi disamping akan diperolehnya sumber pendanaan yang lebih murah bagi pengembangan perusahaan. Untuk itu, fokus perhatian bukan hanya difokuskan pada perspektif keuangan saja, tetapi harus lebih komprehensif dengan memperhatikan perspektif pelanggan, proses bisnis internal, pertumbuhan, dan pembelajaran.

Privatisasi BUMN yang paling strategis atau ideal diterapkan di Indonesia sangat relatif. Terdapat banyak faktor yang harus diperhatikan sebelum BUMN diprivatisasi, di antaranya : 1) tujuan dilaksanakannya privatisasi; 2) jenis BUMN yang akan diprivatisasi; 3) keadaan atau kondisi BUMN menjelang pelaksanaan privatisasi; dan 4) situasi sosial politik dan ekonomi negara dan masyarakat pada saat akan dilaksanakannya privatisasi. Dalam menentukan jenis BUMN yang dapat diprivatisasi terkait dengan tidak adanya suatu kerangka hukum yang utuh dan jelas dalam mengatur dan mengarahkan proses privatisasi BUMN khususnya yang

²³ *Ibid.*, h. 269.

berkaitan dengan batasan atau kriteria BUMN yang akan diprivatisasi apakah juga termasuk BUMN yang menyelenggarakan cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak. Tidak dikemukakan dengan jelas cabang-cabang produksi apa saja yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak sehingga dikuasai oleh negara dan tidak boleh berada di tangan perorangan atau swasta yang memperjelas batasan kegiatan dari usaha negara yang berbentuk BUMN.

Dikaitkan dengan konsep penguasaan negara khususnya penguasaan negara dalam bidang ekonomi maka dapat pula dirumuskan bahwa penguasaan oleh negara adalah suatu kewenangan atau wewenang formal yang ada pada negara dan memberikan hak kepada negara untuk bertindak baik secara aktif maupun pasif dalam bidang pemerintahan negara. Pemberian kekuasaan kepada negara berupa wewenang atau kewenangan adalah sangat penting dalam kerangka perwujudan atau pelaksanaan tujuan dari negara. Tanpa adanya penguasaan negara maka tidak mungkin tujuan negara yang telah ditetapkan dalam konstitusi atau UUD 1945 dapat diwujudkan.²⁴

Hakikat kekuasaan negara baik kekuasaan negara yang terikat maupun kekuasaan negara yang bebas tetap mempunyai batasan yakni sejauh mana kekuasaan negara itu dapat dilaksanakan atau diselenggarakan dengan berdasar pada pembatasan kekuasaan negara yang sudah diatur jelas baik dalam peraturan perundang-undangan untuk kekuasaan negara yang terikat maupun dengan melalui penerapan asas-asas hukum pemerintahan yang baik atau layak untuk kekuasaan negara yang bebas. Demikian pula untuk penguasaan negara dalam cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak harus pula didasarkan pada pembatasan yang jelas dan tegas melalui peraturan perundang-undangan atau minimal dengan penafsiran ketentuan Pasal 33 ayat 2 UUD 1945 yakni apakah penguasaan negara itu tidak sampai merugikan kepentingan rakyat atau tidak.²⁵

Hak penguasaan negara dalam Pasal 33 UUD 1945 membenarkan negara untuk mengusahakan SDA yang berkaitan dengan *public utilities* dan *public services*. Atas dasar pertimbangan filosofis semangat dasar dari perekonomian ialah usaha bersama dan kekeluargaan, strategis (kepentingan umum), politik (mencegah monopoli dan oligopoli yang merugikan perekonomian negara),

²⁴ Aminuddin Ilmar, *Op. Cit.*, h. 24.

²⁵ *Ibid.*, h. 32.

ekonomi (efisiensi dan efektifitas) dan demi kesejahteraan umum dan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Sehingga makna hak menguasai negara terhadap cabang-cabang produksi yang penting dan menguasai hajat hidup orang banyak serta terhadap SDA tidak menafikan kemungkinan perorangan atau swasta berperan asalkan lima peranan negara atau pemerintah sebagaimana tersebut masih tetap dipenuhi dan sepanjang pemerintah dan pemerintah daerah memang tidak atau belum mampu melaksanakannya.

Kekuasaan negara atas SDA bersumber dari rakyat. Negara dalam hal ini dipandang sebagai yang memiliki karakter sebagai suatu lembaga masyarakat umum sehingga kepadanya diberikan wewenang atau kekuasaan untuk mengataur, mengurus dan memelihara (mengawasi) pemanfaatan seluruh potensi SDA yang ada dalam wilayahnya secara intensif. Keterkaitan dengan hak penguasaan negara dengan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat akan mewujudkan kewajiban negara sebagai berikut:²⁶

- 1) Segala bentuk pemanfaatan (bumi dan air) serta hasil yang didapat (kekayaan alam) harus secara nyata meningkatkan kemakmuran dan kesejahteraan masyarakat
- 2) Melindungi dan menjamin segala hak-hak rakyat yang terdapat di dalam atau di atas bumi, air dan berbagai kekayaan alam tertentu yang dapat dihasilkan secara langsung atau dinikmati langsung oleh rakyat
- 3) Mencegah segala tindakan dari pihak manapun yang akan menyebabkan rakyat tidak mempunyai kesempatan atau akan kehilangan haknya dalam menikmati kekayaan alam/

Ketiga kewajiban tersebut menjelaskan segala jaminan bagi tujuan hak penguasaan negara atas SDA yang sekaligus memberikan pemahaman bahwa dalam hak penguasaan itu, negara hanya melakukan pengurusan (*bestuursdaad*) dan pengolahan (*beheersdaad*), tidak untuk melakukan tindakan yang bersifat kepemilikan (*eigensdaad*).

Menurut MK, makna dikuasai oleh negara adalah rakyat secara kolektif mandat kepada negara untuk mengadakan kebijakan (*beleid*) dan tindakan pengurusan, pengaturan (*regelendaad*), pengelolaan dan pengawasan (*toezichthoudensdaad*) untuk tujuan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. MK juga beranggapan bahwa Pasal 33 UUD 1945 juga tidak menolak ide kompetisi di antara para pelaku usaha,

²⁶ J. Ronald Mawuntu, *Op. Cit.*, h.16.

sepanjang kompetisi itu tidak meniadakan penguasaan oleh negara yang mencakup kekuasaan untuk mengatur, mengurus, mengelola, dan mengawasi cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan/atau yang menguasai hajat hidup orang banyak untuk tujuan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.²⁷

Mohammad Hatta secara tegas mengemukakan bahwa lembaga usaha yang seharusnya mendapat tempat sentral dalam sistem ekonomi Indonesia adalah koperasi. Mohammad Hatta beranggapan bahwa bangsa Indonesia lemah kedudukan ekonominya sehingga dia hanya dapat kuat dengan koperasi. Keberadaan usaha negara dalam sistem ekonomi hanya pada pengadaan pelayanan umum seperti listrik, air, dan gas atau apa yang disebut dengan *public utilities* yang merupakan bidang garapan negara ditambah dengan cabang-cabang produksi yang penting bagi negara lainnya seperti industri pokok dan tambang sehingga perlu dikuasai oleh negara. Pengertian dikuasai bukan secara otomatis dikelola langsung oleh negara atau pemerintah akan tetapi dapat menyerahkan pada pihak swasta asalkan dengan pengawasan pemerintah.²⁸

Tidak adanya keharusan bagi negara untuk menyelenggarakan cabang-cabang produksi menurut Mohammad Hatta memberikan peluang kepada swasta untuk menyelenggarakan cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak. Penguasaan negara dalam cabang-cabang produksi yang terpenting adalah bagaimana bentuk penguasaan negara itu dapat menjamin terselenggaranya kesejahteraan masyarakat. Mohammad Hatta tidak mempermasalahkan apakah penguasaan negara itu diwujudkan dalam bentuk negara ikut serta secara langsung menyelenggarakan cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak ataukah hanya dengan melalui pembuatan peraturan perundang-undangan yang mengawasi jalannya perekonomian. Bilamana hal tersebut dipandang perlu dan menentukan bagi kesejahteraan masyarakat maka tidak ada salahnya negara ikut serta mengelola atau menyelenggarakan cabang-cabang produksi tersebut melalui pembentukan usaha negara.²⁹

Dalam kaitannya dengan privatisasi BUMN maka berdasarkan atas pengertian kata harus dikuasai oleh negara maka privatisasi BUMN tidak bertentangan dengan

²⁷ Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Perkara Nomor: 002/PUU-I/2003 dalam Sutaryo,dkk, *Membangun Kedaulatan Bangsa Berdasarkan Nilai-nilai Pancasila: Pemberdayaan Masyarakat Dalam Kawasan Terluar, Terdepan, dan Tertinggal (3T)*, Yogyakarta: Pusat Studi Pancasila Universitas Gajah Mada, 2015, h. 37.

²⁸ Aminuddin Ilmar, *Op. Cit.*, h. 53.

²⁹ *Ibid.*, h. 55-56.

ketentuan Pasal 33 ayat 2 UUD 1945 sepanjang hak penguasaan oleh negara dalam BUMN itu tidak ditiadakan. Meskipun demikian tidak boleh menghilangkan hak penguasaan negara baik dalam bentuk pengaturan dan pengawasan serta pengendaliannya. Hak penguasaan negara tetap harus ada dalam rangka menjamin kepentingan negara dan kesejahteraan masyarakat khususnya BUMN yang menyelenggarakan cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak. Privatisasi dapat dilakukan sepenuhnya terhadap BUMN yang tidak berkaitan dengan cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak. Dengan kata lain penyelenggaraannya secara keseluruhan oleh swasta, negara hanya mengatur dan melakukan pembinaan.

Dengan dilakukannya privatisasi BUMN, bukan berarti kendali atau kedaulatan negara atas BUMN yang bersangkutan menjadi berkurang atau hilang karena negara tetap menjalankan fungsi penguasaan melalui regulasi sektoral tempat BUMN yang diprivatisasi melaksanakan kegiatan usahanya. Dengan masuknya investor diharapkan akan terjadi transfer teknologi yang kemudian akan membuat produk yang dihasilkan dapat bersaing di pasar. Selain itu dengan kemampuan manajerial yang lebih baik akan menciptakan perusahaan yang semakin profesional dan kompeten dalam menjalankan usahanya.

KESIMPULAN

Dengan adanya masalah strategis yang dihadapi BUMN diantaranya struktur keuangan dan modal yang tidak memadai dan belum terimplementasikannya prinsip-prinsip *Good Corporate Governance*, privatisasi menjadi salah satu kebijakan strategis yang dilakukan oleh manajemen BUMN untuk meningkatkan efisiensi pengelolaan BUMN. Terdapat indikator untuk menentukan berhasil atau tidaknya program privatisasi yaitu meningkatnya kinerja keuangan yang dinilai dari laporan keuangan dan kinerja non keuangan berupa terwujudnya manajemen yang profesional dan transparan sesuai prinsip tata kelola perusahaan yang baik.

Sebagai bentuk usaha bersama atas asas kekeluargaan, BUMN pasca privatisasi memiliki kewajiban sosial dalam meningkatkan kesejahteraan masyarakat melalui pengembangan usaha kecil dan menengah. Hak penguasaan negara atas cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak memberikan pemahaman bahwa dalam hak penguasaan itu,

negara melakukan pengaturan, pengurusan dan pengolahan, serta pengawasan sehingga negara dapat menyerahkan pengelolaannya pada pihak swasta dengan pengawasan pemerintah. Meskipun demikian, pemaknaan cabang-cabang produksi penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak harus diatur secara jelas sehingga dapat memperjelas batasan kegiatan dari usaha negara yang berbentuk BUMN.

DAFTAR PUSTAKA

- Anwar Abbas, 2008, *Bung Hatta dan Ekonomi Islam*, Yogyakarta: Multi Pressindo.
- Jimly Asshiddiqie, 2010, *Konstitusi Ekonomi*, Jakarta: PT. Kompas Media Nusantara.
- , 2015, *Gagasan Konstitusi Sosial: Institutionalisation dan Konstitusionalisasi Kehidupan Sosial Masyarakat Madani*, Jakarta: LP3ES.
- Ilmar Aminuddin, 2012, *Hak Menguasai Negara dalam Privatisasi BUMN*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group.
- Jusmaliani, *Optimalisasi Program Privatisasi*, 2003, Jakarta: Penelitian Ekonomi LIPI.
- Rianto Nugroho dan Randy R. Wrihatnolo, 2008, *Manajemen Privatisasi BUMN*, Jakarta: PT. Elex Media Komputindo.
- Sutaryo, dkk, 2015, *Membangun Kedaulatan Bangsa Berdasarkan Nilai-nilai Pancasila: Pemberdayaan Masyarakat Dalam Kawasan Terluar, Terdepan, dan Tertinggal (3T)*, Yogyakarta: Pusat Studi Pancasila Universitas Gajah Mada.
- J. Ronald Mawuntu, 2012, "Konsep Penguasaan negara berdasarkan Pasal 33 UUD 1945 dan Putusan Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Hukum Universitas Sam Ratulangi*, Volume XX, Nomor 3, April-Juni.
- Mahmoud M. Yasin, 2002, "The theory and practice of benchmarking: Then and Now", *Benchmarking: An International Journal*, Volume 9, Issue 3.
- M. Syafi'ie, 2016, "Sistemiknya Privatisasi Badan Usaha Milik Negara dan Sumber Daya Alam di Indonesia", *Jurnal Mahkamah*, volume 1, Nomor. 1, Juni.
- Mufarrijul Ikhwan, 2014, "Reevaluasi Strategi Kebijakan Pemerintah Indonesia tentang Privatisasi BUMN di Indonesia", *Jurnal Ilmu Hukum Rehtidee*, Volume 9, Nomor 2, Desember.

Iwan Supriyatna, Pasca-putusan MK, Program Prioritas Ketenagalistrikan Tetap Berjalan, <http://bisniskeuangan.kompas.com/read/2016/12/16/110000926/pasca-putusan.mk.program.prioritas.ketenagalistrikan.tetap.berjalan>, diunduh 1 April 2017.

Kinerja BUMN: Masih Kokoh di Kontruksi. Indonesia, <http://koran.bisnis.com/read/20160329/244/532233/kinerja-bumn-masih-kokoh-di-konstruksi>, diunduh 12 April 2017.

MK Batalkan UU Sumber Daya Air Pengelolaan SDA harus diserahkan pada BUMN maupun BUMD, <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt54e4bd8e5dc0a/mk-batalkan-uu-sumber-daya-air>, diunduh 1 April 2017.

Sofyan A. Djalil, “Strategi dan Kebijakan Pemberdayaan Badan Usaha Milik Negara”, http://www.setneg.go.id/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=730, diunduh 12 April 2017.

Strategi Penguatan Pengelolaan Bersama Minyak dan Gas Bumi di Wilayah Laut

Strengthened Strategy of Joint Management Oil and Gas in the Offshore: Power and Resources

Cut Asmaul Husna TR

Fakultas Hukum Universitas Malikussaleh
Komplek Kampus Bukit Indah (BI)
Jl. Jawa Padang Sakti Aceh Utara, Indonesia
E-mail:cut_notariat@yahoo.co.id

Naskah diterima: 22/12/2017 revisi: 20/02/2018 disetujui: 26/02/2018

Abstrak

Kondisi tatanan tektonik dan geologi Aceh memiliki prospek untuk dilakukan eksplorasi dan pengembangan serta produksi Minyak dan Gas Bumi, baik di Wilayah Darat maupun di Wilayah Laut. Penemuan cadangan Minyak dan Gas baru di Aceh diharapkan dapat meningkatkan Penerimaan Negara dan Penerimaan Pemerintah Aceh dalam membangun infrastruktur dan Ketahanan Energi Aceh untuk melahirkan kembali industri-industri skala internasional. Ketentuan dalam Pasal 3 Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2015 Tentang Pengelolaan Bersama Sumber Daya Alam Minyak dan Gas Bumi di Aceh, kewenangan pengelolaan Migas pada Wilayah Laut 12 (dua belas) sampai dengan 200 (dua ratus) mil laut yang merupakan Zona Ekonomi Eksklusif (ZEE) dikelola dan dilaksanakan Pemerintah Pusat dengan mengikutsertakan Pemerintah Aceh. Tafsir dalam 3 (tiga) Putusan Mahkamah Konstitusi No. 002/PUU-I/2003, 20/PUU-V/2007 dan Putusan Mahkamah Konstitusi No. 36/PUU-X/2012 tentang Uji Materiil Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 bahwa penguasaan negara terhadap sumber daya alam dan cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak dimaknai sebagai mandat yang harus dilaksanakan oleh pemerintah untuk mengadakan kebijakan (*beleid*), pengurusan (*bestuursdaad*), pengaturan (*regelendaad*), pengelolaan (*beheersdaad*), dan

pengawasan (*toezichthoudensdaad*) untuk tujuan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

Kata Kunci: Strategi Penguatan, Pengelolaan Bersama, Minyak dan Gas Bumi

Abstract

Conditions of tectonic and geological structure in Aceh prospect for exploring and producing Oil and Natural Gas, either in onshore or offshore. The discovery of Oil and Gas news reserved in Aceh is expected to increase the Central Government Take and Aceh Government Take to build infrastructure and Aceh's Energy Security to regenerate industries on an international scale. The provisions in Article 3 of the Government Regulation Number 23 Year 2015 concerning Joint Management of Natural Resources Oil and Gas in Aceh, the joint management authority of Oil and Gas in Offshore 12 (twelve) to 200 (two hundreds) nautical miles of an Exclusive Economic Zone (EEZ) is managed and held by the Central Government to include the Government Aceh. Commentary within 3 (three) Decision of Constitutional Court Number 002/PUU-I/2003, 20/PUU-V/2007 and Decision of the Constitutional Court Number 36/PUU-X/2012 of Judicial Review of Law Number 22 Year 2001 concerning Oil and Gas (Oil and Gas Law) Against the 1945 Constitution of the State of the Republic of Indonesia the meaning of "controlled by the state" must be comprehended to include the meaning of a wide-ranging state occupation, as a result of the people's sovereignty concept. The people, collectively constructed by the 1945 Constitution, provide a mandate to the state to conduct policy (beleid) and functions of administration (bestuurdaad), regulation (regelendaad), management (beheersdaad) and supervision (toezichthoudensdaad) for the greatest prosperity of the people.

Keywords: *Strengthened Strategy, Joint Management, Oil and Gas.*

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Dinamika kebijakan penguatan sumber daya alam Minyak dan Gas Bumi (Migas) di Indonesia kembali mendapat akarnya pasca Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 002/PUU-I/ 2003 tanggal 21 Desember 2004, Nomor 20/PUU-V/2007 tanggal 17 Desember 2007 dan Putusan MK Nomor 36/PUU-X/2012 tanggal 13 Desember 2012. Perlu penelitian mendalam untuk melakukan strategi penguatan sumber daya alam Migas untuk masa kini dan masa depan dengan metode berpikir logis dan konstruktif. Disadari bahwa Migas merupakan sumber energi primer di seluruh dunia dibandingkan dengan sumber energi lainnya seperti panas bumi, nuklir, hidroulik, energi surya, dan energi angin (energi non

fosil). Migas tidak hanya bernilai strategis, tetapi juga terkait dengan posisi dan perannya sebagai pilar utama dalam memenuhi kebutuhan energi dalam negeri sekaligus dalam percaturan perekonomian nasional dan internasional.¹

Spektrum gagasan dari berbagai negara untuk menguasai sumber daya alam Migas disebabkan tidak semua negara di dunia memiliki cadangan Migas yang potensial. Peluang ini mempengaruhi hubungan antar negara, terutama negara-negara yang memiliki stabilitas ekonomi dan militer yang kuat serta keahlian yang jitu. Memperkuat dan menjaga kedaulatan negara atas kekayaan sumber daya alam Migas dilakukan oleh semua negara di dunia, baik Negara-negara yang memiliki sumber daya alam Migas dalam jumlah yang melimpah, contohnya kawasan Timur Tengah dan Amerika Latin, Negara-negara dengan tingkat konsumsi Migas besar dengan sumber daya yang relatif terbatas, misalnya negara-negara Eropa Barat, China dan Amerika Serikat dan juga Negara-negara yang relatif tidak memiliki sumber daya alam Migas seperti halnya Singapura dan Jepang. Negara-negara dengan berbagai instrumen dan kebijakan berupaya mengamankan dan mendapatkan aksesnya atas sumber daya alam Migas dunia.²

Negara berhak mengatur potensi eksplorasi dan pengembangan serta produksi sumber daya alam Migas di Wilayah Laut, baik dengan keterlibatan langsung maupun tidak langsung dalam mewujudkan keseimbangan dinamis. Kekuatan mengikat secara hukum atas sumber daya alam Migas merupakan elemen yang tak terpisahkan dari kedaulatan negara. Secara alamiah, negara-negara yang letak geologis mengandung potensi sumber daya alam Migas berupaya untuk melindungi kedaulatan negaranya.

Secara geografis, negara-negara yang kaya akan sumber daya alam Migas mulai beralih eksplorasi dan pengembangan dari Wilayah Daratan (*Onshore*) ke Wilayah Laut Dalam (*Offshore*) yang sumber daya Migasnya lebih berkualitas. Berbagai metode untuk menganalisis data-data komposisi Migas di bawah permukaan tanah di Daratan dan Laut Dalam termasuk pengeboran untuk mengambil batuan contoh, pengukuran gravitasi, survei seismik, survei magnetik dan penginderaan

¹ Al-Qur'an Surah Al-Jasiah, 45:12-13, Juz 25, yang maknanya: "Allah-lah yang menundukkan laut untukmu agar kapal-kapal dapat berlayar di atasnya dengan perintah-Nya, dan agar kamu dapat mencari sebagian karunia-Nya, dan agar kamu bersyukur. Dan Dia menundukkan apa yang ada di langit dan apa yang ada di bumi untukmu semuanya (sebagai rahmat) dari-Nya. Sungguh, dalam hal yang demikian itu benar-benar terdapat tanda-tanda (kebesaran Allah) bagi orang-orang yang berpikir." Berdasarkan ayat ini manusia dituntut untuk berpikir agar mampu mengeksplorasi berbagai khazanah kekayaan sumber daya alam yang terpendam baik di udara, darat maupun di laut."

² Peran negara dalam perekonomian, filosofis pembentukan peraturan perundang-undangan Migas dan pemikiran liberalisme dalam bidang ekonomi *Laissez Faire* selengkapnya dapat dilihat pada buah pemikiran Muchammad Zaidun dan Indah Dwi Qurbani, "Irrelasi Negara Dan Ekonomi Dalam Pengelolaan Minyak Dan Gas Bumi Di Indonesia" Dalam Muhammad Alim, Hamdan Zulfa, Dkk, *Liber Amicorum 70 Tahun Prof. Dr. Achmad Sodiki, S.H.*, Malang: Universitas Brawijaya Press, 2014, h. 163-172.

jarak jauh dari satelit dengan harapan dapat menemukan dan meningkatkan cadangan komersial dan produksi Migas.³

Wilayah suatu negara atas mana negara itu mempunyai kedaulatan terdiri atas wilayah 3 (tiga) dimensi yang meliputi Wilayah Daratan, Perairan, dan Wilayah Udara. Tapi tidak semua negara memiliki Wilayah Perairan Laut, yaitu yang disebut sebagai “Negara-negara Tertutup” (*Landlocked States*), misalnya Uzbekistan, Swiss, Nigeria, Laos, Kongo, Kazakhstan, Kamboja, Irak, Azerbaijan, Austria, dan sebagainya. Sedang yang memiliki lengkap 3 (tiga) Dimensi Wilayahnya, contohnya Singapura, Pakistan, Meksiko, Malaysia, Korea, Kanada, Jepang, Inggris, Indonesia, India, Filipina, China, Belanda, Australia, Argentina, dan lain-lain.

Dengan demikian, tidak semua negara memiliki 3 (tiga) Dimensi Wilayah dan tidak semua negara memiliki Wilayah Perairan Laut, namun tidak satupun negara di dunia ini yang tidak memiliki Wilayah Daratan dan Ruang Udara. Prinsip bahwa “setiap negara memiliki kedaulatan penuh dan eksklusif (*Permanent Sovereignty Over Natural Resources*)” kemudian berkembang menjadi pedoman bagi negara-negara dalam pengelolaan sumber daya alam. Sejalan dengan adagium terkenal Romawi “*Cuius est solum eius est usque ad coelum et ad inferos*”, (Barangsiapa memiliki tanah (permukaan bumi), dia juga memiliki segala apa yang ada di atasnya sampai surga nirwana dan segala apa yang ada di bawahnya sampai pusat bumi).⁴

Mewujudkan Indonesia sebagai “Negara Poros Maritim Dunia”, dengan pertimbangan Indonesia memiliki kekayaan sumber daya alam Migas yang potensial dan komersial. Eksplorasi dan pengembangan serta produksi Migas di Aceh dilakukan secara besar-besaran oleh Perusahaan Transnasional (*International Oil Companies/National Oil Companies*, “IOCs/NOCs”). Adanya aturan pengelolaan sumber daya alam Migas di Aceh dalam Pasal 160 Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 Tentang Pemerintahan Aceh (“UU Pemerintahan Aceh”) merupakan bentuk pengakuan kewenangan Pemerintah Aceh untuk menentukan, mengatur terhadap setiap perbuatan, orang, harta benda kekayaan yang berada di dalam

³ “Dan laut yang di dalam tanahnya ada api.” (Al-Qur’an Surah At-Thur, 52:6, Juz 27). Ada hal yang perlu mendapat catatan khusus dalam mengeksplorasi kekayaan sumber daya alam Migas di Wilayah Laut berlandaskan Prinsip Ketauhidan (basis keimanan) bahwa segala sesuatu yang ada di dalam alam semesta, termasuk Migas yang ada di Wilayah Darat dan Wilayah Laut merupakan ciptaan dari Yang Satu, Allah SWT. Tuhan memulai penciptaan, kemudian mengembalikan (mengulangi)nya ciptaan-Nya. Tafsir Al-Jalalain menafsirkan ayat di atas “Dan demi laut yang penuh airnya.”

⁴ E. Saefullah Wiradipradja, “Wilayah Udara Negara (*State Air Territory*) Ditinjau Dari Segi Hukum Internasional Dan Nasional Indonesia”, *Indonesia Journal of International Law*, Volume 6 Nomor 4 Juli 2009, h. 498-499.

Wilayah Aceh. Pemerintah Aceh memiliki hak untuk menentukan kondisi-kondisi berdasarkan apa NOCs/IOCs beroperasi di dalam wilayahnya.⁵

Bagian Keempat tentang Pengelolaan Sumber Daya Alam Migas Pasal 160 ayat (1) UU Pemerintahan Aceh berbunyi: “Pemerintah dan Pemerintah Aceh melakukan pengelolaan bersama sumber daya alam Minyak dan Gas Bumi yang berada di darat dan laut di wilayah kewenangan Aceh.” Untuk melaksanakan ketentuan Pasal 160 UUPA ditetapkan Peraturan Pemerintah Tentang Pengelolaan Bersama Sumber Daya Alam Minyak dan Gas Bumi di Aceh (“PP PBSDAMA”).⁶

Kelahiran PP No. 23 Tahun 2015 merupakan babak baru untuk memacu pembangunan Aceh dalam mengoptimalkan sebagai *prime mover* ekonomi demi meningkatkan kesejahteraan masyarakat.⁷ Keseriusan dan keikhlasan Pemerintah Pusat akan mampu mengakselerasi pembangunan di Aceh untuk mengelola semua kegiatan usaha hulu Migas di Aceh sejak penentuan Blok Migas yang baru, melakukan tender untuk Blok baru, perpanjangan Blok yang sedang berjalan, mengawasi semua kegiatan eksplorasi dan pengembangan serta produksi Migas.⁸

B. Perumusan Masalah

Permasalahan dalam penelitian ini adalah strategi penguatan apa dalam pengelolaan bersama sumber daya alam Migas di Wilayah Laut Aceh: *Power and Resources?*”

⁵ Muchammad Zaidun, “Penerapan Prinsip-prinsip Hukum Internasional Penanaman Modal Asing di Indonesia, *Disertasi*, Surabaya: Program Pascasarjana Universitas Airlangga, 2005, h. 188-189.

⁶ Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2015 Tentang Pengelolaan Bersama Sumber Daya Alam Minyak dan Gas Bumi di Aceh (“PP PBSDAMA”). Pengaturan perusahaan kekayaan sumber daya alam Migas yang berada di darat dan laut di Wilayah Aceh meliputi pengaturan mengenai survei umum, data dan Wilayah Kerja Migas, pembentukan Kontrak Kerja Sama (“KKS”), kebijakan dalam KKS yang meliputi penentuan target jumlah produksi Migas, produksi yang dijual (*lifting*), pengembalian biaya produksi (*cost recovery*), penerimaan negara, pengembangan masyarakat, dan penunjukan auditor independen, kewajiban pasca operasi termasuk reklamasi. Badan Pengelola Migas Aceh (“BPMA”) adalah suatu badan Pemerintah yang dibentuk untuk melakukan pengelolaan dan pengendalian bersama kegiatan usaha hulu Migas yang berada di darat dan laut di Wilayah Kewenangan Aceh. Salah satu contoh dalam pengelolaan bersama SDAMA adalah Blok A (ditemukan pada tahun 1972) yang berlokasi di Kuala Langsa hingga Tualang Cut, yang di dalam pengembangannya saat ini dilakukan oleh Kontraktor Kontrak Kerja Sama (“KKKS”) PT. Medco E&P Indonesia dengan mitra konsorsiumnya. Perusahaan Migas yang berstatus produksi lainnya adalah Triangel Pasee di Blok Pasee, ExxonMobil di Blok North Sumatra Offshore (“NSO”), Ente Nazionale Idrocarburi (“ENI”) Krueg Mane. Perusahaan yang masih melakukan eksplorasi (pencarian Migas) adalah Zaratek (“Blok Lhokseumawe”), Transworld Seuruwey (“Blok Seuruwey”), Talisman II (“Blok Talisman II”), Petronas Carigali (“Blok West Glagah Kambuna”) dan Kris Energy (“Blok East Seuruwey”). 2 (dua) Perusahaan yang sudah melaksanakan *Joint Study*, Konsorsium Primer Oil dan Kris Energi (“Blok South East Andaman dan Blok South Andaman”), serta Pearl Energi (“Blok Andaman I”). Kontrak eksplorasi diberikan untuk 10 (sepuluh) tahun sedangkan untuk pengembangan dan produksi selama 30 (tiga puluh) tahun. Narasi lebih spesifik tentang Perusahaan Transnasional dapat mengacu pada Iman Prihandono, “Transnational Corporations and Human Rights Violations in Indonesia”, *Australian Journal of Asian Law*, Vol 14. No.1. Article 5, 2013, p. 1-23.

⁷ Pasal 3 PP PBSDAMA berbunyi: “ (1) Kewenangan pengelolaan sumber daya alam Minyak dan Gas Bumi yang berada pada wilayah laut 12 sampai dengan 200 mil dari wilayah kewenangan Aceh, dilaksanakan oleh Pemerintah dengan mengikutsertakan Pemerintah Aceh. (2) Keikutsertaan Pemerintah Aceh dalam pengelolaan sumber daya alam Minyak dan Gas Bumi sebagaimana dimaksud pada ayat (1), dilakukan melalui pengawasan dan pemantauan terhadap laporan produksi Minyak dan Gas Bumi. (3) Dalam rangka pengawasan dan pemantauan produksi Minyak dan Gas Bumi sebagaimana dimaksud pada ayat (2), Kontraktor yang Wilayah Kerjanya berada pada 12 sampai dengan 200 mil laut dari kewenangan Aceh wajib menyampaikan laporan produksi Minyak dan Gas Bumi secara berkala kepada Gubernur.

⁸ Zaini Abdullah, “Extracting the Future: Menata Sumberdaya Ekstraktif Untuk Pembangunan Berkelanjutan”, *Makalah*, Disampaikan Dalam Konferensi Tata Kelola Sumberdaya Ekstraktif, Jakarta: 17 November 2015, h. 3-5.

C. Metode Penelitian

Berdasarkan judul, maka tipe penelitian ini adalah penelitian hukum normatif.⁹ Pemilihan tipe penelitian ini, karena penelitian hukum merupakan suatu penelitian di dalam kerangka *know-how* di dalam hukum. Sebagai kegiatan *know-how*, penelitian hukum dilakukan untuk memecahkan isu hukum yang dihadapi. Di sinilah dibutuhkan kemampuan untuk mengidentifikasi masalah hukum, melakukan penalaran hukum, menganalisis masalah yang dihadapi kemudian memberikan pemecahan atas masalah tersebut. Penelitian hukum adalah suatu proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip hukum, maupun doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi.¹⁰

Penelitian ini dimaksudkan untuk melakukan pengkajian filosofis mengenai prinsip dan norma/pengaturan hukum pengelolaan bersama sumber daya alam Migas di Wilayah Laut dengan tujuan untuk menghasilkan argumentasi, konsep dan teori hukum baru sebagai preskripsi terkait perkembangan hukum Migas di Indonesia. Adapun pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan konseptual (*conceptual approach*), pendekatan historis (*historical approach*), pendekatan komparatif (*comparative approach*) dan pendekatan kasus (*case approach*). Dalam penelitian ini menggunakan komparasi mikro dalam rangka membandingkan konstitusi, legislasi dan regulasi Migas dalam mengantisipasi perkembangan industri hulu Migas yang dinamis.

PEMBAHASAN

1. Penemuan Sumber Daya Alam Migas

Filosofis merupakan 2 (dua) hal yang tidak dapat dipisahkan. Ibarat 2 (dua) sisi mata uang logam yang menyatu. Filosofis menerangkan asal muasal segala sesuatu secara original dan historis menerangkan kronologis untuk dirumuskan formulasinya sebagai dasar argumentasi. Adalah hal yang tidak

⁹ Burhan Ashshofa, *Metode Penelitian Hukum*, Jakarta: Rineka Cipta, 2010, h. 32-33.

¹⁰ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Edisi Revisi, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2013, h. 61; Philipus M. Hadjon dan Tatiek Sri Djatmiati, *Argumentasi Hukum (Legal Argumentation/Legal Reasoning) Langkah-langkah Legal Problem Solving dan Penyusunan Legal Opinion*, Yogyakarta: Gajah Mada University Press, 2005, h. 3; Terry Hutchinson, *Researching and Writing in Law*, Third Edition, Australia: Lawbook, 2010, p. 7, menulis parameter penelitian hukum menurut *Pearce Committee dan Australian Law School* adalah: "(1) *Penelitian Doktrinal*, penelitian yang memberikan eksposisi sistematis dari aturan yang mengatur kategori hukum tertentu, menganalisis hubungan antara aturan-aturan, menjelaskan area-area kesulitan dan mungkin memprediksi perkembangan masa depan, (2) *Penelitian Berorientasi Reformasi*, merupakan penelitian yang secara intensif mengevaluasi kecukupan aturan-aturan yang ada dan merekomendasikan perubahan aturan yang ingin ditemukan, dan (3) *Penelitian Teoritis*, yaitu penelitian yang membantu perkembangan pemahaman yang lebih lengkap dari dasar konseptual prinsip hukum dan efek gabungan dari berbagai aturan dan prosedur yang bersinggungan dengan wilayah aktivitas tertentu."

mungkin menemukan konsep dan prinsip secara sistematis dan komprehensif tanpa mengkaji filosofis dan historis. Prioritas intelektual untuk mengatasi dunia diletakkan dalam adagium “*Cogito ergo sum*” (aku berpikir, jadi aku ada) yang dikembangkan Descartes.¹¹

Akses terhadap kekayaan sumber daya alam Migas dalam bentuk pengaturan kegiatan eksplorasi dan pengembangan serta produksi Migas bukanlah suatu hal yang baru bagi umat manusia dan telah mendapat pengaturan dalam hukum internasional klasik. Referensi klasik menunjukkan sejak dahulu rembesan minyak bumi yang mengalir secara alami ke permukaan tanah melalui retakan kerak bumi (*oil seepage*), umumnya dalam bentuk bitumen digunakan sebagai bahan bakar lampu, bahan bangunan, bahan pelapis perahu supaya kedap air, bahkan sebagai obat. Minyak bumi diperkirakan pertama kali ditemukan di Timur Tengah (Parsi/ Iran) sebagai rembesan yang muncul ke permukaan. Nabi Nuh AS (3993-3043 SM) menggunakan minyak bumi yang merembes di permukaan untuk menambal perahunya agar tidak kemasukan air.¹²

Ensiklopedia Britannica menarasikan Migas pertama kali ditemukan pada 5000 tahun SM oleh bangsa Assyria, Sumeria, dan Babylonia. Di tepi Sungai Euphrat Migas digunakan sebagai peluru api dalam peperangan dan sebagai penambal anti air di kapal, tempat-tempat penampungan serta bangunan. Seiring perkembangan zaman bangsa Persia dan Arab berhasil menemukan teknologi destilasi Migas. Destilasi ini menghasilkan Migas yang mudah terbakar. Semenjak itulah minyak digunakan sebagai bahan bakar. Migas sebagai bahan bakar juga muncul pada zaman Harun Al Rasyid dengan nama “*Naphta*.” *Naphta* ditemukan di berbagai belahan dunia mulai dari Hit di Mesopotamia, Bavaria, Sisilia, Alsace dan Galicia di Eropa, Indonesia hingga Pennsylvania di Amerika Serikat.¹³

¹¹ Alam semesta merupakan isu fundamental yang menarik perhatian para filsuf klasik. Descartes dilahirkan di La Haye, Perancis. Karya terpenting tentang filsafatnya adalah “*Meditations*” (1642). Inti metode ini ialah berjalannya suatu deduksi yang tegas dan apabila ditemukan suatu idea yang terang maka dapat digunakan sebagai premis. Perkembangan berpikir umat manusia dimulai dalam peradaban ilmu pengetahuan, sebagai ahli filsafat. Pemikiran mencari kebenaran adalah aktivitas rasio untuk mengerti hakikat realitas kemestaaan dengan mempergunakan metode deduktif-induktif dan kontemplatif (perenungan) untuk menangkap dan merumuskan hakikat kebenaran. Lahiriah dalil-dalil (tesis-tesis) tentang hakikat sesuatu, dan oleh karena dalil-dalil itu berbeda-beda prinsipnya yang ditentukan oleh subjektivitas pribadi atau ahli filsafat itu, maka lahiriah dan berkembanglah aliran-aliran filsafat hukum. Dalam mencari kebenaran, mempergunakan segala potensi, alat dan unsur yang ada padanya melalui indera yang terlihat, pemikiran orisinal dan murni. Pokok bahasan mengenai filsafat dapat mengacu pada literatur H. A. Khudori Saleh, *Filsafat Islam: Dari Klasik Hingga Kontemporer*, Yogyakarta: Ar-Ruzz Media, 2013; Ahmad Munif Suratmaputra, *Filsafat Hukum Islam Al-Ghazali Masalah Mursalah & Relevansinya Dengan Pembaharuan Hukum Islam*, Jakarta: Pustaka Firdaus, 2002.

¹² Allah SWT berfirman dalam Surah Hud yang maknanya: “Dan buatlah kapal itu dengan pengawasan dan petunjuk wahyu Kami, dan janganlah engkau bicarakan dengan Aku tentang orang-orang yang dzalim. Sesungguhnya mereka itu akan ditenggelamkan.” (Al-Qur’an Surah Hud, 11:37, Juz 12).

¹³ Tim ReforMiner Institute, *Esensi Pendirian Perusahaan Migas Negara: Redefinisi Peran dan Posisi Pertamina*, Jakarta: ReforMiner Institute, 2011, h. 11. M.S. Vassiliou, *The A to Z of The Petroleum Industry*, Maryland: The Scarecrow Press, 2009, p. xxvii. <<http://www.oildomes.blogspot.com/2013/12/sejarah-penemuan-minyak-bumi-di-dunia.html>>. Diakses tanggal 22 Agustus 2016.

Penguasaan Migas di Sumeria tunduk di bawah kedaulatan Raja Chammurabi pada 1875 SM. Eksplorasi Migas kemudian merambah ke Persia pada 450 SM, China (400 SM), Babylonia (50 SM), Chi-lui ching, Szechuan, China (211 SM dan 347 M). Migas di China ditemukan pada kedalaman 240 m² (dua ratus empat puluh) meter kubik dan ditambang secara sederhana dengan menggunakan bambu. Dan tercatat juga bahwa Kerajaan Babylonia pada masa pemerintahan Raja Nebukanedzar Agung (605-562 SM) yang terkenal dengan pembangunan “Taman Gantung Babylonia” menemukan Migas dalam bentuk pori-pori tanah yang mengandung Migas potensial.

Byzantium di bawah Kaisar Heraklius (642 M) menemukan Migas komersial akibat kebakaran lahan secara tiba-tiba. Kerajaan Byzantium yang ada pada masa bi'tsah Nabi Besar Muhammad SAW adalah Romawi Timur yang saat itu pucuk kekuasaan di tangan Kaisar Heraklius. Bukti lainnya yang paling nyata ditemukan industri Migas di Azerbaijan dan Eropa Utara (885-886 SM), China (1132) dari tulisan Ibnu Jubair (1184) dan Giraldus Cambrensis (1184).¹⁴

Selama ribuan tahun kegiatan ekstraksi Migas bersifat pasif, hanya sebatas mengambil rembesan Migas yang muncul di permukaan tanah. Baru pertengahan abad ke-19 di Galicia, Rumania dan beberapa daerah di Eropa Timur lainnya para petani mulai menggali sumur untuk mendapatkan Migas yang kemudian disuling menjadi minyak tanah (kerosin) untuk bahan bakar lampu. Pada tahun 1859 produksi Migas di Eropa sudah dikenal di dunia, yang tidak dipunyai pada waktu itu adalah teknologi pengeborannya.

Penemuan Migas di dunia didorong dari teori Migas yang dianalisis para pakar Migas. Penyulingan di Adriatik didirikan keluarga *Bankir* Rotschild Perancis di bawah Pimpinan Baron Alphonse James de Rothschild (1827-1905) berhasrat mendapatkan Migas Rusia. Tanker minyak melalui Laut Kaspia, Zoroastra dibangun pada tahun 1878. Selanjutnya dibangun jalur kereta api ke Barat dari Baku ke Batum di Laut Hitam mengubah Batum menjadi salah satu pelabuhan Migas terpenting di dunia. Pada tahun 1886 keluarga Rotschild mendirikan *The Caspian and Black Sea Petroleum Company*, yang dikenal dengan “*Bnito*” dalam bahasa Rusia.

Keberhasilan menemukan Migas memicu “demam minyak” (*oil rush*). Sebagaimana “demam emas” (*gold rush*) yang terjadi 10 (sepuluh) tahun

¹⁴ Tim ReforMiner Institute, *Op. Cit.*, h. 11-12, Rudi M. Simamora, *Hukum Minyak Dan Gas Bumi*, Jakarta: Djambatan, Jakarta, 2000, h. 11.

sebelumnya di California, demam Migas memunculkan pelaku industri Migas. John D. Rockefeller (1839-1937) sebagai pendiri *Standard Oil* pada 1870 di Ohio, merupakan imperium terbesar di Amerika Serikat dan dunia. Kejayaan Migas juga dialami Spanyol dengan melakukan eksplorasi Migas di wilayah Peru, Meksiko, Kuba dan Bolivia. Pada pertengahan abad ke-19, penduduk Eropa dan Amerika Utara menggunakan minyak tanah sebagai bahan bakar untuk penerangan. Seiring perkembangan zaman ditemukan Migas yang berbentuk cair yang berasal dari pengendapan fosil-fosil selama berabad-abad di dalam bumi dimulainya kegiatan eksplorasi dan pengembangan serta produksi Migas yang dipakai sebagai sumber energi.

Minyak bumi pertama ditemukan adalah sumur digali pada 1858 di Ontario, Kanada dengan 20 (dua puluh) kilang yang beroperasi. Minyak mentah (*crude oil*) memiliki peranan yang sangat penting dalam perekonomian Kanada. Eksplorasi Migas di Arab Saudi di bawah pimpinan Charles Crane (1868-1939) dan Karl S. Twitchell (1885-1968) yang berhasil menemukan Migas di Yaman, memulai penyelidikan pada tahun 1933 ke arah Utara Kota Mekkah, tepatnya di daerah Wadi Fatimah, ke arah Timur Al-Hasa dan ke arah pantai Teluk Persia, tepatnya di Kubah Damman dekat Bahrain. Pendirian menara bor pertama berhasil menemukan 7 (tujuh) sumur yang menghasilkan Migas 1500 (seribu lima ratus) b/d menandakan era baru bagi Kerajaan Arab Saudi. Penemuan Migas komersial tidak hanya di Timur Tengah, tetapi merambah di negara-negara Afrika, misalnya Nigeria, Libya dan Aljazair.¹⁵

2. *Silk Route*: Filosofis Penguasaan Sumber Daya Alam

Kegemilangan Yunani dalam menyatukan hubungan antar bangsa diperkaya dengan kehadiran Iskandar Dzulkarnain yang mampu menaklukkan negeri dengan 2 (dua) tanduk, yaitu Timur dan Barat, kekuasaan yang terbentang dari Yunani ke Persia. Dzulkarnain diperintahkan Allah SWT menuju tempat terbenam matahari (bagian barat bumi) dan tempat terbit matahari (bagian timur bumi). Dzulkarnain menelusuri Kepulauan Maladewa hingga khatulistiwa (Kepulauan Kiribati) dan berbelok arah menuju ke tempat 2 (dua) bukit, yaitu China.¹⁶

Landasan hukum antar bangsa ditemukan Dzulkarnain dengan penyatuan dunia Timur dan Barat dalam prinsip hukum alam. Pemimpin dan Panglima

¹⁵ Tim ReforMiner Institute, *Op.Cit.*, h. 19-22. Migas dan Energi Indonesia, <<http://migas.esdm.go.id/post/read/Sejarah-Penemuan-Minyak-di-Dunia>>. Diakses tanggal 24 Agustus 2016.

¹⁶ Al-Qur'an Surah Al-Kahfi, 18:83-98, Juz 15.

Besar Iskandar Dzulkarnain berkuasa di Macedonia (Yunani) sekitar tahun 356-323 SM. Iskandar Dzulkarnain menguasai penjuru dunia mulai Persia, Babylonia dan Asia. Beberapa abad kemudian prinsip pemerintahan Iskandar Dzulkarnain diadopsi hukum Romawi untuk mentransformasikan sistem kosmopolitan yang mengatur dunia seperti ilmu hukum di bidang maritim dan bisnis dalam konsep hukum alam yang berlaku secara mutlak. Prinsip-prinsip seperti *servitut*, *pacta sunt servanda*, *occupation* dan *bonafides* merupakan warisan dari hukum Romawi klasik bagi hukum internasional yang penting.

Kaidah-kaidah di bidang maritim mencerminkan adanya pengaruh hukum privat. Analogi kepada hukum Romawi dalam bidang tertentu untuk penerapan lebih luas dari prinsip *Utī Possidetis* (karena engkau memiliki, maka engkau akan tetap memiliki) tujuan utamanya adalah untuk menjamin penghormatan terhadap batas-batas teritorial yang ada pada suatu wilayah yang memperoleh kemerdekaan. Keutamaan kepada hukum yang dibatasi oleh garis perbatasan atas pemilikan efektif sebagai suatu landasan kedaulatan.

Runtuhnya Imperium Romawi bersamaan dengan berakhirnya Abad Pertengahan, muncullah negara-negara merdeka dan berdaulat. Negara-negara ini mulai menuntut kedaulatan atas laut, contohnya Venezia mengklaim Laut Adriatik, Spanyol mengklaim Laut Pasifik, Portugal dengan Lautan Hindia, dan Inggris dengan Laut Utara. Belanda yang sangat dirugikan dengan klaim Inggris atas Laut Utara memprotes keras tindakan Inggris maupun negara-negara lainnya yang secara pihak mengklaim laut sebagai wilayah kedaulatannya.

Klaim sepihak dari negara-negara tersebut maupun perlawanan atas klaim tersebut didukung dan dibela oleh para ahli hukum dari negara-negara itu masing-masing. Belanda dengan didukung oleh Ahli Hukum dan Diplomat yang terkenal Hugo de Groot (1583-1645) atau yang lebih dikenal dengan nama Latinnya Grotius. Dikemudian hari dinobatkan sebagai pelopor perkembangan hukum internasional yang ideanya dituangkan dalam buku *De Jure Praedae* (Hukum Tentang Perampasan Perang). Grotius dalam salah satu bab karyanya menyatakan bahwa Laut Bebas digunakan oleh semua negara atau yang dikenal *Mare Liberum Sive de luer quod Batavis Competit ad Indicana Commercia* (1609).¹⁷

Sifat manusia yang khas adalah keinginannya untuk bermasyarakat, untuk hidup tenang bersama, hal ini sesuai dengan watak intelektualnya. Grotius

¹⁷ Dina Sunyowati, et.al, *Buku Ajar Hukum Internasional*, Surabaya: Airlangga University Press, 2011, h. 61; Aslan Noor, *Konsep Hak Milik Atas Tanah Bagi Bangsa Indonesia: Ditinjau Dari Ajaran Hak Asasi Manusia*, Bandung: Mandar Maju, 2006, h. 48.

membangun prinsip fundamental *Mare Liberum* yang terkenal dalam rangka doktrin kebebasan lautan. Tiada satu negarapun dapat memiliki kedaulatan atas laut karena laut sedemikian luasnya serta mengandung kekayaan sumber daya alam yang tidak akan habis untuk dapat dimanfaatkan oleh semua bangsa. Oleh karena itu, laut harus bebas untuk semua negara-negara di dunia.¹⁸

Doktrin Grotius mengenai lautan bahwa *Ownership* (termasuk atas laut) hanya dapat terjadi melalui *Possession*, dan *Possession* hanya dapat terjadi melalui *Occupation*. Laut adalah sesuatu yang tidak mempunyai batas, oleh karena itu tidak dapat diokupasi sebab dia cair dan tidak berbatas. Benda cair hanya dapat dimiliki dengan memasukkannya ke dalam sesuatu yang lebih padat (*per aliud*). Tuntutan atas laut yang didasarkan pada penemuan (*discovery*), penguasaan yang lama (*prescription*), tidaklah dapat diterima karena semua itu bukan alasan untuk memperoleh hak kepemilikan atas laut.

Doktrin Grotius mendapat tantangan dari John Selden (1584-1654), penulis Inggris dalam bukunya "*Mare Clausum: The Rights and Dominion on The Sea* (1636). Menurut Selden, okupasi merupakan unsur yang sangat penting untuk *possession*. Negara-negara yang telah menjalankan kedaulatannya atas lautan dan karena itu melalui *prescription*, laut itu bukanlah *Mare Liberum* (Laut Terbuka) akan tetapi *Mare Clausum* (Laut Tertutup). Sifat laut yang cair, menurut Selden, tidaklah menyebabkannya tidak dapat dimiliki, karena sungai dan perairan di sepanjang pantai yang cair dapat dimiliki. William Wellwood (1578-1622) dalam bukunya *Abridgement of All Sea Law* (1613) membela klaim Inggris atas Laut Utara. Periode ini dikenal dengan nama *Battles of the Books* (Perang Buku) yang berkisar pada persoalan *Mare Liberum* Belanda berhadapan dengan *Mare Clausum* Inggris.¹⁹

Bentuk kompromi antara Doktrin *Mare Liberum* dan *Mare Clausum*, lahir lah doktrin dari Cornelius van Bynkershoek (1673-1743) penulis Belanda dalam bukunya *De Dominio Maris Dissertatio* (Suatu Essay Tentang Kedaulatan Atas Laut) menyatakan bahwa negara pantai berhak atas lajur laut sejauh yang dapat dikuasainya dari darat. Penguasaan itu berarti sampai dimana kekuatan senjata manusia dapat mencapainya, yaitu sejauh yang dapat dikuasai oleh meriam dari darat (*imperium tenae finiri ubi finitur armorum potestas*). Doktrin Bynkershoek mengakhiri perang buku dengan dalil bahwa laut dapat dimiliki oleh negara pantai

¹⁸ I Wayan Parthiana, *Pengantar Hukum Internasional*, Bandung: Mandar Maju, 2003, h. 152; Hasjim Djalal, *Perjuangan Indonesia Di Bidang Hukum Laut*, Bandung: Bina Cipta, 1979, h.14.

¹⁹ Hasjim Djalal, *Op. Cit.*, h. 15. Dina Sunyowati dan Enny Narwati, *Buku Ajar Hukum Laut*, Surabaya: Airlangga University Press, 2013, h. 8.

sejauh dapat dikuasainya dari darat, yaitu sejauh dapat dikuasai oleh Tembakan Meriam (Doktrin TM). Di luar itu, laut bebas untuk seluruh umat manusia.

Kompromi dalam bentuk kebebasan di laut akhirnya diterima oleh Inggris, karena armada laut Inggris sudah mulai tumbuh dan mengarungi seluruh samudera di dunia. Dengan demikian doktrin kebebasan di laut (*Mare Liberum*) pada hakikatnya telah menang sejak abad ke-18, terutama karena Negara-negara Eropa yang membutuhkan doktrin tersebut telah berkembang menjadi negara maritim yang penting.²⁰ Laut Bebas sebagai *domaine public* internasional digunakan untuk kepentingan bersama masyarakat internasional dan tidak dapat dimiliki oleh siapapun. Eksplorasi dan pengembangan serta produksi kekayaan sumber daya alam Migas di laut bebas berada di bawah rezim hukum internasional. Dasar laut dan samudra dalam secara eksklusif dicadangkan untuk tujuan damai dan keabadian.

3. Konstitusionalitas Penguasaan Sumber Daya Alam Migas

Suatu konstitusi disebut Konstitusi Ekonomi jika memuat kebijakan ekonomi. Kebijakan-kebijakan itulah yang akan memayungi dan memberi arahan bagi perkembangan kegiatan ekonomi suatu negara. Kebijakan ekonomi harus mengacu dan tidak boleh bertentangan dengan konstitusi negara. Konstitusi ekonomi suatu negara pada umumnya memuat hal-hal, antara lain ketentuan mengenai kepemilikan oleh negara (*the ownership capacity of the state*), berupa, (i) hal-hal yang mutlak merupakan kekayaan milik negara, (ii) hal-hal yang bersifat terbuka untuk dimiliki oleh siapa saja, (iii) bidang usaha yang secara eksklusif hanya dilakukan oleh negara (monopoli), dan (iv) bidang usaha yang dapat dilakukan secara terbuka oleh siapa saja.²¹

Konstitusi Negara-negara di dunia tentang kebijakan atas sumber daya alam Migas mengalami perubahan yang dinamis. Misalnya, Venezuela, *Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela* 15 Februari 2009 mengatur tentang kepemilikan negara terhadap mineral dan hidrokarbon. UU Hidrokarbon 2002 Venezuela menyebutkan bahwa semua kegiatan eksplorasi dan eksploitasi, pengumpulan (*gathering*), transportasi dan tangki penimbun (*storage*) hanya boleh dilakukan oleh perusahaan negara atau dalam bentuk *mixed company* dimana partisipasi negara minimal 50% (lima puluh persen). Sedangkan di Arab Saudi sumber

²⁰ I Wayan Parthiana, *Op. Cit.*, h. 153; Hasjim Djalal., *Op. Cit.*, h. 16

²¹ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi Ekonomi*, Jakarta: Kompas, 2006, h. 208-209.

hukum primer adalah Al-Qur'an, Hadist, Ijma' dan Qias. *Royal Decree of King Fahd, October 1993* mengatur tentang *Constitution or Basic Law of Government*. Selanjutnya *Royal Decree No. M/1* tentang *Foreign Investment Law*, 5 Muharram 1421/ 10 April 2010.

Negara-negara di luar anggota *Organization Of Petroleum Exporting Countries* ("OPEC"), seperti Norwegia, pada awalnya diatur dalam *Royal Decree 8 December 1972, Act of 22 March 1985* tentang *Petroleum Activities*, Act 29 November 1996 (amandemen terakhir 27 Juni 2003). Dalam perkembangannya juga diberlakukan *Regulations to Act relating to Petroleum Activities, Royal Decree 27 Juni 1997* (amandemen terakhir 12 Desember 2003), *Resource Management Regulations*, 18 Juni 2001, *Regulations on the Use of Facilities by Others*, 20 Desember 2005, *Regulations for the Measurement of Petroleum for Fiscal Purpose and Calculation of CO₂-Tax*, 1 November 2001 (amandemen terakhir 13 Desember 2004). Pada 1972 Norwegia mendirikan *Norwegian Petroleum Directorate* ("NPD") dan perusahaan Migas negara *Den Norske Stats Oljeselskap* ("StatOil") yang berada di bawah Kementerian Minyak dan Energi Norwegia. Dalam perjalanannya, dibentuk lagi dua Badan Usaha Milik Negara ("BUMN") yang bernama "Petoro AS" dan "Gassco AS."

Negara Brasil, sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 177 Konstitusi Amandemen 1988 (*Constitution of the Federative Republic of Brazil, October 5, 1988* yang telah mengalami perubahan, *Constitutional Amandments No. 1/1992 through 64/2010* dan Revisi *Constitutional Amandments No. 1/1994 through 6/1994*) kegiatan eksplorasi dan produksi Migas dilaksanakan oleh *Petroleo Brasileiro S.A. ("Petrobras")*. Legislasi Migas di Brasil dituangkan dalam *Petroleum Law (Law 9478/1997)*, *Gas Law (Law 11909/2009)*, dan *Pre-Salt Laws (Laws 12.276/2010, 12.304/2010, 12.351/2010, 12.734/2012)*.²²

Materi ekonomi dalam UUD NRI Tahun 1945 berkembang semakin banyak dan terperinci di era reformasi, meskipun secara tegas diatur sebagai ketentuan perekonomian nasional hanya terdapat dalam Bab XIV tentang Perekonomian dan Kesejahteraan Sosial. Bab XIV ini hanya terdiri atas dua pasal saja, yaitu Pasal 33

²² Emily A. Witten, "Arbitration of Venezuelan Oil Contracts: A Losing Strategy?", 4 *Texas Journal Oil Gas & Energy Law* 55, 2008-2009, p. 72. Uisdean R. Vass and Adriana Lezcano, "The New Venezuelan Legal Regime for Natural Gas: A Hopeful New Beginning", *Texas International Law Journal*, Vol. 36:99, 2001, p. 103. B.S. McBeth, *Juan Vicente Gomez and The Oil Companies in Venezuela 1908-1935*, Cambridge: Cambridge University Press, 1983, p. 21-22; Benny Lubiantara, *Op. Cit.*, h. 139-140.

dan Pasal 34.²³ Secara konstitusional, pengelolaan sumber daya alam di Indonesia tetap mengacu kepada tujuan dan cita-cita bangsa dan negara.²⁴

Tafsir terhadap Pasal 33 ayat (2) dan ayat (3), dalam hal ini dapat ditelusuri dalam Putusan MK mengenai *judicial review* UU Migas, yang menyatakan bahwa, “...*penguasaan oleh negara* dalam Pasal 33 UUD 1945 memiliki pengertian yang lebih tinggi atau lebih luas dari pada *pemilikan dalam konsepsi hukum perdata*. Konsepsi *penguasaan oleh negara* merupakan *konsepsi hukum publik* yang berkaitan dengan prinsip kedaulatan rakyat yang dianut dalam UUD 1945, baik di bidang politik (demokrasi politik) maupun ekonomi (demokrasi ekonomi).

Mahkamah juga memberi makna mengenai penguasaan negara dalam Pasal 33 UUD NRI 1945. Dalam pertimbangannya MK menyatakan “... dengan adanya anak kalimat “*dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat*” maka sebesar-besar kemakmuran rakyat itulah yang menjadi ukuran bagi negara dalam menentukan tindakan *pengurusan, pengaturan, atau pengelolaan* atas bumi, air dan kekayaan alam... Artinya, negara sangat mungkin melakukan *penguasaan* terhadap sumber daya alam secara penuh tetapi *tidak memberikan manfaat sebesar-besar kemakmuran rakyat....* Oleh karena itu, menurut Mahkamah, *kriteria konstitusional untuk mengukur makna konstitusional dari penguasaan negara* justru terdapat pada frasa “*untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat*”.

Ratio decidendi dalam 3 (tiga) Putusan MK pada prinsipnya menafsirkan mengenai hak menguasai negara.²⁵ Tafsir MK mengenai hak menguasai negara bahwa:

²³ Alinea IV Pembukaan UUD 1945 yang berisi prinsip dasar Pancasila dan Tujuan Bernegara secara tidak langsung juga mengandung gagasan mengenai kesejahteraan sosial dan ekonomi. Jika dirinci dalam ayat-ayat dan butir dapat dikatakan ada 33 (tiga puluh tiga) butir ketentuan yang langsung ataupun tidak langsung berkaitan dengan kebijakan perekonomian yang terdapat dalam UUD NRI 1945. Ke 33 (tiga puluh tiga) butir ketentuan itu, ditambah dengan Alinea ke-IV Pembukaan UUD NRI 1945, menjadi 34 (tiga puluh empat) butir ketentuan seluruhnya, yaitu Alinea IV Pembukaan UUD 1945, Pasal 23 ayat (1), Pasal 23 ayat (2), Pasal 23 ayat (3), Pasal 23A, Pasal 23B, Pasal 23C, Pasal 23D, Pasal 23E ayat (1), Pasal 23E ayat (2), Pasal 23E ayat (3), Pasal 23F ayat (1), Pasal 23F ayat (2), Pasal 23G ayat (1), Pasal 23G ayat (2), Pasal 27, Pasal 28C ayat (1), Pasal 28D ayat (2), Pasal 28E ayat (1), Pasal 28G ayat (1), Pasal 28H ayat (1), Pasal 28H ayat (3), Pasal 28H ayat (4), Pasal 31 ayat (2), Pasal 31 ayat (4), Pasal 33 ayat (1), Pasal 33 ayat (2), Pasal 33 ayat (3), Pasal 33 ayat (4), Pasal 33 ayat (5), Pasal 34 ayat (1), Pasal 34 ayat (2), Pasal 34 ayat (3), dan Pasal 34 ayat (4).

²⁴ UU Migas menggantikan Undang-Undang Nomor 44 Prp 1960 tentang Pertambangan Minyak dan Gas Bumi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1960 Nomor 133, Tambahan Lembaran Negara Nomor 2070, “UU Pertambangan Migas”), Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1971 tentang Perusahaan Pertambangan Minyak dan Gas Bumi Negara (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1971 Nomor 76, Tambahan Lembaran Negara Nomor 2971, “UU Pertamina”) berikut segala perubahannya, terakhir diubah dengan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1974 (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 3045).

²⁵ Tafsir hak menguasai negara selanjutnya dielaborasi dalam Putusan MK No. 001/PUU-II/2003, 021/PUU-II/2003, 022/PUU-II/2003 mengenai Pengujian Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 Tentang Ketenagalistrikan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2002 Nomor 94, Tambahan Lembaran Negara Tahun 2002 Nomor 4226) terhadap Pasal 33 Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Putusan MK No. 058/PUU-II/2004, 059/PUU-II/2004, 060/PUU-II/2004, 063/PUU-II/2004, Putusan MK No. 008/PUU-II/2005 mengenai Pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 32, Tambahan Lembaran Negara Tahun 2004 Nomor 4377).

“Penguasaan negara terhadap sumber daya alam dan cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak dimaknai sebagai mandat yang harus dilaksanakan oleh pemerintah untuk mengadakan kebijakan (beleid), pengurusan (bestuursdaad), pengaturan (regelendaad), pengelolaan (beheersdaad), dan pengawasan (toezichthoudensdaad) untuk tujuan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.”

Fungsi dari negara tidak hanya melakukan pengaturan namun juga mengurus dan menyelenggarakan. Dalam melaksanakan hal ini, maka negara yang diwakili oleh aparatur pemerintah memiliki kewenangan bertindak untuk mencampuri kegiatan-kegiatan ekonomi guna melaksanakan tugas-tugas menyelenggarakan kepentingan umum. Secara sederhana dapat dideskripsikan penguasaan dan pengaturan Migas harus tetap dikuasai oleh negara untuk digunakan sebesar-besarnya untuk hajat hidup orang banyak sesuai dengan semangat dan filosofis bangsa Indonesia.

Selaras dengan penafsiran MK, Resolusi Majelis Umum 2158 (XXI) 25 November 1966 menghimbau kepada negara-negara produsen Migas untuk memaksimalkan investasi sumber daya alam Migas sehingga dapat memperoleh kendali penuh atas kegiatan operasional, produksi, manajemen dan distribusi.²⁶ Prinsip PSNR berupaya menyeimbangkan kepentingan antara Negara Penerima Modal dan Negara Asal Modal. Menurut Achmad Zen Umar Purba prinsip PSNR secara multilateral menyatakan Negara Penerima Modal berhak mengundang Negara Asal Modal dalam melaksanakan kegiatan usaha hulu Migas untuk memanfaatkan kekayaan sumber daya alam yang dimiliki Negara Penerima Modal. Namun, transaksi itu tunduk pada hukum nasional, perjanjian yang telah disepakati dan hukum internasional. Konkritnya, hukum yang berlaku bagi KKS adalah hukum nasional.²⁷

Penguasaan sumber daya alam Migas oleh negara (Pemerintah Pusat dan Pemerintah Aceh) pada hakikatnya: (1) kepemilikan atas sumber daya alam Migas (*mineral rights*) oleh negara; (2) pemegang kewenangan penyelenggaraan kegiatan usaha (*mining rights*) oleh pemerintah dan hak pengusahaan kegiatan usaha (*economic rights*) diberikan kepada perusahaan Migas negara. Oleh karena itu, hakikat pengelolaan sumber daya alam Migas untuk dapat menciptakan ketahanan

²⁶ United Nations, *General Assembly Resolution On Permanent Sovereignty Over Natural Resources (Gar 2158) Adopted by United Nations General Assembly on 25 November 1966*, <<http://www2.ohchr.org/english/law/pdf/resources.pdf>>. Diakses tanggal 9 Juli 2014.

²⁷ Achmad Zen Umar Purba, “Keterangan Saksi Ahli” dalam Putusan MK No. 20/PUU-V/2007 tanggal 17 Desember 2007, h. 68-69.

energi nasional dalam jangka panjang.²⁸ Ketahanan energi nasional merupakan strategi penguatan untuk dapat mengakses sumber daya alam Migas yang ada di dunia. Meskipun ada beberapa alternatif teknologi baru yang membantu dalam usaha pengembangan sumber energi terbarukan lainnya berupa konservasi dan diversifikasi energi, namun Migas tetap mendominasi sebagai sumber komoditas strategis.²⁹

4. Pembelajaran dari Kerajaan Aceh Darussalam: Diplomasi Kapal Meriam

Hasil sumber daya alam Migas di Aceh dikenal dari tulisan Marco Polo pada tahun 1292 (1254-1324) dan Muhammad Abu Abdullah bin Muhammad Al Lawati Al Tanjawi atau yang dikenal dengan Ibnu Batutah pada tahun 1328 (1304-1377) penjelajah dunia yang berasal dari Maroko.³⁰ Pertempuran Malaka pada Mei 1521 di bawah Panglima Jorge de Brito, armada laut Aceh di bawah Pimpinan Ali Mughaiyat Syah berhasil mengalahkan armada laut Portugis dengan menggunakan bola api yang terdiri dari gumpalan kain yang dicelup ke dalam cairan minyak bumi.

Kesultanan Aceh merupakan tempat “Diplomasi Ekonomi” bagi kaum Luso-Asia dan posisinya di lini depan dunia komersial serta maritim dari abad ke-16 hingga awal abad ke-18. Turki mendirikan Akademi Militer di Aceh dengan nama “*Askaribayt Al-Muqaddas*” (Akademi Militer Suci). Katib Chelebi (w.1657) dalam buku “*Cihannuma*” (Teras Dunia Semesta) menulis Muslim Aceh pejuang yang kuat dan mempelajari seni perang dari Turki dan memproduksi meriam seperti buatan Turki.³¹

Kerajaan Aceh Darussalam merupakan salah satu kekuatan Islam terbesar di dunia di bawah kedaulatan Sultan Iskandar Muda (1607-1636). Dalam menjalankan kebijakannya, Sultan Iskandar Muda berpedoman pada 4 (empat) bentuk diplomasi, yang penulis ilustrasikan dengan “Strategi Diplomasi Kapal Meriam”, yaitu:³²

(a) Strategi Diplomasi Kancil untuk dunia internasional;

²⁸ Tim ReforMiner Institute, *Op. Cit.*, h. 105, 110-111, 121-122.

²⁹ Lais Palazzo Almada and Virginia Parente, “Oil & Gas Industry in Brazil: A Brief History and Legal Framework”, *Panorama of Brazilian Law*, Vol 1, No 1, 2013, h. 223; Douglas Tlogane Mailula, “Protection of Petroleum Resources in Africa: A Comparative Analysis of Oil and Gas Laws of Selected African States”, *Thesis*, University of South Africa, 2013, h. 1-2; Tim ReforMiner Institute, *Op. Cit.*, h. 4-6.

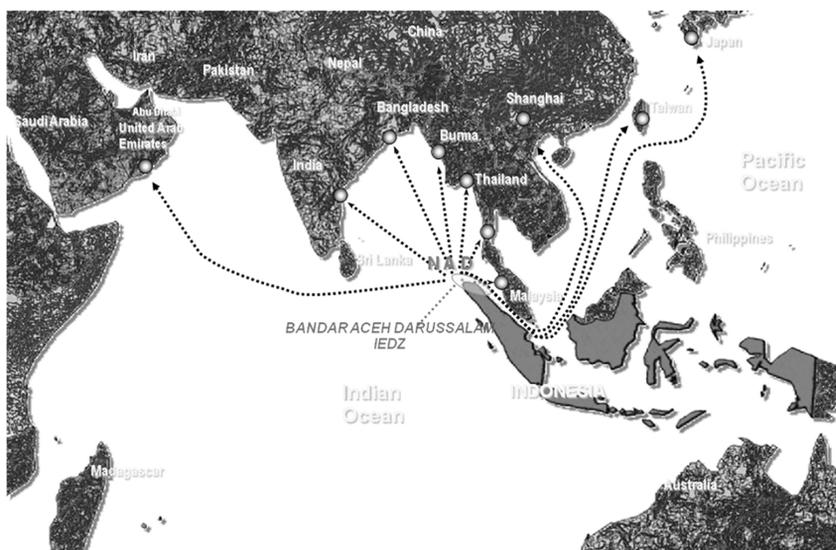
³⁰ M. Zainuddin, *Tarikh Atjeh dan Nusantara*, Medan: Pustaka Iskandar Muda, 1961, h. 120-121.

³¹ *Ibid.*, h. 6.

³² Sultan Iskandar Muda **Meukuta Alam** menetapkan dasar politik luar negeri untuk menghadapi bahaya imperialisme Portugis, Inggris dan Belanda. Pada masa Sultan Alaidin Riayat Syah II Abdul Qahar membina organisasi kerajaan dengan menyusun Undang-Undang Dasar Negara yang diberi nama “Qanun Al-Asyi”. Qanun tersebut kemudian pada masa Sultan Iskandar Muda disempurnakan dan menjadi “**Qanun Al-Asyi Meukuta Alam.**”

- (b) Strategi Diplomasi *Meubisan* (beisanan), yaitu perkawinan agung antara negara;
- (c) Strategi Diplomasi Kekuatan, yaitu diplomasi yang mengandalkan pada kekuatan senjata, atau sering disebut Diplomasi Tentara/Militer;
- (d) Strategi Diplomasi Ekonomi, yaitu diplomasi yang didasarkan kepada kekuatan ekonomi untuk mencapai pengaruh dan tujuan politik.

Peta.1.
Bandar Aceh Darussalam



Belajar dari Kerajaan Aceh Darussalam sebagai salah satu **“Poros Maritim Dunia”**, kegiatan usaha hulu Migas dalam Wilayah Hukum Pertambangan Indonesia berarti pengolahan kekuatan ekonomi potensial menjadi kekuatan ekonomi riil melalui penggunaan teknologi, peningkatan Partisipasi Pemerintah dan investasi. Hasjim Djalal berargumentasi bahwa:³³

“Kedaulatan teritorial Indonesia diakui untuk seluruh Nusantara yang mencakup satu kesatuan kewilayahan atas daratnya, lautnya, termasuk dasar laut dan tanah di bawahnya, udara di atas dan laut, serta seluruh kekayaan sumber daya alam yang terkandung di dalamnya.”

Strategi penguatan kegiatan usaha hulu Migas berintikan pada usaha eksplorasi dan pengembangan serta produksi Migas. Tujuan kegiatan eksplorasi adalah untuk

³³ Hasjim Djalal, “Indonesia Dan Konvensi Hukum Laut PBB 1982”, *Makalah*, Jakarta: Agustus 2014, h. 6.

memperoleh informasi mengenai kondisi geologi, menemukan dan memperoleh perkiraan cadangan Migas, tempat Wilayah Kerja yang ditentukan. Wilayah kerja adalah di dalam wilayah hukum pertambangan Indonesia yang meliputi seluruh wilayah daratan, perairan dan landas kontinen Indonesia.³⁴ Pasal 2 PP PBSDAMA berbunyi: “(1) Sumber daya alam Minyak dan Gas Bumi di Aceh yang berada di darat dan laut di dalam wilayah hukum pertambangan Indonesia merupakan kekayaan nasional yang dikuasai oleh negara. (2) Pemerintah dan Pemerintah Aceh melakukan pengelolaan bersama sumber daya alam Minyak dan Gas Bumi yang berada di darat dan laut di wilayah kewenangan Aceh.”

Selanjutnya Pasal 3 mengatur tentang kewenangan pengelolaan sumber daya alam Minyak dan Gas Bumi yang berada pada wilayah laut 12 (dua belas) sampai dengan 200 (dua ratus) mil dari wilayah kewenangan Aceh. Di dunia ini ada 15 negara yang mempunyai *Leading Exclusive Economic Zone* (EEZ), yaitu Amerika Serikat, Prancis, Indonesia, Selandia Baru, Australia, Rusia, Jepang, Brasil, Kanada, Meksiko, Kiribati, Papua Nugini, Chili, Norwegia, dan India. Indonesia beruntung termasuk 1 (satu) dari 15 (lima belas) negara yang mempunyai Zona Ekonomi Eksklusif (ZEE) sangat luas bahkan termasuk 3 (tiga) besar setelah Amerika Serikat dan Prancis, yaitu sekitar 1.577.300 *square nautical miles*. Dengan status Indonesia yang memiliki ZEE seperti itu, sudah seharusnya Indonesia menjadi negara yang subur, makmur, sejahtera.

Zona-zona Maritim yang berada di bawah kedaulatan penuh adalah Perairan Pedalaman, Perairan Kepulauan, dan Laut Teritorial. Zona-zona Maritim yang berada di bawah wewenang dan hak khusus negara adalah ZEE, Landas Kontinen dan Jalur Tambahan. Sesuai dengan 1945 *Truman Proclamation*, 1956 *United Nations Convention on Law of the Sea*, Konvensi Jenewa Tentang Landasan Kontinental dan Laut Bebas 1958 (“Konvensi Geneva 1958”), *United Nations Convention on Law of the Sea* 1982 (“Konvensi Geneva 1982”) bahwa sepanjang yang bertalian dengan dasar laut dan tanah di bawahnya, hak berdaulat di Landas Kontinen dijamin penguasaan penuh dan hak eksklusif negara serta kepemilikan atas sumber daya alam.³⁵

³⁴ Data yang dimaksud dalam kegiatan survey umum adalah semua fakta, petunjuk, indikasi, dan informasi baik dalam bentuk tulisan (karakter), angka (digital), gambar (analog), media magnetik, dokumen, percontohan batuan, fluida, dan bentuk lain yang didapat dari hasil survey umum, eksplorasi dan pengembangan Migas. PGN Inside I, *Edisi Khusus* 59, 2013, h. 5.

³⁵ Konvensi Geneva 1982 mengatur 2 (dua) zona maritim yang berada di bawah kedaulatan negara pantai, yaitu Perairan Pedalaman dan Laut Teritorial. Kedaulatan dalam Zona Maritim berarti suatu negara kepulauan mempunyai kedaulatan atas Perairan Pedalaman, Perairan Kepulauan, dan Laut Teritorial. Konvensi Geneva 1982 adalah bukti pengakuan internasional terhadap konsep negara kepulauan “*Archipelagic State*” yang diperjuangkan bangsa Indonesia sejak Deklarasi Juanda 13 Desember 1957.

Konvensi Hukum Laut (UNCLOS 1982) ditandatangani di Montego Bay, Jamaica pada 10 Desember 1982 dan diberlakukan pada 16 November 1994. Berdasarkan Konvensi Hukum Laut 1982, Pasal 56 Hak-hak, Yurisdiksi dan Kewajiban Negara Pantai Dalam Zona Ekonomi Eksklusif bahwa Negara Pantai mempunyai: "(a) Hak-hak berdaulat untuk keperluan eksplorasi dan eksploitasi, konservasi dan pengelolaan sumber kekayaan alam, baik hayati maupun non-hayati, dari perairan di atas dasar laut dan dari dasar laut dan tanah di bawahnya dan berkenaan dengan kegiatan lain untuk keperluan eksplorasi dan eksploitasi ekonomi zona tersebut, seperti produksi energi dari air, arus dan angin; (b) Yurisdiksi sebagaimana ditentukan dalam ketentuan yang relevan Konvensi ini berkenaan dengan: (i) pembuatan dan pemakaian pulau buatan, instalasi dan bangunan; (ii) riset ilmiah kelautan; (iii) perlindungan dan pelestarian lingkungan; (c) hak dan kewajiban lain sebagaimana ditentukan dalam Konvensi ini.

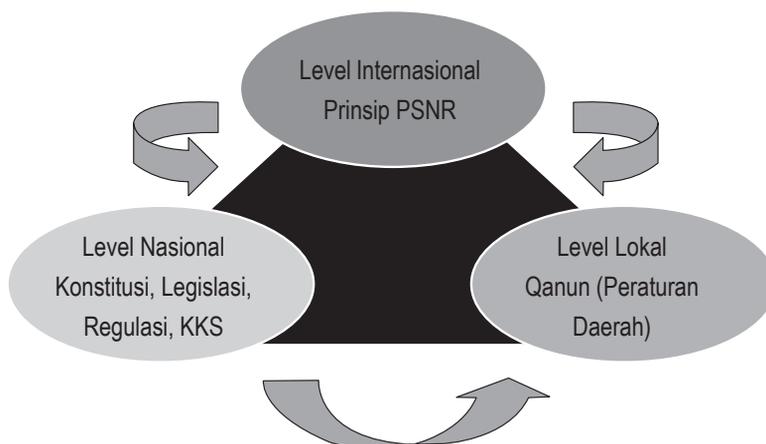
Formulasi hak-hak, yurisdiksi dan kewajiban di atas, menunjukkan bahwa penemuan penting Migas di Aceh akan membuka horizon baru peradaban manusia dalam perannya sebagai aktor penentu kemajuan Bangsa Indonesia. Kekayaan sumber daya alam Migas merupakan aset negara yang perlu dikelola seoptimal mungkin dengan memaksimalkan peran serta NOC dan IOC untuk meningkatkan penemuan dan pengembangan serta produksi Migas. Ketersediaan fisik Migas harus diikuti dengan dukungan finansial NOC dan IOC untuk memperlancar aktivitas eksplorasi dan pengembangan serta produksi Migas.³⁶

Khusus mengenai pengelolaan sumber daya alam Migas di Aceh, Badan Pengelola Migas Aceh ("BPMA") yang dibentuk untuk melakukan pengelolaan dan pengendalian bersama kegiatan usaha hulu Migas yang berada di darat dan laut di Wilayah Kewenangan Aceh harus mengikuti ketentuan-ketentuan pada level internasional, nasional dan lokal.³⁷

³⁶ Adapun tujuan penyelenggaraan kegiatan usaha Migas berdasarkan Pasal 3 UU Migas adalah: "(a) Menjamin efektivitas pelaksanaan dan pengendalian kegiatan usaha eksplorasi dan eksploitasi secara berdaya guna, berhasil guna, serta berdaya saing tinggi dan berkelanjutan atas Minyak dan Gas bumi milik negara yang strategis dan tidak terbarukan melalui mekanisme yang terbuka dan transparan; (b) Menjamin efektivitas pelaksanaan dan pengendalian usaha pengolahan, pengangkutan, penyimpanan, dan niaga secara akuntabel yang diselenggarakan melalui mekanisme persaingan usaha yang wajar, sehat, dan transparan; (c) Menjamin efisiensi dan efektivitas tersedianya Minyak Bumi dan Gas Bumi, baik sebagai sumber energi maupun sebagai bahan baku, untuk kebutuhan dalam negeri; (d) Mendukung dan menumbuhkembangkan kemampuan nasional untuk lebih mampu bersaing di tingkat nasional, regional, dan internasional; (e) Meningkatkan pendapatan negara untuk memberikan kontribusi yang sebesar-besarnya bagi perekonomian nasional dan mengembangkan serta memperkuat posisi industri dan perdagangan Indonesia; (f) Menciptakan lapangan kerja, meningkatkan kesejahteraan dan kemakmuran rakyat yang adil dan merata, serta tetap menjaga kelestarian lingkungan hidup."

³⁷ Fungsi BPMA adalah : " a. melaksanakan negosiasi dan pembuatan perjanjian kerja sama di bidang Minyak dan Gas Bumi yang dilakukan Pemerintah dan Pemerintah Aceh; b. melaksanakan penandatanganan Kontrak Kerja Sama; c. mengkaji rencana pengembangan lapangan yang pertama kali akan diproduksi dalam suatu Wilayah Kerja; d. menyampaikan hasil kajian mengenai rencana pengembangan lapangan yang pertama kali akan diproduksi dalam suatu Wilayah Kerja yang telah mendapat persetujuan Gubernur kepada Menteri; e. memberikan persetujuan rencana pengembangan lapangan selanjutnya; f. memberikan persetujuan rencana kerja dan anggaran Badan Usaha/Bentuk Usaha Tetap; g. melaksanakan

Skema.1.
Strategi Penguatan 3 (Tiga) Level



Strategi penguatan pengelolaan bersama sumber daya alam Migas Aceh ditinjau dari hukum internasional menunjukkan bahwa kedaulatan atas wilayah daratan sesuai dengan batas-batas wilayah negara. Mengacu pada prinsip kedaulatan negara, bagian laut dimana negara memiliki hak atas sumber daya alam Migas yang merupakan *kedaulatan penuh (sovereignty)* mencakup 12 (dua belas) mil laut. Sedangkan *hak berdaulat (sovereignty rights)* yang merupakan ZEE, bagian dari laut lepas yang berbatasan dengan laut teritorial sampai dengan jarak 200 (dua ratus) mil dari garis pangkal dan Landas Kontinen. Dasar laut dan tanah di bawahnya (*seabed and subsoil*) adalah yang berbatasan dengan daerah dasar laut di bawah laut teritorial sampai dengan minimal 200 (dua ratus) mil, maksimal 350 (tiga ratus lima puluh) mil dari garis pangkal atau 100 (seratus) mil *isobaths* 2500 (dua ribu lima ratus) meter.

Kedaulatan Aceh untuk mengelola sumber daya alam Migas merupakan wujud kepercayaan yang ikhlas dari Pemerintah Pusat dalam rangka mempercepat terwujudnya kesejahteraan di Aceh. Hal ini perlu direspon positif dengan pembuatan aturan hukum, yaitu Qanun dalam melaksanakan kegiatan usaha hulu Migas, khususnya strategis penguatan pengelolaan bersama sumber daya alam Migas di Wilayah Laut.

monitoring dan melaporkan pelaksanaan Kontrak Kerja Sama kepada Menteri dan Gubernur; dan h. memberikan rekomendasi penjual Minyak Bumi dan/atau Gas Bumi dari pengelolaan bersama, yang telah mendapat persetujuan Gubernur kepada Menteri, yang dapat memberikan keuntungan sebesar-besarnya bagi negara."

KESIMPULAN

Nilai tambah pertumbuhan ekonomi Aceh dari kegiatan usaha hulu Migas yang baik dan benar akan mampu membangun peradaban moderen yang sesuai dengan prinsip-prinsip, teori-teori dan kaidah-kaidah hukum yang tepat, sehingga strategi penguatan pengelolaan bersama sumber daya alam Migas di Wilayah Laut dapat dinikmati oleh generasi masa kini dan masa depan. Dorongan terciptanya iklim investasi yang kondusif merupakan syarat utama pengembangan kegiatan usaha hulu Migas demi kepentingan negara dan bangsa.

Aceh harus belajar menjadi “Penemu Jalan Baik” sekaligus menjadi “Agen Perubahan” sebagai katalisator keberhasilan transformasi dalam pengelolaan sumber daya alam Migas. Strategi penguatan itu adalah seni kepemimpinan. Ia membutuhkan pemupukan dan pelajaran serta latihan-latihan. Suatu strategi betapun elegannya, harus ditolak atau direvisi jika ia tidak benar, demikian juga hukum dan institusi harus direformasi jika tidak adil. Sinergi kepentingan Pemerintah Pusat dan Pemerintah Aceh harus tetap mengedepankan kedaulatan negara. Dinamika industri Migas yang sudah berlangsung sejak lama, menjadikan Aceh lebih matang dalam mengembangkan kebijakan yang ada untuk mendukung aturan-aturan internasional, nasional, dan lokal serta penghormatan terhadap KKS yang telah disepakati. Pertemuan hukum lokal, internasional dan nasional dalam kegiatan usaha hulu Migas adalah sebuah upaya dalam mewujudkan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

Ahmad Munif Suratmaputra, 2002, *Filsafat Hukum Islam Al-Ghazali Masalahah Mursalah & Relevansinya Dengan Pembaharuan Hukum Islam*, Jakarta: Pustaka Firdaus.

Adiwarman Azwar Karim, 2010, *Sejarah Pemikiran Ekonomi Islam*, Jakarta: Rajawali Pers.

Aslan Noor, 2006, *Konsep Hak Milik Atas Tanah Bagi Bangsa Indonesia: Ditinjau Dari Ajaran Hak Asasi Manusia*, Bandung: Mandar Maju.

Burhan Ashshofa, 2010, *Metode Penelitian Hukum*, Jakarta: Rineka Cipta.

- Benny Lubiantara, 2013, *Ekonomi Migas Tinjauan Aspek Komersial Kontrak Migas*, Gramedia Jakarta: Widiararana Indonesia.
- Dina Sunyowati, et.al, 2011, *Buku Ajar Hukum Internasional*, Surabaya: Airlangga University Press.
- Dina Sunyowati dan Enny Narwati, 2013, *Buku Ajar Hukum Laut*, Surabaya: Airlangga University Press.
- H. A. Khudori Saleh, 2013, *Filsafat Islam: Dari Klasik Hingga Kontemporer*, Yogyakarta: Ar-Ruzz Media.
- Hasjim Djagal, 1979, *Perjuangan Indonesia Di Bidang Hukum Laut*, Bandung: Bina Cipta.
- I Wayan Parthiana, 2003, *Pengantar Hukum Internasional*, Bandung: Mandar Maju.
- Jimly Asshiddiqie, 2010, *Konstitusi Ekonomi*, Jakarta: Kompas.
- Marcel, Valerie, 2006, *Oil Titans, National Oil Companies*, Washington DC: Brookings Institution Press.
- McBeth, B.S,1983, *Juan Vicente Gomez and The Oil Companies in Venezuela 1908-1935*, Cambridge: Cambridge University Press.
- M.S. Vassiliou, 2009, *The A to Z of The Petroleum Industry*, Maryland: The Scarecrow Press.
- M. Zainuddin, 1961, *Tarikh Atjeh dan Nusantara*, Medan: Pustaka Iskandar Muda.
- Peter Mahmud Marzuki, 2013, *Penelitian Hukum*, Edisi Revisi, Jakarta: Kencana Prenada Media Group.
- Philipus Hadjon dan Tatiek Sri Djatmiati, 2005 *Argumentasi Hukum (Legal Argumentation/Legal Reasoning) Langkah-langkah Legal Problem Solving dan Penyusunan Legal Opinion*, Yogyakarta: Gajah Mada University Press.
- Rudi M. Simamora, 2000, *Hukum Minyak dan Gas Bumi*, Bandung: Djambatan.
- Terry Hutchinson, 2010, *Researching and Writing in Law*, Third Edition, Australia: Lawbook
- Tim ReforMiner Institute, 2011, *Esensi Pendirian Perusahaan Migas Negara: Redefinisi Peran dan Posisi Pertamina*, Jakarta: ReforMiner Institute.
- Voss, Jan Ole, 2011, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

Werner Menski, 2015, *Perbandingan Hukum Dalam Konteks Global Sistem Eropa, Asia dan Afrika: Comparative Law In A Global Context*, Alih Bahasa: M. Khozim, Bandung: Nusa Media.

Makalah, Jurnal dan Artikel

Almada, Laís Palazzo and Virginia Parente, 2012, "Oil & Gas Industry in Brazil: A Brief History and Legal Framework", *Panorama of Brazilian Law*, Vol 1, No 1, 223-252.

Blades, Bryan W, 2011-2012, "Production, Politics, and Pre-Salt: Transitioning to A PSC Regime in Brazil", *7 Texas Journal of Oil, Gas, and Energy Law* 31, 31-56.

E. Saefullah Wiradipradja, 2009, "Wilayah Udara Negara (*State Air Territory*) Ditinjau Dari Segi Hukum Internasional Dan Nasional Indonesia", *Indonesia Journal of International Law*, Volume 6 Nomor 4 Juli, 1-19.

Hasjim Djalal, 2014, "Indonesia Dan Konvensi Hukum Laut PBB 1982", *Makalah*, Jakarta: Agustus.

Iman Prihandono, 2013, "Transnational Corporations and Human Rights Violations in Indonesia", *Australian Journal of Asian Law*, Vol 14. No.1. Article 5, 1-23.

Moh. Mahfud MD, 2016, "Pemanfaatan Nilai Dan Pemupukan Amal Perbuatan Pancasila Sebagai Nilai Utama Bela Negara", *Makalah*, Disampaikan Pada Seminar Hari Pancasila Yang Diselenggarakan Kerjasama Antara MK-RI, Kemenhan, FH Unair, Klinik Pancasila, Surabaya, 1 Juni.

Muchammad Zaidun dan Indah Dwi Qurbani, 2014, "Irrelasi Negara Dan Ekonomi Dalam Pengelolaan Minyak Dan Gas Bumi Di Indonesia" Dalam Muhammad Alim, Hamdan Zulfa, Dkk, *Liber Amicorum 70 Tahun Prof. Dr. Achmad Sodiki, S.H*, Malang: Universitas Brawijaya Press.

Pascal, Larry B and Ramon A. Azpurua, 2008, "The Venezuelan Oil and Gas Sector- Are there still Opportunities in the Era of Petronationalism?", *Latin American Law & Business Report*, Volume 16, Number 7, 1-5.

PGN Inside I, 2013, *Edisi Khusus 59*.

Vass, Uisdean R and Adriana Lezcano, 2011, "The New Venezuelan Legal Regime for Natural Gas: A Hopeful New Beginning", *Texas International Law Journal*, Vol. 36:99, 100-139.

Witten, Emily A, 2008-2009, "Arbitration of Venezuelan Oil Contracts: A Losing Strategy?", *4 Texas Journal Oil Gas & Energy Law* 55, 56-87.

Zaini Abdullah, 2015, "Extracting the Future: Menata Sumberdaya Ekstraktif Untuk Pembangunan Berkelanjutan, *Makalah*, Disampaikan Dalam Konferensi Tata Kelola Sumberdaya Ekstraktif, Jakarta: 17 November.

Tesis/Disertasi

Mailula, Douglas Tlogane, 2013, "Protection of Petroleum Resources in Africa: A Comparative Analysis of Oil and Gas Laws of Selected African States", *Thesis*, Faculty of Law, University of South Africa.

Muchammad Zaidun, 2005, "Penerapan Prinsip-prinsip Hukum Internasional Penanaman Modal Asing di Indonesia, *Disertasi*, Surabaya: Program Pascasarjana Universitas Airlangga.

Website

Migas dan Energi Indonesia, <<http://migas.esdm.go.id/post/read/Sejarah-Penemuan-Minyak-di-Dunia>>. Diakses tanggal 24 Agustus 2016.

<<http://www.oildomes.blogspot.com/2013/12/sejarah-penemuan-minyak-bumi-di-dunia.html>>. Diakses tanggal 22 Agustus 2016.

Aksiologis Mahkamah Konstitusi dalam Mewujudkan Demokrasi di Aceh

Axiological Constitutional Court in Realizing Democracy in Aceh

Cakra Arbas

Pascasarjana Magister Ilmu Hukum
Universitas Muhammadiyah Sumatera Utara
Jl. Denai No. 217, Medan (20226)
E-mail: cakraarbas@umsu.ac.id /c4k124@rocketmail.com

Naskah diterima: 28/08/2017 revisi: 10/01/2018 disetujui: 19/02/2018

Abstrak

Kontestan pilkada tidak hanya berasal dari partai politik, melainkan seiring dinamika pilkada yang terjadi di Aceh Tahun 2006, telah menuntut Mahkamah Konstitusi bernilai aksiologis melalui berbagai putusannya untuk mengakomodir calon perseorangan dalam kontestasi pilkada secara nasional. Bagaimana latar belakang implementasi calon perseorangan dalam pesta demokrasi, khususnya melalui pilkada? Bagaimana aksiologis mahkamah konstitusi dalam mengokohkan perwujudan nilai demokrasi, khususnya pada daerah otonom Aceh?. Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif, jenis data yang digunakan adalah data sekunder, yang terdiri dari bahan hukum primer (perundang-undangan, putusan Mahkamah Konstitusi), bahan hukum sekunder (karya ilmiah), dan bahan hukum tersier (ensiklopedia dan kamus). Adapun metode pengumpulan datanya adalah melalui studi kepustakaan, yaitu meneliti dan menggali bahan-bahan hukum, selanjutnya teknik analisis data yang dipakai adalah teknik analisis kualitatif. Keberadaan calon perseorangan dalam kontestasi pilkada nasional, diawali ketika pelaksanaan pilkada di Aceh pada Tahun 2006, berawal dari pelaksanaan pilkada di Aceh timbulnya kesadaran kolektif masyarakat tentang urgensi calon perseorangan, fase berikutnya dilakukan *judicial review* atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, bermuara dengan putusan MK Nomor 5/PUU-V/2007, yang pada hakikatnya mengakomodir

calon perseorangan sebagai salah satu kontestan dalam pilkada secara nasional. Mahkamah Konstitusi berperan secara aktif, menjadi lembaga negara yang bernilai aksiologis melalui berbagai putusannya (Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 35/PUU-VIII/2010, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 108/PHPU.D-IX/2011, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 1/SKLN-X/2012) dalam rangka meluruskan berbagai friksi dan sengkabut yang melingkupi Pilkada di Aceh.

Kata Kunci: Mahkamah Konstitusi, Demokrasi, Aceh

Abstract

Regional head election contestants not only come from political parties, but in line with the electoral dynamics that occurred in Aceh in 2006, have demanded the Constitutional Court aesthetic value through various decisions to accommodate individual candidates in national election contestation. What is the background of the implementation of individual candidates in democracy parties, especially through elections? How is the axiological of the Constitutional Court in affirming the realization of the value of democracy, especially in the autonomous region of Aceh?. This study is a normative legal research, the type of data used is secondary data, consisting of primary legal material (legislation, Constitutional Court decision), secondary legal material (scientific work), and tertiary legal material (encyclopedia and dictionary). The existence of individual candidates in the national election contest, preceding the implementation of the elections in Aceh in 2006, started from the implementation of the elections in Aceh the emergence of collective awareness of the public about the urgency of individual candidates, the next phase of the judicial review of Law No. 32 of 2004 on Regional Government, led to the decision of Constitutional Court No. 5/PUU-V/2007, which essentially accommodate individual candidates as one contestant in the national election. The Constitutional Court is actively involved in becoming a state institution with axiological value through its decisions (Decision of the Constitutional Court No. 35/PUU-VIII/2010, and No. 108/PHPU.D-IX/2011, also No. 1/SKLN-X/2012) in order to straighten out the various frictions surrounding the elections in Aceh.

Keywords: Constitutional Court, Democracy, Aceh

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Gelora reformasi yang terjadi di tanah air, telah menjadi kilas balik dalam penyelenggaraan pemerintahan, sekaligus momentum perwujudan nilai demokrasi serta hak asasi manusia yang beberapa waktu sebelumnya dinilai telah dikebiri. Dengan kata lain, reformasi menghantarkan masyarakat Indonesia

sebagai masyarakat yang merdeka, bermakna bahwa terdapatnya sarana untuk berpartisipasi dalam sistem pemerintahan, baik lokal maupun nasional. Sehingga senantiasa diharapkan melalui reformasi akan terwujudnya penyelenggaraan pemerintahan yang bernafaskan demokratis.

Berwacana tentang demokrasi belum ajeg kiranya, jika tanpa bercermin dalam konsensus bangsa Indonesia yang dipelopori oleh *founding fathers*, melakukan abstraksi berbagai nilai yang hidup dan berkembang di seluruh wilayah Indonesia. Hingga bermuara dengan mengkrystalnya falsafah hidup bangsa Indonesia, yang diaktualisasikan melalui Pancasila, khususnya sila ke-4 yang berbunyi "*Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan*".

Memaknai sila ke-4 tersebut, prinsipnya menegaskan bahwa bangsa Indonesia akan terus memelihara dan mengembangkan semangat bermusyawarah untuk mencapai mufakat dalam perwakilan. Bangsa Indonesia akan tetap memelihara dan mengembangkan kehidupan demokrasi, sekaligus akan memelihara dan mempertahankan serta mengembangkan kearifan dan kebijaksanaan dalam bermusyawarah¹.

Derivasi dari Pancasila selanjutnya diimplementasikan melalui amanat Pasal 1 (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI Tahun 1945), yang berbunyi "*kedaulatan di tangan rakyat dan dilaksanakan sepenuhnya menurut Undang-Undang Dasar*", senada prinsip ketatanegaraan maka substansi gelora reformasi salah satunya melakukan amandemen Konstitusi Republik Indonesia, yang pasca amandemen UUDNRI Tahun 1945 mengamanatkan bahwa Mahkamah Konstitusi berkedudukan sebagai lembaga negara yang berfungsi menangani perkara tertentu di bidang ketatanegaraan, dalam rangka menjaga Konstitusi agar dilaksanakan secara bertanggung jawab sesuai dengan kehendak rakyat dan cita demokrasi.

Berdasarkan amanat Pasal 24C (1 dan 2) UUDNRI Tahun 1945, Mahkamah Konstitusi memiliki beberapa kompetensi, diantaranya: *Pertama*, Menguji undang-undang terhadap UUDNRI Tahun 1945². *Kedua*, Memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUDNRI Tahun 1945.

¹ Pimpinan MPR dan Tim Kerja Sosialisasi MPR Periode 2009-2014, *Empat Pilar Kehidupan Berbangsa dan Bernegara*, Jakarta: Sekretariat Jenderal MPR RI, 2012, h. 45-78.

² Pengujian Undang-Undang merupakan tindakan pengujian oleh Mahkamah Konstitusi untuk menguji konstitusionalitas suatu Undang-Undang, baik secara keseluruhan maupun sebagian. Pengujian konstitusionalitas dimaksud menggunakan konstitusi (UUDNRI Tahun 1945) sebagai batu ujinya. Undang-Undang dinyatakan konstitusionalitas ketika normanya berkesesuaian dengan norma UUDNRI Tahun 1945, dan dinyatakan tidak konstitusionalitas ketika normanya bertentangan dengan UUDNRI Tahun 1945. Mardian Wibowo, "Menakar Konstitusionalitas Sebuah Kebijakan Hukum Terbuka Dalam Pengujian Undang-Undang", *Jurnal Konstitusi*, Volume 12, Nomor 2 (Juni. 2015), h. 197.

Ketiga, Memutus pembubaran partai politik. *Keempat*, Memutus perselisihan hasil pemilihan umum. *Kelima*, Memberikan putusan atas pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden diduga telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lain, atau perbuatan tercela, dan/atau tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden sebagaimana dimaksud dalam UUDNRI Tahun 1945.

Sebagaimana diterangkan oleh Maruarar Siahaan³, bahwa kompetensi yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi yakni berwenang mengadili perkara pada tingkat pertama dan terakhir, dan putusannya bersifat final. Artinya putusan Mahkamah Konstitusi langsung memperoleh kekuatan hukum tetap sejak diucapkan dan tidak ada upaya hukum lainnya yang dapat ditempuh. Sifat final dalam putusan Mahkamah Konstitusi juga mencakup pula kekuatan hukum mengikat (*final and binding*). Hakikatnya putusan Mahkamah Konstitusi bersifat *erga omnes*, yang artinya mengikat seluruh warga negara.

Seiring bergulirnya orde reformasi, Mahkamah konstitusi telah berperan aktif dalam mengawal dan mewujudkan nilai demokrasi, meskipun terdapat prinsip asimetris dalam memaknai demokrasi lokal antara satu daerah otonom dengan daerah otonom lainnya. Sebagaimana diterangkan M. Solly Lubis⁴ bahwa hakikatnya demokrasi dapat direalisasikan dalam dua tahap, yaitu: *Pertama*, demokrasi yang mempunyai sifat langsung. *Kedua*, demokrasi yang mempunyai sifat tidak langsung. Dalam konteks tersebut, salah satunya Provinsi Aceh yang telah menerapkan demokrasi secara langsung dalam menjaring Kepala Daerah, sekaligus bergulirnya demokrasi melalui pilkada di Aceh telah menjadi embrio cikal bakal calon perseorangan secara nasional.

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang permasalahan yang telah dikemukakan di atas, selanjutnya dirumuskan beberapa masalah, sebagai berikut:

1. Bagaimana latar belakang implementasi calon perseorangan dalam pesta demokrasi, khususnya melalui pilkada ?
2. Bagaimana aksiologis Mahkamah Konstitusi dalam mengokohkan perwujudan nilai demokrasi, khususnya pada daerah otonom Aceh ?

³ Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika, 2011, h. 202-215.

⁴ M. Solly Lubis, *Ilmu Negara*, Bandung: Mandar Maju, 2007, h. 60-70.

C. Metode Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif, jenis data yang digunakan adalah data sekunder, yang terdiri dari bahan hukum primer (berbagai bentuk peraturan perundang-undangan, dan berbagai putusan Mahkamah Konstitusi), bahan hukum sekunder (kumpulan data dari hasil karya ilmiah para sarjana serta hasil-hasil penelitian yang berhubungan dengan pilkada), bahan hukum tersier (bahan-bahan yang memberikan informasi mengenai bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder, seperti kamus dan ensiklopedia). Adapun metode pengumpulan datanya adalah melalui studi kepustakaan, yaitu meneliti dan menggali bahan-bahan hukum. Teknik analisis data yang dipakai adalah teknik analisis kualitatif.

PEMBAHASAN

A. Aktualisasi Calon Perseorangan

Pelaksanaan pemilihan Kepala Daerah (pilkada) dapat diikuti oleh para peserta, yang terdiri dari pasangan calon yang diusulkan oleh partai politik atau gabungan partai politik, dan pasangan calon perseorangan yang didukung oleh sejumlah masyarakat. Dari dua variabel tersebut, dengan tegas dinyatakan bahwa para peserta pemilihan dapat terdiri dari pasangan yang diusul partai politik dan non partai politik.

Calon perseorangan merupakan calon yang akan mengikuti pilkada namun tanpa didukung secara legal-formal oleh partai politik. Melalui Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2016 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota, secara tegas disebutkan mengenai posisi calon perseorangan, yakni pada Pasal 42 (1 dan 2), yang berbunyi:

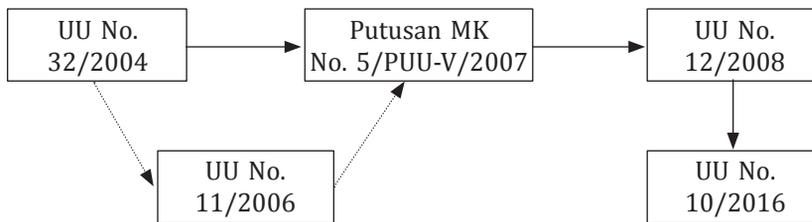
*“(1) Pasangan Calon Gubernur dan Calon Wakil Gubernur didaftarkan ke KPU Provinsi oleh Partai Politik, gabungan Partai Politik, atau perseorangan.
(2) Pasangan Calon Bupati dan Calon Wakil Bupati serta pasangan Calon Walikota dan Calon Wakil Walikota didaftarkan ke KPU Kabupaten/Kota oleh Partai Politik, gabungan Partai Politik, atau perseorangan”.*

Secara otomatis, dapat disimpulkan bahwa yang dapat mengikuti pilkada tidak hanya calon-calon yang diusung dari partai politik saja, melainkan dapat juga diikuti oleh segenap masyarakat yang tidak tergabung dalam partai politik

atau calon perseorangan. Melalui alur gambar⁵ di bawah ini akan dideskripsikan mengenai mekanisme pemberlakuan calon perseorangan dalam kontestasi pilkada secara nasional.

Gambar

Alur munculnya calon independen dalam pemilukada di Indonesia



Ket:

—— = berpengaruh secara langsung.

- - - - - = berpengaruh secara tidak langsung.

Berdasarkan alur gambar tersebut, setidaknya-tidaknya dapat dipahami bahwa keberadaan calon perseorangan dalam kontestasi pilkada nasional, diawali ketika pelaksanaan pilkada di Aceh pada Tahun 2006 baik pada tingkat Provinsi maupun Kabupaten dan Kota, turut mengakomodir pasangan calon perseorangan sebagai salah satu kontestan dalam pilkada di Aceh. Berawal dari pelaksanaan pilkada di Aceh, timbulnya kesadaran kolektif masyarakat tentang urgensi calon perseorangan, sehingga menggugah salah satu anggota DPRD Kab. Lombok Tengah, untuk mengajukan *judicial review* atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.

Melalui permohonannya disebutkan bahwa Pasal dalam Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, hanya memberikan hak kepada partai politik atau gabungan partai politik untuk mengusulkan/mengajukan pasangan calon Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah serta sama sekali menutup peluang pasangan calon perseorangan. Serta turut dikaitkan dengan pengakomodiran calon perseorangan pada pilkada di Provinsi Aceh Tahun 2006.

Mahkamah Konstitusi, melalui hakim panelnya membuka kesempatan bagi calon perseorangan untuk berpartisipasi dalam pemilihan Kepala Daerah.

⁵ Cakra Arbas, *Jalan Terjal Calon Independen Pada Pemilukada di Provinsi Aceh*, Jakarta: PT. Sofmedia, 2012, h. 74.

Mahkamah Konstitusi dengan tegas memberi kepastian hukum melalui putusan MK Nomor 5/PUU-V/2007 mengenai *judicial review* Undang-Undang No.32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah terhadap UUDNRI Tahun 1945.

Berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi⁶ yang dibacakan pada 23 Juli 2007, dinyatakan bahwa pilkada yang hanya membuka pintu bagi calon dari partai politik bertentangan dengan konstitusi. Hal ini dikarenakan peluang calon perseorangan telah dibuka di Provinsi Aceh, bahwa perkembangan pengaturan pilkada sebagaimana dipraktikkan di Aceh telah melahirkan realitas baru dalam dinamika ketatanegaraan yang telah menimbulkan dampak kesadaran konstitusi secara nasional, yakni dibukanya kesempatan bagi calon perseorangan dalam pilkada, intinya Aceh telah menjadi episentrum perubahan sistem politik secara nasional.

Adapun teori *ratio decidendi* yang diutarakan oleh majelis hakim Mahkamah Konstitusi, yaitu berdasarkan konstitusi negara Indonesia tidak ada aturan yang mempersyaratkan calon Kepala Daerah berasal dari partai politik. Oleh karena itu, menjadi lumrah kiranya Mahkamah Konstitusi membuka peluang bagi calon perseorangan untuk mengikuti pilkada karena sejalan dan sesuai dengan konstitusional. Dalam konteks tersebut, Harun Alrasyid⁷ berpandangan bahwa Undang-undang yang tidak memberikan kesempatan pada calon perseorangan adalah bertentangan dengan UUDNRI Tahun 1945.

Posisi calon perseorangan sebagaimana yang ditegaskan Mahkamah Konstitusi melalui putusan MK Nomor 5/PUU-V/2007 tentunya akan berimplikasi hukum, setidaknya telah berimplikasi pada dua persoalan mendasar, diantaranya⁸: *Pertama*, Di perbolehkannya calon perseorangan untuk ikut dalam pilkada merupakan ukuran keberhasilan pemerintah memenuhi kepentingan politik masyarakat yang selama ini belum maksimal, dengan kata lain pemerintah telah mendengar keluhan politik masyarakat terhadap sistem politik yang tidak berpihak kepada mereka. *Kedua*, Putusan Mahkamah Konstitusi telah mengubah secara gradual substansi dan mekanisme pilkada. Perubahan mendasar terjadi pada kesetaraan politik yang selama ini terjadi gap atau timpang diantara para pelaku politik akibat saluran politik hanya diakui jika melalui jalur politik. Dengan demikian, putusan Mahkamah Konstitusi menjadi alat bagi setiap warga negara

⁶ Putusan Mahkamah Konstitusi No.5/PUU-V/2007, h.56.

⁷ Harun Al Rasyid, *Keterangan Saksi Ahli*, Putusan Mahkamah Konstitusi No.5/PUU-V/2007, h. 50.

⁸ Suharizal, *Pemilukada: Regulasi, Dinamika, dan Konsep Mendatang*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2011, h. 66.

untuk memiliki kesetaraan politik guna melakukan kontrol terhadap keputusan publik dan pembuat keputusan publik yang selama ini dimiliki partai politik.

Implikasi lainnya dari putusan MK Nomor 5/PUU-V/2007 agar tidak terjadi kekosongan hukum (*rechtssvacuum*) adanya pertimbangan yang menghimbau kepada pembentuk Undang-Undang (DPR dan Pemerintah) serta Komisi Pemilihan Umum (KPU) untuk segera mengatur syarat pengajuan calon perseorangan. Himbauan itu bisa dipahami karena Mahkamah Konstitusi memang tidak mungkin membuat norma baru dalam suatu pengujian undang-undang. Oleh karena Mahkamah Konstitusi berposisi sebagai *negative legislator*, yaitu tugas Mahkamah Konstitusi adalah membatalkan Undang-undang. Sementara tugas membuat Undang-undang (*positive legislator*) adalah tugas DPR dan Pemerintah. Dengan demikian, bahwa dibolehkannya calon perseorangan untuk berkontestasi melalui pilkada telah menjadi fakta hukum sejak putusan Mahkamah Konstitusi dibacakan pada 23 Juli 2007. Peluang menjadi Kepala Daerah melalui calon perseorangan hakikatnya dikonstruksikan oleh Mahkamah Konstitusi sebagai hak konstitusional warga negara.

B. Mewujudkan Demokrasi di Aceh

Kemenangan mayoritas calon perseorangan di Aceh melalui pilkada Tahun 2006, telah merubah konfigurasi politik yang ada di Aceh khususnya, sekaligus secara nasional pada umumnya. Tidak jarang perubahan paradigma dalam sistem pilkada melibatkan tataran supra dan infrastruktur politik, dari yang sebelumnya kontestasi pilkada hanya melibatkan partai politik, namun bergeser dengan penguatan hak asasi manusia, yaitu memberi ruang seluas-luasnya untuk calon perseorangan dalam pilkada, tentu dengan memenuhi sejumlah persyaratan⁹.

Menarik untuk ditelaah yaitu pasca bergulirnya pilkada Aceh Tahun 2006 yang merupakan sebagai cikal bakal lahirnya calon perseorangan, dan pada tahun-tahun berikutnya dalam pilkada daerah otonom lainnya juga telah menerapkan serta mengakomodir keberadaan calon perseorangan, faktanya ketika menjelang pelaksanaan pilkada di Aceh Tahun 2011 telah terjadi friksi di lingkungan pemerintahan Aceh dalam memaknai amanat tentang calon perseorangan.

Perihal friksi tersebut telah berimplikasi terhadap eksistensi pilkada Aceh Tahun 2011, dimana terjadi empat kali penundaan, sehingga pelaksanaan pilkada

⁹ Cakra Arbas, *Op. Cit.*, h. 111-138. Lihat juga dalam Cakra Arbas, "Independent Candidates of Regional-head election in Aceh", *IOSR Journal of Humanities And Social Science (IOSR-JHSS)*, Volume 20, Issue 1, Ver.II (Jan. 2015), h.35-42. Bandingkan juga dalam Cakra Arbas, "Independent Candidates of Regional-head election in Indonesia", *IISTE Journal Of Law, Policy and Globalization (IISTE-JLPG)*, Volume 35 (2015), h.159-164.

di Aceh baru dapat dilaksanakan pada tanggal 9 April 2012.¹⁰ Justru friksi tentang calon perseorangan di Aceh Tahun 2011 terjadi ketika daerah otonom lainnya telah mengakomodir calon perseorangan secara nasional, maka jika pilkada Aceh pada tahun berikutnya tidak memberi ruang atas calon perseorangan, tentunya hal ini akan menjadi sebuah bentuk kemunduran hukum, khususnya dalam hal berdemokrasi.

Hakikatnya merujuk dalam Konstitusi Indonesia juga tidak adanya perintah larangan bagi calon perseorangan untuk berkontestasi dalam pilkada. Oleh karenanya, perwujudan calon perseorangan merupakan sejalan dengan amanat UUDNRI Tahun 1945, sekaligus bentuk aktualisasi hak asasi manusia. Berdasarkan pertimbangan tersebut dan sesuai dengan kompetensi yang dimiliki, Mahkamah Konstitusi berperan secara aktif, menjadi lembaga negara yang bernilai aksiologis¹¹ melalui berbagai putusannya baik dari Tahun 2010-2012 untuk meluruskan beberapa friksi dan sengkabut yang melingkupi Pilkada di Aceh Tahun 2011, khususnya dalam memaknai calon perseorangan.

1. Putusan Mahkamah Konstitusi No. 35/PUU-VIII/2010

Bahwa pada tanggal 16 Juni 2010 telah dilaksankannya persidangan Mahkamah Konstitusi mengenai uji materil Undang-Undang (*judicial review*) dengan UUDNRI Tahun 1945, khusus tentang pengujian Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh, yaitu tentang calon perseorangan dalam pilkada Aceh.

Bahwa setelah melalui tahapan persidangan dan pemeriksaan alat bukti, Mahkamah Konstitusi melalui Hakim panelnya, pada tanggal 28 Desember 2010 memberi putusan, bahwa Pasal 256 Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh bertentangan dengan UUDNRI Tahun 1945, dan Pasal 256 tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Adapun teori *ratio decidendi* yang diutarakan oleh majelis hakim Mahkamah Konstitusi dalam Putusan MK Nomor 35/VII-PUU/2010, diantaranya: *Pertama*, Bahwa tidak memberikan kesempatan kepada calon perseorangan dalam Pilkada bertentangan dengan UUDNRI Tahun 1945, padahal berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 5/PUU-V/2007,

¹⁰ Cakra Arbas, *Op. Cit.*, h.181-185.

¹¹ Aksiologis merupakan salah satu cabang dari hakikat ilmu, bahwa hakikat ilmu pada prinsipnya mencakup: ontologi, epistemologi, dan aksiologi. Aksiologis dapat dimaknai sebagai manfaat dari perwujudan keilmuan itu sendiri. Lili Rasjidi, *Monograf Filsafat Ilmu Hukum Satau Pengantar*, Ttt, h. 5.

bertanggal 23 Juli 2007 calon perseorangan diakui dan diperbolehkan. Dalam putusan *a quo*, Mahkamah memberi pertimbangan bahwa Pasal 256 Undang-undang No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh dapat menimbulkan terlanggarnya hak warga negara yang bertempat tinggal di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam yang justru dijamin oleh Pasal 28D ayat 1 dan ayat 4 UUDNRI Tahun 1945.

Kedua, Bahwa berdasarkan putusan *a quo*, pembentuk Undang-undang kemudian mengakomodasi calon perseorangan dalam pemilihan umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah (Pilkada) dengan melakukan perubahan terhadap Undang-undang No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah yaitu dengan Undang-Undang No. 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah. Dengan demikian, calon perseorangan dalam pilkada secara hukum berlaku di seluruh wilayah Republik Indonesia.

Ketiga, bahwa apabila memperhatikan pertimbangan hukum Mahkamah dalam putusan *a quo* dihubungkan dengan adanya perubahan hukum yang berlaku secara nasional mengenai calon perseorangan dalam Pilkada, maka keberlakuan norma Pasal 256 Undang-Undang *a quo* menjadi tidak relevan lagi. Apalagi jika pasal tersebut tetap dilaksanakan oleh Penyelenggara Pemilu Komisi Independen Pemilihan (KIP Provinsi/Kabupaten/Kota) maka justru akan menimbulkan perlakuan yang tidak adil kepada setiap orang warga negara Indonesia yang bertempat tinggal di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam yang akan mencalonkan diri melalui calon perseorangan, karena hak konstitusionalnya yang dijamin oleh Pasal 28D ayat 1 dan ayat 4 UUDNRI Tahun 1945 menjadi terlanggar.

Keempat, Bahwa Mahkamah tidak menafikan adanya otonomi khusus di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam, namun calon perseorangan dalam pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah tidak termasuk dalam keistimewaan Pemerintahan Aceh, apalagi antara Undang-undang No. 32 Tahun 2004 dengan Undang-Undang No. 11 Tahun 2006 tidak dapat diposisikan dalam hubungan hukum yang bersifat umum dan khusus (*vide* Putusan Mahkamah No. 5/PUU-V/2007 bertanggal 23 Juli 2007). Fakta hukum lainnya, Provinsi Papua yang merupakan daerah otonomi khusus, juga memberlakukan calon perseorangan dalam Pilkada.

Implikasi atas putusan Mahkamah Konstitusi, diantaranya keberadaan Pasal 256 Undang-Undang No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh, hanya berupa *slapende regeling an sich* (ketentuan tidur yang tidak lagi berfungsi). Mahkamah Konstitusi dalam putusannya menyatakan Pasal 256 Undang-undang Pemerintahan Aceh telah bertentangan dengan Undang-Undang Dasar dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi tersebut, dapat ditelaah bahwa hal ini telah menunjukkan adanya penguatan dalam sistem demokrasi yang diterapkan di Indonesia, dan terkait atas calon perseorangan hakikatnya memang tidak ada larangan pada konstitusi Indonesia, sehingga dengan pengakomodiran calon perseorangan, maka wujud dari pelaksanaan demokrasi dapat terlaksana secara nyata.

Mengutip pandangan Seymour Martin Lipzig hak demokrasi itu tidak boleh dibatasi oleh apapun, termasuk untuk memilih pemimpin. Berbagai pembatasan terhadap akses demokrasi itu adalah penghinaan atas demokrasi, padahal demokrasi itu sendiri harus memberikan kompetisi yang bebas bagi seluruh warga negara untuk bersaing pada jabatan-jabatan politik dan pemerintahan¹².

2. Putusan Mahkamah Konstitusi No. 108/PHPU.D-IX/2011

Bahwa pada tanggal 26 Oktober 2011 adanya persidangan Mahkamah Konstitusi, mengenai Perselisihan Hasil Pemilihan Umum, khususnya mengenai SK Komisi Independen Pemilihan Aceh (KIP Aceh) No. 1 Tahun 2011 tanggal 12 Mei 2011 *juncto* SK KIP No. 11 Tahun 2011 tanggal 20 Juli 2011 *juncto* SK KIP No. 13 Tahun 2011 tanggal 29 Juli 2011 *juncto* SK No. 17 Tahun 2011 tanggal 26 September 2011 tentang Tahapan, Program dan Jadwal Penyelenggaraan Pemilihan Umum Gubernur/Wakil Gubernur, Bupati/Wakil Bupati, Walikota/Wakil Walikota dalam Provinsi Aceh.

Bahwa menurut Undang-undang Pemerintahan Aceh, pilkada Aceh dilaksanakan berdasarkan *Qanun* sesuai ketentuan Pasal 73 yang berbunyi "*Penyelenggaraan Pemilihan Gubernur/Wakil Gubernur, Bupati/Wakil Bupati, dan Walikota/wakil walikota sebagaimana dimaksud ... diatur lebih lanjut dengan Qanun dengan berpedoman pada peraturan perundang-undangan*", dan berdasarkan Pasal 66 Ayat (3) huruf b yang bunyinya, "*Pemberitahuan*

¹² Seymour Martin Lipzig dalam Marzuki Lubis, *Pergeseran Garis Peraturan Perundang-undangan tentang DPRD dan Kepala Daerah dalam Ketatanegaraan Indonesia*, Bandung: Mandar Maju, 2011, h. 213.

DPRA kepada KIP Aceh mengenai berakhirnya masa Jabatan Gubernur/Wakil Gubernur”, serta berdasarkan Pasal 66 ayat (6) bahwa tata cara pelaksanaan pilkada Aceh diatur oleh KIP dengan berpedoman pada Qanun”.

Bahwa sampai dengan ketika permohonan tersebut diajukan *Qanun* tentang pilkada Aceh sebagaimana diperintahkan ketentuan Pasal 73 Undang-undang Pemerintahan Aceh, belum tuntas pembahasannya karena tidak adanya kesepakatan bersama antara Eksekutif (Pemerintah Aceh) dengan Legislatif (DPRA), akhirnya Termohon dengan SK Nomor 17 tahun 2011 tanggal 26 September 2011 terus melanjutkan tahapan pilkada tanpa landasan hukum yang jelas, dan bahkan tidak memperdulikan prinsip-prinsip Legalitas, Legitimasi, dan Jurdil yang akan bermuara kepada kualitas demokrasi pilkada Aceh itu sendiri.

Antara DPRA dengan Gubernur Aceh terdapat perbedaan pendapat mengenai materi yang seharusnya diatur dalam *Qanun* tersebut, diantaranya: DPRA dengan 40 suara mendukung dan 20 suara abstain, tidak setuju jika dalam *Qanun* diperbolehkan calon perseorangan, sedangkan Gubernur Aceh menghendaki supaya *Qanun* mengakomodasi calon perseorangan. (putusan MK No. 108/PHPU.D-X/2011)

Adapun yang menjadi friksi yaitu tentang SK KIP Aceh No. 17 Tahun 2011, yang mana dinilai tidak logis dan manipulatif serta telah membuat Pemohon dicurangi oleh KIP Aceh sehingga Pemohon tidak dapat mengikuti pemilihan sebagai Kepala Daerah dalam pilkada Aceh Tahun 2011 ini, diantaranya:

Pertama, Alokasi waktu untuk calon perseorangan dalam mendapatkan dukungan adalah tidak logis dan maipulatif, sebagai contoh, untuk calon Pasangan Gubernur dan Wakil Gubernur adalah 50 hari untuk mendapatkan dukungan 3% dari Jumlah penduduk Aceh, sedangkan jumlah penduduk Aceh berdasarkan data Pemerintah Aceh adalah sebanyak 4.953.262, maka seorang pasangan calon harus mengumpulkan dukungan sebesar 148.598 fotokopi KTP, dari itu patut diduga dukungan terhadap Calon perseorangan dalam Pilkada Aceh Tahun 2011 baik di tingkat provinsi dan kabupaten/kota adalah manipulatif dan merupakan tindak pidana pemalsuan.

Kedua, Alokasi waktu untuk calon perseorangan yang berasal dari partai politik untuk mundur dari partainya juga tidak logis dan manipulatif (karena menurut ketentuan Pasal 33 ayat 1C *Qanun* No. 7 Tahun 2006 *juncto*

Undang-Undang Pemerintahan Aceh Pasal 73, di mana pendaftaran menurut SK KIP Nomor 1 Tahun 2011 adalah pada tanggal 30 Juli s.d Agustus 2011 bila dikurang 3 bulan jatuh pada tanggal 30 April s.d 5 Mei 2011) sedangkan SK KIP Nomor 1 Tahun 2011 diterbitkan pada tanggal 12 Mei 2011 dan diumumkan lewat media Serambi Indonesia tanggal 19 Mei 2011.

Bahwa selain melanggar Undang-Undang Pemerintahan Aceh serta tidak logis dan manipulatif, surat Keputusan Komisi Independen Pemilihan (KIP) Aceh Nomor 17 Tahun 2011, juga melanggar Undang-Undang Nomor 22 tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum, Pasal 2 huruf e dan huruf f, yang mengatur tentang "*Penyelenggara Pemilihan Umum berpedoman pada asas kepastian Hukum, tertib penyelenggaraan dan asas kepentingan Umum*".

Bahwa surat Keputusan KIP Aceh tentang Tahapan, Program dan Jadwal Pelaksanaan pilkada Aceh juga telah melanggar Asas Kepentingan Umum, yaitu dimana KIP dengan SK No. 17 Tahun 2011 telah menjadwalkan: *Pertama*, Hari penyusunan dan penetapan rekapitulasi jumlah pemilih terdaftar dan TPS terinci tiap kecamatan dan *gampong*/desa adalah tanggal 06 – 07 November 2011 dan Hari Pengumuman Pasangan calon yang memenuhi persyaratan adalah tanggal 07 November 2011, Di mana hari-hari tersebut adalah merupakan Hari Raya Idul Adha yang merupakan hari besar umat islam. *Kedua*, Hari pemungutan suara dan perhitungan suara tanggal 24 Desember 2011, yaitu satu hari sebelum hari Natal yang tentunya akan mengganggu hak umat kristiani dalam menggunakan hak pilihnya. *Ketiga*, Rekapitulasi perhitungan suara di PPK tanggal 25 – 27 Desember 2011, yang jatuh pada hari Natal dan merupakan hari besar umat kristiani dan hari libur nasional.

Bahwa SK KIP Aceh tentang Tahapan, Program, dan Jadwal Pemilihan sebagaimana tersebut di atas telah melanggar Asas Kepastian Hukum, di mana berdasarkan ketentuan Pasal 59 A ayat (4) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah menyebutkan bahwa "*Masa verifikasi daftar dukungan calon perseorangan untuk pemilihan Gubernur/Wakil Gubernur paling lambat 28 hari sebelum waktu pendaftaran calon*". Namun dalam Keputusan KIP No. 1 Tahun 2011 vide angka Romawi II angka 2 huruf e dilaksanakan mulai tanggal 9 Juli s.d 22 Juli, hanya 13 (tiga belas) hari, jelas merupakan bentuk ketidakpastian hukum dalam keputusan KIP Aceh tersebut.

Bahwa surat Keputusan KIP Aceh tentang Tahapan, Program dan Jadwal Pelaksanaan pilkada Aceh juga telah melanggar Asas Ketertiban Penyelenggaraan, dimana Peraturan Komisi Pemilihan Umum (KPU) No. 09 Tahun 2010 dalam lampirannya mewajibkan kepada KIP Aceh untuk membuat tahapan persiapan harus sudah selesai 210 (dua ratus sepuluh) hari sebelum hari pemungutan dan penghitungan suara serta semua aturan pelaksanaan pilkada (Juklak/Juknis) harus sudah tuntas disiapkan sebelum dimulainya tahapan, namun hal ini tidak menjadi pedoman bagi KIP Aceh.

Hasil permohonan tersebut dengan melalui tahapan pemeriksaan dan alat-alat bukti terkait. Mahkamah Konstitusi pada tanggal 2 November 2012, melalui hakim panelnya, memberikan putusan sela, yang pada *amarnya* berbunyi: *Pertama*, Membuka kembali pendaftaran pasangan calon Gubernur/Wakil Gubernur, Bupati/Wakil Bupati, dan Walikota/Wakil Walikota, untuk memberi kesempatan kepada bakal pasangan calon baru yang belum mendaftar, baik yang diajukan oleh partai politik, gabungan partai politik, maupun perseorangan, sampai dengan 7 (tujuh) hari sejak putusan sela ini diucapkan. *Kedua*, Menyesuaikan tahapan, program, dan jadwal penyelenggaraan pemilihan umum Gubernur/Wakil Gubernur, Bupati/Wakil Bupati, Walikota/Wakil Walikota dalam Provinsi Aceh, sebagai akibat putusan sela ini.

Komisi Independen Pemilihan (KIP) selaku penyelenggara pilkada di Aceh, juga turut merespons putusan sela Mahkamah Konstitusi tersebut. Hal ini dikarenakan adanya *amar* untuk KIP membuka kembali pendaftaran calon, dan menyesuaikan seluruh jadwal tahapan pilkada Aceh. Dan melalui suatu keputusan pada tanggal 10 November 2011, yakni SK No. 26 Tahun 2011 tentang perubahan keempat atas Keputusan Komisi Independen Pemilihan Aceh No. 1 Tahun 2011 tentang Tahapan, Program dan Jadwal Penyelenggaraan Pemilihan Umum Gubernur/Wakil Gubernur, Bupati/Wakil Bupati dan Walikota/Wakil Walikota dalam Provinsi Aceh, menetapkan hari pemungutan suara untuk pilkada Aceh yakni pada tanggal 16 Februari 2012.

Pada tanggal 22 November 2011, adanya putusan *final* Mahkamah Konstitusi, melalui hakim panel tersebut, *amar* putusan, berbunyi: *Pertama*, Menguatkan Putusan Sela Mahkamah Konstitusi Nomor 108/PHPU.D-IX/2011 bertanggal 2 November 2011. *Kedua*, Memerintahkan KIP Aceh dan KIP

Kabupaten/Kota melanjutkan pelaksanaan tahapan, program, dan jadwal penyelenggaraan pemilihan umum Gubernur/Wakil Gubernur, Bupati/Wakil Bupati, Walikota/Wakil Walikota dalam daerah Provinsi Aceh. *Ketiga*, Calon perseorangan dalam pilkada adalah sesuai dan tidak bertentangan dengan UUDNRI Tahun 1945 dan tidak pula melanggar butir 1.2.2 *Memorandum of Understanding between the Government of the Republic of Indonesia and the Free Aceh Movement*.

Adapun teori *ratio decidendi* yang diutarakan oleh majelis hakim Mahkamah Konstitusi mengenai *Qanun* pilkada Aceh, bahwa para Pemohon mendalilkan karena belum adanya *Qanun* mengenai pilkada Aceh sebagaimana amanat Pasal 73 Undang-undang No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh, maka pelaksanaan tahapan pilkada di Aceh yang dilaksanakan oleh KIP Aceh dan/atau KIP Kabupaten/Kota tidak memiliki dasar hukum. Terhadap dalil tersebut Mahkamah Konstitusi menilai *Qanun* yang mengatur pilkada Aceh, yaitu *Qanun* No. 7 Tahun 2006 tentang Perubahan Kedua Atas *Qanun* No. 2 Tahun 2004 tentang Pemilihan Gubernur/Wakil Gubernur, Bupati/Wakil Bupati dan Walikota/Wakil Walikota di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam, dan *Qanun* No. 7 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum di Aceh, masih mempunyai kekuatan hukum dan berlaku secara sah karena belum dicabut atau diganti dengan *Qanun* yang baru. Selain itu, secara substansial kedua *Qanun* tersebut tidak bertentangan dengan UUDNRI Tahun 1945 maupun dengan MoU Helsinki¹³.

Undang-undang Pemerintahan Aceh maupun *Qanun* No. 7 Tahun 2006, membatasi calon perseorangan hanya untuk pemilihan umum Kepala Daerah tahun 2006 saja, hal demikian tidaklah berarti bahwa rakyat Aceh hanya berhak satu kali saja untuk mencalonkan calon perseorangan dalam pemilihan umum Kepala Daerah. Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa putusan *a quo* tidak bertentangan dengan kehendak masyarakat Aceh sebagaimana telah dituangkan dalam *Memorandum of Understanding between the Government of the Republic of Indonesia and the Free Aceh Movement* yang ditandatangani di Helsinki, Finlandia, pada 15 Agustus 2005 (selanjutnya disebut *MoU Helsinki*). *MoU Helsinki* justru memperkuat kehendak masyarakat Aceh, hal ini dapat terlihat dari pembukaan (*preamble*) *MoU Helsinki* yang menyatakan:

¹³ Putusan Mahkamah Konstitusi No. 108/PHPU.D-X/2011.

“The parties commit themselves to creating conditions within which the government of the Acehnese people can manifested through a fair and democratic process within the unitary state and constitution of the Republic of Indonesia (Para pihak bertekad untuk menciptakan kondisi sehingga pemerintahan rakyat Aceh dapat diwujudkan melalui suatu proses yang demokratis dan adil dalam negara kesatuan dan konstitusi Republik Indonesia)”.

Terkait calon perseorangan, prinsipnya tidak bertentangan sebagaimana yang diamanatkan melalui MoU Helsinki, justru melalui putusan Mahkamah Konstitusi tersebut, dapat disadari bahwa poin-poin kesepakatan MoU Helsinki telah diderivasikan oleh Mahkamah Konstitusi sebagai hukum *in concreto*¹⁴. Hal ini dapat dicermati secara jelas sebagaimana dinyatakan dalam angka 1.2.2 MoU Helsinki tentang partisipasi politik, yaitu:

“Upon the signature of this MoU, the people of Aceh will have the right to nominate candidates for the position of all elected officials to contest the elections in Aceh in April 2006 and thereafter (Dengan penandatanganan Nota Kesepahaman ini, rakyat Aceh akan memiliki hak menentukan calon-calon untuk posisi semua pejabat yang dipilih untuk mengikuti pemilihan di Aceh pada bulan April 2006 dan setelahnya)”.

Sejatinya atas putusan Mahkamah Konstitusi tersebut, pihak-pihak yang menolak kehadiran calon perseorangan, dapat berlaku arif dan bijaksana. Oleh karena putusan tersebut telah memperjelas bahwa calon perseorangan sesuai dengan MoU Helsinki, dan terkait dengan *Qanun*, Mahkamah Konstitusi menyatakan *Qanun* Nomor 7 Tahun 2006 masih tetap berlaku. Di sisi lain Mahkamah Konstitusi juga memberi peluang bagi pihak-pihak yang belum mendaftarkan diri, dengan membuka kembali masa pendaftaran, sehingga bagi pihak-pihak yang belum mendaftar, dapat segera mendaftarkan dirinya dalam pilkada Aceh.

3. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 1/SKLN-X/2012

Bahwa pada tanggal 13 Januari 2012, untuk mersepon gejolak dan friksi yang menggelinging di Aceh, kembali dilaksanakan persidangan Mahkamah Konstitusi mengenai Sengketa Kewenangan antar Lembaga Negara, khususnya antara Menteri Dalam Negeri (Mendagri) dengan Komisi Independen Pemilihan (KIP) dan Komisi Pemilihan Umum (KPU).

¹⁴ Cakra Arbas, *Aceh dan MoU Helsinki di Negara Kesatuan Republik Indonesia*, Jakarta: PT. Sofmedia, 2015, h. 259 – 322.

Bahwa Mendagri atas nama Pemerintah berkepentingan agar proses pilkada di Aceh dapat mendorong penyelenggaraan pemerintahan dan pelayanan publik, tetap dapat berjalan dengan baik dan bukan terjadi gangguan terhadap keamanan dan penyelenggaraan pemerintahan. Berkenaan dengan adanya persoalan keamanan yang terjadi akhir-akhir ini dapat menjadi penyebab gangguan keamanan dan tertib masyarakat yang lebih serius yang secara khusus dapat mengganggu stabilitas penyelenggaraan pemerintahan termasuk pelaksanaan tahapan pilkada di Aceh. Mengingat pada periode waktu tersebut terdapat beberapa kali insiden penembakan yang menewaskan beberapa warga sipil¹⁵.

Bahwa DPRA melalui surat Nomor 270/2898 tanggal 27 Desember 2011 perihal penundaan pilkada di Aceh yang ditujukan kepada Menteri Dalam Negeri yang intinya DPRA menyatakan akan segera menyelesaikan rancangan *Qanun (Raqaan)* Aceh tentang Pemilihan Umum Gubernur/Wakil Gubernur, Bupati/Wakil Bupati dan Walikota/Wakil Walikota dalam Provinsi Aceh, pada kesempatan pertama bulan Januari 2012 dan dapat menerima calon perseorangan untuk dituangkan di dalam rancangan *Qanun* dimaksud¹⁶.

Berdasarkan permohonan tersebut, pada tanggal 16 Januari 2012, Mahkamah Konstitusi memberikan putusan, berupa putusan sela, pada *amar* putusan tersebut, berbunyi:

“Membuka kembali pendaftaran pasangan calon Gubernur/Wakil Gubernur, Bupati/Wakil Bupati, dan Walikota/Wakil Walikota untuk memberi kesempatan kepada bakal pasangan calon baru yang belum mendaftar, baik yang diajukan oleh partai politik, gabungan partai politik, maupun perseorangan, termasuk pelaksanaan verifikasi dan penetapan bagi pasangan calon baru sampai dengan 7 (tujuh) hari sejak putusan sela ini diucapkan”.

Menarik untuk ditelaah, yakni teori *ratio decidendi* yang diutarakan oleh majelis hakim Mahkamah Konstitusi dalam putusan sela tersebut, bahwa setelah pelaksanaan putusan sela Mahkamah Konstitusi Nomor 108/PHPU-D.IX/2011, tanggal 2 November 2011 *juncto* putusan akhir Mahkamah Konstitusi Nomor 108/PHPU-D.IX/2011, tanggal 24 November 2011, ternyata masih

¹⁵ Pangdam IM, “Kasus Penembakan Cenderung Kepentingan Perorangan”, Serambi Indonesia, Minggu 1 Januari 2012. Lihat juga pada Komjen Pol. Sutarman, “Polri Selidiki Penembakan di Aceh Terkait Dugaan Pemilu Pilkada”, Serambi Indonesia, Senin 2 Januari 2012. Lihat juga pada Djoko Suyanto, “Kekerasan Yang Terjadi di Aceh Terkait Pemilu Pilkada”, Serambi Indonesia, Selasa 10 Januari 2012.

¹⁶ Putusan Sela Mahkamah Konstitusi No. 1/SKLN-X/2012, h. 9.

banyak pihak-pihak yang berkepentingan yang belum mengetahui adanya putusan sela Mahkamah tersebut, dan baru mengetahui setelah adanya putusan akhir perkara tersebut yang diucapkan pada tanggal 24 November 2011, yaitu setelah waktu untuk mendaftarkan diri sebagai bakal pasangan calon sudah tertutup, sehingga maksud membuka kembali pendaftaran pasangan calon kepada pasangan yang baru sebagaimana dimaksudkan dalam putusan tersebut tidak terlaksana.

Adapun teori *ratio decidendi* yang diutarakan oleh majelis hakim melalui putusan Mahkamah Konstitusi, bahwa telah memahami jikalau ada pihak-pihak yang belum menentukan sikap hukum tertentu yaitu ikut mendaftar sebagai pasangan calon atau tidak ikut mendaftar sebagai pasangan calon mengingat masih menunggu adanya kepastian hukum sampai pokok permohonan diputus oleh Mahkamah Konstitusi dalam putusan akhir perkara Nomor 108/PHPU.D-IX/2011, tanggal 24 November 2011. Hal itu mengakibatkan terjadinya pengabaian atas hak-hak partai politik atau perseorangan yang seharusnya dapat mencalonkan diri sebagai pasangan calon Kepala Daerah dalam pilkada Aceh. Keadaan tersebut sangat potensial mengakibatkan terganggunya pelaksanaan pilkada Aceh dan penyelenggaraan pemerintahan Aceh setelah pemilhan umum Kepala Daerah selesai dilaksanakan.

Pada tanggal 27 Januari 2012, adanya putusan final Mahkamah Konstitusi, adapun amar putusan tersebut, berbunyi:

“Menguatkan putusan sela Mahkamah Konstitusi Nomor 1/ SKLN-X/2012, tanggal 16 Januari 2012 dengan ketentuan Komisi Independen Pemilihan (KIP) Aceh hanya dapat menyesuaikan tahapan Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah Provinsi Aceh 2012-2017 sesuai dengan kondisi yang ada dengan memperhatikan peraturan perundang-undangan yang berlaku dan pemungutan suara dilaksanakan selambat-lambatnya 9 April 2012”.

KIP selaku penyelenggara pilkada di Aceh, langsung merespons putusan Mahkamah Konstitusi tersebut. Hal ini dikarenakan adanya *amar* untuk KIP membuka kembali pendaftaran calon, dan menyesuaikan seluruh jadwal tahapan pilkada Aceh, dan pemungutan suara selambat-lambatnya pada tanggal 9 April 2012. Maka melalui suatu keputusan pada tanggal 30 Januari 2012, yakni SK No. 31 Tahun 2012 tentang perubahan kelima atas Keputusan

Komisi Independen Pemilihan Aceh No. 1 Tahun 2011 tentang Tahapan, Program dan Jadwal Penyelenggaraan Pemilihan Umum Gubernur/Wakil Gubernur, Bupati/Wakil Bupati dan Walikota/Wakil Walikota dalam Provinsi Aceh, menetapkan hari pemungutan suara untuk pilkada Aceh yakni pada tanggal 9 April 2012.

KESIMPULAN

Keberadaan calon perseorangan dalam kontestasi pilkada nasional, diawali ketika pelaksanaan pilkada di Aceh pada Tahun 2006 baik pada tingkat Provinsi maupun Kabupaten dan Kota, ketika itu turut mengakomodir pasangan calon perseorangan sebagai salah satu kontestan dalam pilkada di Aceh. Berawal dari pelaksanaan pilkada di Aceh, timbulnya kesadaran kolektif masyarakat tentang urgensi calon perseorangan, fase berikutnya dilakukan *judicial review* atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, bermuara dengan putusan MK Nomor 5/PUU-V/2007, yang pada hakikatnya mengakomodir calon perseorangan sebagai salah satu kontestan dalam pilkada secara nasional.

Mahkamah Konstitusi berperan secara aktif, menjadi lembaga negara yang bernilai aksiologis melalui berbagai putusannya (Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 35/PUU-VIII/2010, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 108/PHPU.D-IX/2011, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 1/SKLN-X/2012) untuk meluruskan beberapa friksi dan sengkabut yang melingkupi Pilkada di Aceh Tahun 2011, khususnya dalam memaknai calon perseorangan. Hakikatnya merujuk dalam Konstitusi Indonesia tidak adanya perintah larangan bagi calon perseorangan untuk berkontestasi melalui pilkada. Oleh karenanya, perwujudan calon perseorangan merupakan sejalan dengan amanat UUD NRI Tahun 1945.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

Cakra Arbas, 2012, *Jalan Terjal Calon Independen Pada Pemilukada di Provinsi Aceh*, Jakarta: PT. Sofmedia.

_____, 2015, *Aceh dan MoU Helsinki di Negara Kesatuan Republik Indonesia*, Jakarta: PT. Sofmedia.

Lili Rasjidi, *Monograf Filsafat Ilmu Hukum Suatu Pengantar*, Tt.

Maruarar Siahaan, 2011, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika.

Marzuki Lubis, 2011, *Pergeseran Garis Peraturan Perundang-undangan tentang DPRD dan Kepala Daerah dalam Ketatanegaraan Indonesia*, Bandung: Mandar Maju.

M. Solly Lubis, 2007, *Ilmu Negara*, Bandung: Mandar Maju.

Pimpinan MPR dan Tim Kerja Sosialisasi MPR Periode 2009-2014, 2012, *Empat Pilar Kehidupan Berbangsa dan Bernegara*, Jakarta: Sekretariat Jenderal MPR RI.

Suharizal, 2011, *Pemilukada: Regulasi, Dinamika, dan Konsep Mendatang*, Jakarta: Raja Grafindo Persada.

B. Jurnal

Cakra Arbas, 2015, "Independent Candidates of Regional-head election in Aceh", IOSR Journal Of Humanities And Social Science (IOSR-JHSS), Volume 20, Issue 1, Ver.II, h. 35 – 42.

_____, 2015, "Independent Candidates of Regional-head election in Indonesia", IISTE Journal Of Law, Policy and Globalization (IISTE-JLPG), Volume 35, h. 159 – 164.

Mardian Wibowo, 2015 "Menakar Konstitusionalitas Sebuah Kebijakan Hukum Terbuka Dalam Pengujian Undang-Undang", Jurnal Konstitusi, Volume 12, Nomor 2, h. 196 – 216.

C. Perundang-undangan

Indonesia, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

_____, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

_____, Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintah Daerah

_____, Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh

_____, Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Pemerintahan Daerah tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.

_____, Undang-Undang No. 10 Tahun 2016 tentang Perubahan Kedua 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.

D. Putusan Mahkamah Konstitusi

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 5/PUU-V/2007 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 35/PUU-VIII/2010 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 108/PHPU.D-IX/2011 tentang Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah di Provinsi Aceh Tahun 2011.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 1/SKLN-X/2012 tentang Sengketa Kewenangan Lembaga Negara Yang Kewenangannya Diberikan Oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Inkonstitusionalitas Sistem *Unbundling* dalam Usaha Penyediaan Listrik

Unconstitutionality of Unbundling System in the Business of Providing Electricity

Jefri Porkonanta Tarigan

Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia
Jln. Medan Merdeka Barat Nomor 6 Jakarta Pusat
E-mail: jefri.porkonanta@gmail.com

Naskah diterima: 22/01/2018 revisi: 12/02/2018 disetujui: 19/02/2018

Abstrak

Fungsi negara tidak hanya sebagai *regulator* (pengatur) dan *umpire* (wasit), namun juga berfungsi sebagai *provider* (penyedia) dan *entrepreneur* (pengusaha). Oleh karena itu, sudah seharusnya negara terlibat langsung dalam usaha penyediaan listrik untuk kepentingan umum bagi sebesar-besarnya kemakmuran rakyat sebagaimana amanat Pasal 33 UUD 1945. Usaha penyediaan listrik untuk kepentingan umum dengan *unbundling system* yaitu terpisahnya antara usaha pembangkitan, transmisi, distribusi, dan penjualan listrik, telah dinyatakan inkonstitusional oleh Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003, bertanggal 15 Desember 2004. Namun kemudian adanya putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 149/PUU-VII/2009, bertanggal 30 Desember 2010, justru dipandang sebagai peluang dibolehkannya kembali sistem *unbundling* dalam usaha penyediaan listrik sebagaimana ketentuan Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 tentang Ketenagalistirikan. Hal tersebut kemudian mendorong diajukannya kembali permohonan pengujian terhadap ketentuan Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009. Melalui Putusan Nomor 111/PUU-XIII/2015, bertanggal 14 Desember 2016, Mahkamah Konstitusi pun menegaskan bahwa *unbundling* dalam usaha penyediaan tenaga listrik adalah tidak sesuai dengan konstitusi.

Kata Kunci: Listrik, *Unbundling*, Mahkamah Konstitusi

Abstract

The function of the state is not only as a regulator and referee, but also serves as provider and entrepreneur. Therefore, the state should be directly involved in the business of electric providing for the public interest to the greatest prosperity of the people as mandated by Article 33 of the 1945 Constitution. The unbundling system in electric providing for the public interest is the separation between the business of generation, transmission, distribution, and sales. The unbundling system has been declared unconstitutional by the Constitutional Court in Decision Number 001-021-022/PUU-I/2003 dated December 15, 2004. However, the decision of the Constitutional Court Number 149/PUU-VII/2009 dated 30 December 2010, is judged as an opportunity to re-enable the unbundling system in the business of electric providing as stipulated in Article 10 paragraph (2) of Law Number 30 Year 2009 about Electricity. It then encourages the re-submission of the petition for judicial review of the provisions of Article 10 paragraph (2) of Law Number 30 Year 2009. Then, through Decision Number 111/PUU-XIII/2015, dated December 14, 2016, the Constitutional Court confirm that unbundling in the business of providing power electricity for public interest is unconstitutional.

Keywords: *Electric, Unbundling, Constitutional Court*

PENDAHULUAN

1. Latar Belakang

Perlindungan hak-hak ekonomi, sosial, dan budaya, sebagaimana halnya hak sipil dan politik, merupakan hak yang tidak boleh diabaikan oleh negara. Jika negara berkomitmen membangun masyarakat yang maju dan sejahtera maka sudah seharusnya negara berinisiatif untuk memenuhi (*to fulfill*), melindungi (*to protect*), dan menghormati (*to respect*)¹ hak-hak asasi masyarakat, khususnya hak-hak yang dekat dengan kebutuhan masyarakat yakni hak dalam bidang perekonomian. Salah satu bagian dari perlindungan hak ekonomi adalah berkaitan dengan penguasaan atas cabang produksi yang penting dan menguasai hajat hidup orang banyak. Menurut Nickel, terdapat dua jenis hak ekonomi yaitu hak-hak yang menyangkut produksi dan hak-hak yang menyangkut konsumsi.² Listrik sebagai salah satu sumber energi merupakan cabang produksi yang penting dan menyangkut hajat hidup orang banyak. Oleh karena itu, ketersediaan listrik menjadi hak masyarakat dan menjadi kewajiban negara untuk memenuhinya.

¹ Putusan Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan 008/PUU-III/2005 bertanggal 19 Juli 2005 yakni pengujian UU 7/2004 tentang Sumber Daya Air, Mahkamah Konstitusi (halaman 487) berpendapat bahwa posisi negara dalam hubungannya dengan kewajibannya yang ditimbulkan oleh hak asasi manusia, negara harus menghormati (*to respect*), melindungi (*to protect*), dan memenuhinya (*to fulfill*).

² James W. Nickel, *Hak Asasi Manusia: Refleksi Filosofis atas Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1996, h. 247

Sistem kegiatan usaha penyediaan ketenagalistrikan dikenal dalam dua jenis yaitu tidak terpisahnya usaha pembangkitan, transmisi, distribusi, dan penjualan listrik (*bundling*). Sistem lainnya yaitu dalam bentuk terpisahnya usaha pembangkitan, transmisi, distribusi, dan penjualan listrik (*unbundling*). Menurut Jones, *unbundling is separating generation from transmission from distribution for the electricians*.³ Pada saat berlakunya Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan, Indonesia menganut sistem *unbundling*, namun kemudian Undang-Undang tersebut dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003, bertanggal 15 Desember 2004. Sebagai pengganti Undang-Undang tersebut, pembentuk Undang-Undang mengesahkan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 tentang Ketenagalistrikan.

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 tentang Ketenagalistrikan pada Pasal 10 ayat (1) menyebutkan bahwa usaha penyediaan tenaga listrik untuk kepentingan umum meliputi jenis usaha:

- a. pembangkitan tenaga listrik;
- b. transmisi tenaga listrik;
- c. distribusi tenaga listrik; dan/ atau
- d. penjualan tenaga listrik.

Adapun Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 tentang Ketenagalistrikan menyebutkan bahwa Usaha penyediaan tenaga listrik untuk kepentingan umum sebagaimana dimaksud pada Pasal 10 ayat (1) dapat dilakukan secara terintegrasi. Rumusan pasal dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 yaitu Pasal 10 ayat (2) membuka peluang dibolehkannya kembali sistem *unbundling* dalam usaha penyediaan listrik, namun Mahkamah Konstitusi justru menyatakan pasal tersebut konstitusional dan tetap berlaku melalui Putusan Nomor 149/PUU-VII/2009, bertanggal 30 Desember 2010.

Sistem *unbundling* tentunya akan berpengaruh pada kondisi penyediaan listrik di Indonesia. Dampak dari diterapkannya sistem *unbundling* adalah berkaitan dengan harga tarif listrik yang dibebankan kepada masyarakat. Sistem *unbundling* justru menjadikan harga tarif listrik membesar karena masing-masing jenis usaha ditangani oleh banyak tangan sehingga masing-masing telah mengambil keuntungan pada tiap-tiap jenis usaha, baik pada pembangkitan, transmisi,

³ Douglas N. Jones, "Regulatory Concepts, Propositions, and Doctrines: Casualties, Survivors, Additions", *Energy Law Journal*, Volume 22, Nomor 1, 2001, h. 48, http://eba-net.org/sites/default/files/elj/Energy%20Journals/Vol22_No1_2001_Art_Regulatory%20Concepts.pdf, diunduh 21 Januari 2018

distribusi, maupun penjualan. Liberalisasi dan kompetisi pasar sebagai efek dari *unbundling* di negara-negara Uni Eropa justru menyebabkan kenaikan harga yang signifikan sejak tahun 2003 hingga 2012. *From the full liberalisation of the household market, there has been a steady increase in the price of electricity for household customers. Thus, it seems that the liberalisation of the market does not really work because, ever since the full access to competition in supply was opened to retail consumers, prices have increased more abruptly than before.*⁴

Usaha penyediaan tenaga listrik untuk kepentingan umum secara *unbundling* akan berpotensi terjadinya kartelisasi di sisi pembangkitan dan tidak terjaminnya pasokan tenaga listrik, sehingga berakibat kelangkaan listrik. Sebagai contoh adalah terjadi di Nias yang mengalami pemadaman listrik hingga sehari-hari dikarenakan keputusan oleh pihak swasta penyedia pembangkit listrik.⁵ Kedaulatan negara atas listrik pun turut dipertanyakan jika melihat di provinsi Kalimantan Barat terjadi impor listrik dari Malaysia dikarenakan tidak memadainya infrastruktur pembangkit listrik di daerah tersebut dan harga listrik di Malaysia pun lebih murah dibandingkan di Indonesia.⁶

2. Perumusan Masalah

1. Mengapa sistem *unbundling* dalam usaha penyediaan listrik untuk kepentingan umum dipandang tidak sesuai dengan konstitusi UUD 1945 ?
2. Bagaimana konsistensi putusan Mahkamah Konstitusi menilai sistem *unbundling* dalam usaha penyediaan listrik ?

3. Metode Penelitian

Pengumpulan data dilakukan dengan menginventarisasi putusan dan risalah sidang Mahkamah Konstitusi yang berkaitan dengan pengujian undang-undang ketenagalistrikan serta pengujian undang-undang tentang sumber daya alam lainnya. Adapun peraturan perundangan yang digunakan adalah UUD 1945, Undang-Undang Ketenagalistrikan, serta Peraturan Pemerintah dan Peraturan Menteri mengenai ketenagalistrikan. Selain itu, dilakukan pula studi pustaka dengan menggunakan literatur-literatur yang meliputi buku, berita internet, serta kamus.

⁴ Rafael Merino, *Liberalisation of the Electricity Industry in the European Union*, Islandiae: Haskoli Islands, 2013, h. 67, <https://skemman.is/bitstream/1946/13601/1/Liberalisation%20of%20the%20Electricity%20Industry%20in%20the%20European%20Union.pdf>, diunduh 21 Januari 2018

⁵ www.beritasatu.com, "Listrik Padam di Nias, Kesepakatan PLN dengan APR Belum Jelas", <http://www.beritasatu.com/nasional/358490-listrik-padam-di-nias-kesepakatan-pln-dengan-apr-belum-jelas.html>, diakses 28 Desember 2017

⁶ www.republika.co.id, "MPR Prihatin Kalimantan Barat Masih Impor Listrik dari Malaysia", <http://www.republika.co.id/berita/mpr-ri/berita-mpr/16/08/04/objdzf365-mpr-prihatin-kalimantan-barat-masih-impor-listrik-dari-malaysia>, diakses 28 Desember 2017

PEMBAHASAN

1. Penguasaan atas listrik sebagai energi yang penting dan menyangkut hajat hidup orang banyak

Pasal 33 ayat (1), ayat (2), ayat (3), dan ayat (4) UUD 1945 dalam kaitannya dengan perekonomian menyatakan, “(1) Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan; (2) Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara; (3) Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat; (4) Perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional”.

Pada Putusan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003, bertanggal 15 Desember 2004, Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa tenaga listrik merupakan cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak sehingga sesuai dengan Pasal 33 ayat (2) UUD 1945 cabang produksi tenaga listrik haruslah dikuasai oleh negara. Penafsiran Mahkamah atas penguasaan negara harus dinilai berdasarkan Pasal 33 UUD 1945 secara keseluruhan, termasuk penyelenggaraan perekonomian nasional berdasar atas demokrasi ekonomi, prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, dan berwawasan lingkungan dengan ditafsirkan bahwa penguasaan negara juga termasuk dalam arti pemilikan privat yang tidak harus selalu 100%. Artinya, pemilikan saham Pemerintah dalam badan usaha yang menyangkut cabang produksi yang penting bagi negara dan/atau yang menguasai hajat hidup orang banyak dimaksud, dapat bersifat mayoritas mutlak (di atas 50%) atau bersifat mayoritas relatif (di bawah 50%) sepanjang Pemerintah sebagai pemegang saham mayoritas relatif tersebut secara hukum tetap memegang kedudukan menentukan dalam pengambilan keputusan di badan usaha dimaksud. Meskipun Pemerintah hanya memiliki saham mayoritas relatif dalam BUMN akan tetapi harus dipertahankan posisi negara untuk tetap sebagai pihak yang menentukan dalam proses pengambilan keputusan atas penentuan kebijakan dalam badan usaha yang bersangkutan yang menggambarkan penguasaan negara yang mencakup pengaturan, pengurusan, pengelolaan, dan pengawasan.⁷

⁷ Lihat Pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003, bertanggal 15 Desember 2004, h. 346

Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa makna pengertian “dikuasai negara” dalam Pasal 33 UUD 1945 mengandung pengertian yang lebih tinggi atau lebih luas daripada pemilikan dalam konsepsi hukum perdata. Konsepsi penguasaan oleh negara merupakan konsepsi hukum publik yang berkaitan dengan prinsip kedaulatan rakyat yang dianut dalam UUD 1945, baik di bidang politik (demokrasi politik) maupun ekonomi (demokrasi ekonomi). Dalam paham kedaulatan rakyat itu, rakyatlah yang diakui sebagai sumber, pemilik, dan sekaligus pemegang kekuasaan tertinggi dalam kehidupan bernegara, sesuai dengan doktrin “dari rakyat, oleh rakyat, dan untuk rakyat”. Dalam pengertian kekuasaan tertinggi tersebut tercakup pula pengertian pemilikan publik oleh rakyat secara kolektif.⁸

Dalam putusan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003 Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa perkataan “dikuasai oleh negara” haruslah diartikan mencakup makna penguasaan oleh negara dalam arti luas yang bersumber dan berasal dari konsepsi kedaulatan rakyat Indonesia atas segala sumber kekayaan “*bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya*”, termasuk pula di dalamnya pengertian kepemilikan publik oleh kolektivitas rakyat atas sumber-sumber kekayaan dimaksud. Rakyat secara kolektif itu dikonstruksikan oleh UUD 1945 memberikan mandat kepada negara untuk mengadakan kebijakan (*beleid*) dan tindakan pengurusan (*bestuursdaad*), pengaturan (*regelendaad*), pengelolaan (*beheersdaad*) dan pengawasan (*toezichthoudensdaad*) untuk tujuan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Fungsi pengurusan (*bestuursdaad*) oleh negara dilakukan oleh pemerintah dengan kewenangannya untuk mengeluarkan dan mencabut fasilitas perizinan (*vergunning*), lisensi (*licentie*), dan konsesi (*concessie*). Fungsi pengaturan oleh negara (*regelendaad*) dilakukan melalui kewenangan legislasi oleh DPR bersama dengan Pemerintah, dan regulasi oleh Pemerintah (*eksekutif*). Fungsi pengelolaan (*beheersdaad*) dilakukan melalui mekanisme pemilikan saham (*share-holding*) dan/atau melalui keterlibatan langsung dalam manajemen Badan Usaha Milik Negara atau Badan Hukum Milik Negara sebagai instrumen kelembagaan dan melalui hal tersebut negara *c.q.* Pemerintah mendayagunakan penguasaannya atas sumber-sumber kekayaan itu untuk digunakan bagi sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Demikian pula fungsi pengawasan oleh negara (*toezichthoudensdaad*) dilakukan oleh negara *c.q.* Pemerintah dalam rangka mengawasi dan mengendalikan agar pelaksanaan penguasaan oleh negara atas cabang produksi yang penting dan/atau yang

⁸ Lihat Pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003, bertanggal 15 Desember 2004, h. 332-333

menguasai hajat hidup orang banyak dimaksud benar-benar dilakukan untuk sebesar-besarnya kemakmuran seluruh rakyat.⁹

Pertimbangan pada putusan-putusan tersebut dapat dipahami bahwa penguasaan negara bukan hanya sebatas kewenangan untuk mengatur saja karena kewenangan tersebut memang selalu ada pada setiap negara. Kewenangan mengatur tersebut dituangkan dalam produk peraturan perundang-undangan yang dibentuk. Meskipun demikian, selain mengatur dan mengawasi, negara juga perlu terlibat secara langsung dalam mendayagunakan penguasaannya atas sumber-sumber kekayaan itu untuk digunakan bagi sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

Berdasarkan ketentuan Pasal 33 ayat (3) UUD 1945, maka pada prinsipnya negara diberi tugas untuk mengatur dan mengusahakan sumber daya alam yang wajib ditaati oleh seluruh rakyat Indonesia, juga membebaskan kewajiban kepada negara untuk menggunakan sumber daya alam untuk kemakmuran rakyat. Apabila hal ini merupakan kewajiban negara, maka pada sisi lain merupakan hak rakyat Indonesia untuk mendapatkan kemakmuran melalui pemanfaatan sumber daya alam. Kewajiban ini merupakan amanat konstitusi, dan sebagai perwujudan tanggung jawab sosial dari negara sebagai konsekuensi dari hak penguasaan negara tersebut.¹⁰

Pada putusan Nomor 36/PUU-X/2012, bertanggal 13 November 2012, yakni Pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi, Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa penguasaan negara dimaknai secara bertingkat berdasarkan efektifitasnya untuk mencapai sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Menurut Mahkamah Konstitusi, bentuk penguasaan negara peringkat pertama dan yang paling penting adalah negara melakukan pengelolaan secara langsung atas sumber daya alam, sehingga negara mendapatkan keuntungan yang lebih besar dari pengelolaan sumber daya alam. Penguasaan negara pada peringkat kedua adalah negara membuat kebijakan dan pengurusan, dan fungsi negara dalam peringkat ketiga adalah fungsi pengaturan dan pengawasan. Sepanjang negara memiliki kemampuan baik modal, teknologi, dan manajemen dalam mengelola sumber daya alam maka negara harus memilih untuk melakukan pengelolaan secara langsung atas sumber daya alam. Dengan pengelolaan secara langsung, dipastikan seluruh hasil dan keuntungan yang diperoleh akan masuk menjadi keuntungan negara yang secara tidak langsung akan membawa manfaat

⁹ Lihat Pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003, bertanggal 15 Desember 2004, h. 334

¹⁰ Nanik Trihastuti, *Hukum Kontrak Karya Pola Kerjasama Pengusahaan Pertambangan di Indonesia*, Malang: Setara Press, 2013, h. 2

lebih besar bagi rakyat. Pengelolaan langsung yang dimaksud di sini, dalam bentuk pengelolaan langsung oleh negara (organ negara) melalui Badan Usaha Milik Negara. Pada sisi lain, jika negara menyerahkan pengelolaan sumber daya alam untuk dikelola oleh perusahaan swasta atau badan hukum lain di luar negara, keuntungan bagi negara akan terbagi sehingga manfaat bagi rakyat juga akan berkurang. Pengelolaan secara langsung inilah yang menjadi maksud dari Pasal 33 UUD 1945 seperti diungkapkan oleh Muhammad Hatta salah satu *founding leaders* Indonesia.¹¹

Friedmann menyatakan bahwa ada 4 fungsi negara yaitu: 1. *provider* (penyedia); 2. *regulator* (pengatur); 3. *entrepreneur* (pengusaha); dan (4) wasit (*umpire*).¹² Pengelolaan secara langsung atas sumber daya alam oleh negara merupakan fungsi dari negara yakni sebagai *provider* dan *entrepreneur*. Demikian pula halnya usaha penyediaan listrik untuk kepentingan umum, pengelolaan langsung oleh negara dapat dilakukan melalui Badan Usaha Milik Negara sehingga terjamin pasokan listrik kepada semua lapisan masyarakat dan menghindari penyalahgunaan pemanfaatan listrik. Hal tersebut juga menunjukkan bahwa negara hadir di tengah masyarakat dalam usaha penyediaan listrik yang merupakan kebutuhan hidup masyarakat, yang artinya negara juga telah melakukan perlindungan hak asasi manusia dalam bidang hak ekonomi.

Secara harfiah, terjemahan bebas dari *welfare state* adalah negara kesejahteraan. Secara istilah, pengertian dari negara kesejahteraan adalah sebuah model ideal pembangunan yang difokuskan pada peningkatan kesejahteraan melalui pemberian peran yang lebih penting kepada negara dalam memberikan pelayanan sosial secara universal dan komprehensif kepada warganya.¹³ Spicker misalnya, menyatakan bahwa “...stands for a developed ideal in which welfare is provided comprehensively by the state to the best possible standards.”¹⁴ Sudah seharusnya kesejahteraan diberikan secara komprehensif oleh negara dengan sebaik-baiknya. Demikian pula dalam usaha penyediaan listrik, pengelolaan secara langsung membutuhkan peran negara yang lebih besar sebagai bentuk upaya mewujudkan kesejahteraan rakyat.

¹¹ Lihat Pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 36/PUU-X/2012, bertanggal 13 November 2012, h. 101

¹² Wolfgang Friedmann, *The State and the Rule of Law in a Mixed Economy*, London: Steven and Son, 1971, h. 3

¹³ Muhaimin, “Islam dan Welfare State (Sebuah Analisis Perbandingan)”, *At-Taradhi Jurnal Studi Ekonomi*, Volume 6, Nomor 1, 2015, h. 76, http://jurnal.uin-antasari.ac.id/index.php/taradhi/article/view/711/pdf_33, diunduh 21 Januari 2018

¹⁴ Paul Spicker, “Social Policy: Themes and Approaches”, dalam Muhaimin, “Islam dan Welfare State (Sebuah Analisis Perbandingan)”, *At-Taradhi Jurnal Studi Ekonomi*, Volume 6, Nomor 1, 2015, h. 76, http://jurnal.uin-antasari.ac.id/index.php/taradhi/article/view/711/pdf_33, diunduh 21 Januari 2018

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalam wilayah hukum negara, termasuk penyediaan listrik, pada hakikatnya adalah milik publik seluruh rakyat secara kolektif yang dimandatkan kepada negara untuk menguasainya guna dipergunakan bagi sebesar-besarnya kemakmuran bersama sebagaimana amanat Pasal 33 UUD 1945. Oleh karena itu, penguasaan negara atas listrik dalam bentuk pengelolaan secara langsung dalam usaha penyediaan listrik untuk kepentingan umum, adalah suatu keniscayaan mengingat listrik adalah energi yang penting dan menyangkut hajat hidup orang banyak. Pengelolaan langsung tersebut dapat berlangsung secara utuh jika negara melakukan secara terintegrasi tanpa menerapkan *unbundling system*.

2. Sistem Kegiatan Usaha Ketenagalistrikan

Menurut Joskow, *the four primary components of electricity supply: generation, transmission, distribution, and retail supply*.¹⁵ Terdapat empat komponen utama dalam penyediaan listrik yaitu pembangkitan, transmisi, distribusi, dan penjualan. Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 149/PUU-VII/2009 pun berpendapat demikian bahwa usaha penyediaan tenaga listrik untuk kepentingan umum meliputi jenis usaha pembangkitan tenaga listrik; transmisi tenaga listrik; distribusi tenaga listrik dan/atau penjualan tenaga listrik.¹⁶

Sistem kegiatan usaha ketenagalistrikan dikenal dalam dua jenis yaitu tidak terpisah (*bundling*) dan bentuk terpisah (*unbundling*). Menurut Kroes, *unbundling refers to the effective separation between the operation of electricity and gas networks from supply and generation activities*¹⁷, sedangkan menurut Jones, *unbundling is separating generation from transmission from distribution for the electrics*.¹⁸ Dari kedua pendapat tersebut jika dikaitkan dengan komponen utama dari penyediaan listrik, dapat diketahui bahwa yang dimaksud *unbundling* dalam sistem kegiatan usaha ketenagalistrikan adalah terpisahnya antara usaha pembangkitan, transmisi, distribusi, serta penjualan listrik, yang masing-masing diusahakan oleh pelaku usaha yang berbeda.

Listrik dan gas saat ini memberlakukan kewajiban minimum pada operator jaringan energi berkaitan dengan *unbundling* secara hukum dan fungsional antara

¹⁵ Paul L. Joskow, *The Difficult Transition to Competitive Electricity Markets in the U.S.*, Center for Energy and Environmental Policy Research, 2003, h. 1, <https://pdfs.semanticscholar.org/aea1/49593349144e8a338d077e5af6092391a341.pdf>, diunduh 21 Januari 2018

¹⁶ Pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 149/PUU-VII/2009, bertanggal 30 Desember 2010, paragraf [3.11.2] huruf d, h. 95

¹⁷ Neelie Kroes, "Improving Competition in European Energy Markets Through Effective Unbundling", *Fordham International Law Journal*, Volume 31:1387, 2007, h. 1424, <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2119&context=ijl>, diunduh 21 Januari 2018

¹⁸ Douglas N. Jones, "Regulatory Concepts, Propositions, and Doctrines: Casualties, Survivors, Additions", *Energy Law Journal* Volume 22, Nomor 1, 2001, h. 48, http://eba-net.org/sites/default/files/elj/Energy%20Journals/Vol22_No1_2001_Art_Regulatory%20Concepts.pdf, diunduh 21 Januari 2018

jaringan transmisi/distribusi di satu sisi, dan fungsi hulu (generasi atau produksi)/hilir (*supply*) di sisi lain.¹⁹ Pemberlakuan sistem yang dipilih di suatu negara, yaitu *bundling* atau *unbundling* tentunya akan berpengaruh terhadap penguasaan terhadap listrik di negara tersebut. Jika *generation* (pembangkit), *transmission* (transmisi), *distribution* (distribusi), dan *retail supply* (penjualan) tidak terpisah (*bundling*) maka artinya penguasaan listrik berada di satu tangan, sedangkan jika masing-masing adalah terpisah (*unbundling*) maka artinya penguasaan listrik tidak di satu tangan. Perdebatan penerapan sistem *unbundling* dalam usaha penyediaan listrik di Indonesia terlihat dalam persidangan pengujian Undang-Undang Ketenagalistrikan di Mahkamah Konstitusi.

3. Pandangan Mahkamah Konstitusi tentang *Unbundling*

Faham kesejahteraan yang dianut oleh bangsa Indonesia adalah faham kesejahteraan integralistik yaitu bukan hanya kesejahteraan perorangan (individu) dan kelompok tetapi adalah kesejahteraan bagi seluruh rakyat Indonesia.²⁰ Prinsip Keadilan Sosial berisi ketentuan sebagai berikut:²¹

- 1) Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan;
- 2) Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara;
- 3) Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat;
- 4) Fakir miskin dan anak-anak terlantar diperlihara oleh negara;
- 5) Negara mengembangkan sistem jaminan sosial bagi seluruh rakyat dan memberdayakan masyarakat yang lemah dan tidak mampu sesuai dengan martabat kemanusiaan;
- 6) Negara bertanggung jawab atas penyediaan fasilitas pelayanan kesehatan dan fasilitas pelayanan umum yang layak;
- 7) Setiap warga negara berhak mendapat pendidikan serta wajib mengikuti pendidikan dasar dan pemerintah wajib membiayainya;
- 8) Setiap orang berhak untuk bekerja serta mendapat imbalan dan perlakuan yang adil dan layak dalam hubungan kerja.

¹⁹ Philip Lowe, Ingrida Pucinskaite, William Webster, dan Patrick Lindberg, "Effective Unbundling of energy Transmission Networks: Lessons from the Energy Sector Inquiry", *Competition Policy Newsletter* 2007, European Commission: Number 1 Spring, 2007, h. 24, http://ec.europa.eu/competition/publications/cpnl/2007_1_23.pdf, diunduh 21 Januari 2018

²⁰ Dody Susanto, *Wiyata Negara Pancasila*, Jakarta: Yayasan Permata Bangsa, 2012, h. 40

²¹ Soeprapto, *Pancasila*, Jakarta: Konstitusi Press, 2013, h. 25-26

Nilai dan prinsip-prinsip tersebut sudah sepatutnya menjadi pedoman bagi pertimbangan hukum Mahkamah Konstitusi. Peran Mahkamah Konstitusi jelaslah strategis dalam menjembatani prinsip-prinsip yang ada pada Pancasila agar tersalurkan dalam peraturan perundang-undangan dalam hal ini Undang-Undang khususnya yang berkaitan dengan hak ekonomi.

Penggunaan hukum sebagai sarana untuk melakukan rekayasa masyarakat melibatkan penggunaan peraturan-peraturan yang dikeluarkan oleh pembuat hukum guna menimbulkan akibat-akibat pada peranan yang dilakukan oleh anggota masyarakat dan oleh pejabat (pemerintah).²² Penyelesaian persoalan konstitusionalitas undang-undang tidak hanya selesai ketika Putusan Mahkamah Konstitusi diucapkan, namun juga diperlukan langkah pelaksanaan dan penerapan putusan tersebut baik dalam bentuk penguangan dalam peraturan perundang-undangan hingga pelaksanaan di lapangan.

Mahkamah Konstitusi pernah memutus perkara yang berkaitan dengan pilihan *bundling* ataukah *unbundling* dalam penyediaan listrik di Indonesia. Pada Putusan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003, bertanggal 15 Desember 2004, Mahkamah Konstitusi membatalkan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan secara keseluruhan. Pokok permohonan para Pemohon dalam perkara tersebut pada dasarnya menyangkut kompetisi dalam kegiatan usaha ketenagalistrikan yang dalam Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan dilakukan secara terpisah (*unbundling*) oleh badan usaha yang berbeda.

Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa ketentuan Pasal 16 Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 yang memerintahkan sistem pemisahan/pemecahan usaha ketenagalistrikan (*unbundling system*) dengan pelaku usaha yang berbeda akan semakin membuat terpuruk BUMN yang akan bermuara kepada tidak terjaminnya pasokan listrik kepada semua lapisan masyarakat, baik yang bersifat komersial maupun non-komersial. Dengan demikian akan merugikan masyarakat, bangsa dan negara. Sistem *unbundling* dalam restrukturisasi usaha listrik justru tidak menguntungkan dan tidak selalu efisien dan malah menjadi beban berat bagi negara, sehingga oleh karenanya Mahkamah berpendapat bahwa hal tersebut bertentangan dengan Pasal 33 UUD 1945.²³

²² Suteki, *Hukum dan Alih Teknologi Sebuah Pergulatan Sosiologis*, Yogyakarta: Thafa Media, 2013, h. 191

²³ Lihat Pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003, bertanggal 15 Desember 2004, h. 347

Pada amar putusannya Mahkamah Konstitusi membatalkan secara keseluruhan pasal-pasal dalam Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan, meskipun yang diajukan permohonan hanya beberapa pasal saja dalam Undang-Undang tersebut yaitu pasal yang menyangkut *unbundling* dan kompetisi. Hal itu karena Mahkamah Konstitusi memandang pasal yang menyangkut *unbundling* dan kompetisi tersebut merupakan “jantung” dari Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan. Paradigma yang mendasari Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 adalah kompetisi atau persaingan dalam pengelolaan dengan sistem *unbundling* dalam ketenagalistrikan yang tercermin dalam konsideran “Menimbang” huruf b dan huruf c Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan. Menurut Mahkamah Konstitusi, hal tersebut tidak sesuai dengan jiwa dan semangat Pasal 33 ayat (2) UUD 1945 yang merupakan norma dasar perekonomian nasional Indonesia.²⁴ Dengan demikian, Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 dinyatakan inkonstitusional oleh Mahkamah Konstitusi dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sehingga tidak berlaku lagi.

Pada tahun 2009, pembentuk Undang-Undang menyusun dan mengesahkan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 tentang Ketenagalistrikan sebagai pengganti Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 yang telah dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi. Hal tersebut memunculkan pertanyaan tentang konstitusionalitas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009, khususnya pasal terkait dengan sistem kegiatan usaha penyediaan listrik yang diterapkan di Indonesia.

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 tentang Ketenagalistrikan pada Pasal 10 ayat (1) menyebutkan bahwa usaha penyediaan tenaga listrik untuk kepentingan umum meliputi jenis usaha:

- a. pembangkitan tenaga listrik;
- b. transmisi tenaga listrik;
- c. distribusi tenaga listrik; dan/ atau
- d. penjualan tenaga listrik.

Adapun Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 tentang Ketenagalistrikan menyebutkan bahwa Usaha penyediaan tenaga listrik untuk kepentingan umum sebagaimana dimaksud pada Pasal 10 ayat (1) dapat dilakukan secara terintegrasi.

²⁴ Lihat Pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003, bertanggal 15 Desember 2004, h. 349

Sistem kegiatan usaha ketenagalistrikan yang dianut dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 tentang Ketenagalistrikan pernah dimuat dalam pertimbangan hukum pada putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 149/PUU-VII/2009, bertanggal 30 Desember 2010. Menurut Mahkamah Konstitusi, Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 memang membuka kemungkinan pemisahan usaha (*unbundling*) dalam ketenagalistrikan, namun dengan adanya Pasal 3 dan Pasal 4 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009, sifat *unbundling* dalam ketentuan tersebut tidak sama dengan *unbundling* dalam Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002, karena tarif dasar listrik ditentukan oleh negara, dalam hal ini Pemerintah dan DPR atau pemerintah daerah dan DPRD sesuai tingkatannya. Selain itu, BUMN diberi prioritas utama dalam menangani usaha ketenagalistrikan untuk kepentingan umum.²⁵

Salah satu pasal yang dimohonkan pengujian dalam putusan Nomor 149/PUU-VII/2009 adalah Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 tentang Ketenagalistrikan yang menyebutkan "*Usaha penyediaan tenaga listrik untuk kepentingan umum sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat dilakukan secara terintegrasi*". Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang Ketenagalistrikan tersebut menimbulkan pertanyaan tentang arti kata "terintegrasi" jika dikaitkan dengan *unbundling*. Kamus Besar Bahasa Indonesia menyebutkan bahwa kata "terintegrasi" berasal dari kata "integrasi" yang artinya pembauran hingga menjadi kesatuan yang utuh atau bulat.²⁶ Hal tersebut memiliki makna yang sama dengan "*bundling*" sebagai lawan kata dari "*unbundling*". Dengan demikian, adanya kata "dapat" di depan kata "terintegrasi" dalam Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 mengandung arti bahwa usaha penyediaan listrik tidak harus dilakukan secara terintegrasi, dengan perkataan lain yaitu usaha penyediaan listrik dapat pula dilakukan secara tidak terintegrasi atau tidak dalam satu kesatuan usaha. Hal tersebut mengindikasikan dibolehkannya penerapan prinsip *unbundling*. Padahal hal tersebut pernah dinyatakan oleh Mahkamah Konstitusi pada putusan sebelumnya bahwa *unbundling* dalam usaha penyediaan listrik adalah inkonstitusional atau bertentangan dengan konstitusi, khususnya Pasal 33 UUD 1945.

Pertimbangan Mahkamah Konstitusi mengenai Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 tentang Ketenagalistrikan dalam putusan Nomor 149/PUU-VII/2009 adalah sebagai berikut:

²⁵ Lihat Pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 149/PUU-VII/2009, bertanggal 30 Desember 2010, paragraf [3.12] h. 96

²⁶ Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia Pusat Bahasa: Edisi Keempat*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2008

Adapun Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 menyatakan, "*Usaha penyediaan tenaga listrik untuk kepentingan umum sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat dilakukan secara terintegrasi.*" Hal ini berbeda dengan Pasal 16 Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan yang menyatakan, "*Usaha Penyediaan Tenaga Listrik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 ayat (2) dilakukan secara terpisah oleh Badan Usaha yang berbeda*". ... Menurut ahli, definisi *unbundling* adalah adanya pemisahan 3 komponen yaitu (i) pembangkitan tenaga listrik, (ii) transmisi tenaga listrik, (iii) distribusi tenaga listrik. Konsep tersebut terdapat dalam Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 yang sudah dibatalkan oleh Mahkamah, karena bertentangan dengan Pasal 33 UUD 1945, sedangkan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 tidak mengandung *unbundling* karena tidak memisahkan ketiga jenis usaha ketenagalistrikan tersebut.²⁷

Pada putusan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003, bertanggal 15 Desember 2004, Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa *unbundling* sebagaimana termuat pada Pasal 16 Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan yang menyatakan, "*Usaha Penyediaan Tenaga Listrik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 ayat (2) dilakukan secara terpisah oleh Badan Usaha yang berbeda*" adalah bertentangan dengan konstitusi. Adapun pada putusan Nomor 149/PUU-VII/2009, bertanggal 30 Desember 2010, Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 tentang Ketenagalistrikan yang menyatakan, "*Usaha penyediaan tenaga listrik untuk kepentingan umum sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat dilakukan secara terintegrasi*", adalah konstitusional dan tetap berlaku.

Setelah putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 149/PUU-VII/2009 bertanggal 30 Desember 2010, Pemerintah menerbitkan peraturan perundang-undangan pada tingkat yang lebih rendah di bawah Undang-Undang yakni Peraturan Pemerintah dan Peraturan Menteri. Peraturan Pemerintah Nomor 14 Tahun 2012 tentang Kegiatan Usaha Penyediaan Tenaga Listrik, dalam Pasal 3 ayat (2) menyatakan, "*(2) Usaha penyediaan tenaga listrik sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat dilakukan secara terintegrasi*". Pada Penjelasan Pasal 3 ayat (2) Peraturan Pemerintah Nomor 14 Tahun 2012 disebutkan bahwa, "*Yang dimaksud dengan 'terintegrasi' adalah jenis usaha meliputi:*

²⁷ Pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 149/PUU-VII/2009, bertanggal 30 Desember 2010, paragraf [3.11.2] huruf d, h. 95-96

- a. *usaha pembangkitan tenaga listrik, transmisi tenaga listrik, distribusi tenaga listrik, dan penjualan tenaga listrik dilakukan dalam satu kesatuan usaha;*
- b. *usaha pembangkitan tenaga listrik, transmisi tenaga listrik, dan penjualan tenaga listrik dilakukan dalam satu kesatuan usaha; atau*
- c. *usaha pembangkitan tenaga listrik, distribusi tenaga listrik, dan penjualan tenaga listrik dilakukan dalam satu kesatuan usaha”.*

Demikian juga pada Peraturan Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral Nomor 35 Tahun 2013 tentang Tata Cara Perizinan Usaha Ketenagalistrikan yaitu dalam ketentuan Pasal 3 menyatakan:

- “(1) Usaha Penyediaan Tenaga Listrik untuk kepentingan umum meliputi jenis usaha:
- a. pembangkitan tenaga listrik;
 - b. transmisi tenaga listrik;
 - c. distribusi tenaga listrik; dan/ atau
 - d. penjualan tenaga listrik.
- (2) *Usaha Penyediaan Tenaga Listrik untuk kepentingan umum sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat dilakukan secara terintegrasi.*
- (3) *Usaha Penyediaan Tenaga Listrik untuk kepentingan umum secara terintegrasi sebagaimana dimaksud pada ayat (2) meliputi jenis usaha:*
- a. pembangkitan tenaga listrik, transmisi tenaga listrik, distribusi tenaga listrik, dan penjualan tenaga listrik yang dilakukan dalam satu kesatuan usaha;
 - b. pembangkitan tenaga listrik, transmisi tenaga listrik, dan penjualan tenaga listrik yang dilakukan dalam satu kesatuan usaha; atau
 - c. pembangkitan tenaga listrik, distribusi tenaga listrik, dan penjualan tenaga listrik yang dilakukan dalam satu kesatuan usaha.
- (4) Usaha Penyediaan Tenaga Listrik untuk kepentingan umum dapat dilaksanakan oleh badan usaha sebagai berikut:
- a. badan usaha milik negara;
 - b. badan usaha milik daerah;
 - c. badan usaha swasta yang berbadan hukum Indonesia;
 - d. koperasi; dan
 - e. swadaya masyarakat,
yang berusaha di bidang penyediaan tenaga listrik”.

Berdasarkan Peraturan Pemerintah dan Peraturan Menteri tersebut, terlihat bahwa usaha penyediaan tenaga listrik untuk kepentingan umum yaitu usaha pembangkitan tenaga listrik, transmisi tenaga listrik, distribusi tenaga listrik, dan penjualan tenaga listrik masih terbuka pilihan alternatif lain yakni hanya terdiri dari tiga jenis usaha dari empat jenis usaha dalam satu kesatuan usaha. Selain itu, dimungkinkan pula bagi pihak swasta untuk turut melakukan usaha penyediaan listrik, dengan adanya ketentuan Pasal 3 ayat (4) huruf c Peraturan Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral Nomor 35 Tahun 2013 yang menyatakan bahwa usaha penyediaan tenaga listrik untuk kepentingan umum dapat dilaksanakan antara lain oleh badan usaha swasta yang berbadan hukum Indonesia.

Pertanyaan yang muncul kemudian adalah mengenai maksud dari frasa “dapat dilakukan secara terintegrasi” dalam Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009. Kata “dapat” dalam Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 memiliki makna “tidak harus”. Dengan demikian, apabila kata “terintegrasi” dipahami sebagai makna yang sama dengan “*bundling*” sebagai lawan kata dari “*unbundling*”, maka adanya kata “dapat” sebelum kata “terintegrasi” dalam Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 mengandung arti bahwa usaha penyediaan listrik dapat pula dilakukan secara terpisah. Hal demikian justru membuka peluang dibolehkannya penerapan prinsip *unbundling*. Pertanyaan tersebut kemudian terjawab dengan adanya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 111/PUU-XIII/2015, bertanggal 14 Desember 2016.

4. Penegasan Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 111/PUU-XIII/2015 tentang Inkonstitusionalitas *Unbundling*

Alasan Pemohon mengajukan permohonan pengujian Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 dalam perkara Nomor 111/PUU-XIII/2015 adalah bahwa frasa “*dapat dilakukan secara terintegrasi*” dalam rumusan Pasal 10 ayat (2) tersebut membuka kemungkinan pelaksanaan usaha penyediaan tenaga listrik dilakukan dengan tidak terintegrasi dan terpisah-pisah (*unbundling*) untuk keempat jenis usaha penyediaan listrik (usaha pembangkitan tenaga listrik, transmisi tenaga listrik, distribusi tenaga listrik, dan penjualan tenaga listrik). Menurut Pemohon, substansi Pasal 10 ayat (2) UU 30/2009 sama dengan substansi Pasal 8 ayat (2) dan Pasal 16 Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan yang telah dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 oleh Mahkamah Konstitusi melalui Putusan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003.

Mahkamah Konstitusi menjawab dalil Pemohon tersebut dalam pertimbangannya pada Paragraf [3.11] Putusan Nomor 111/PUU-XIII/2015 yang menegaskan bahwa listrik merupakan cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak. Oleh sebab itu, sesuai dengan amanat Pasal 33 ayat (2) UUD 1945, listrik harus dikuasai oleh negara. Perihal pengertian “dikuasai oleh negara”, Mahkamah sejak awal keberadaannya telah menyatakan pendapat dan pendiriannya, sebagaimana dalam pertimbangan hukum Putusan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003. Putusan tersebut juga menegaskan bahwa oleh karena listrik merupakan cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak sehingga harus dikuasai oleh negara maka kegiatan usaha ketenagalistrikan yang dilakukan secara kompetitif dengan memperlakukan pelaku usaha secara sama dan oleh badan usaha yang terpisah (*unbundling*) adalah bertentangan dengan UUD 1945.

Putusan Nomor 111/PUU-XIII/2015 menjadi penegasan konsistensi pemaknaan Mahkamah Konstitusi terhadap inkonstitusionalitas sistem *unbundling* dalam usaha penyediaan listrik. Pada Paragraf [3.12] angka 1 Putusan Nomor 111/PUU-XIII/2015, Mahkamah Konstitusi menjelaskan bahwa pertimbangan Mahkamah pada saat itu (Putusan Nomor 149/PUU-VII/2009) adalah adanya keyakinan bahwa UU 30/2009, khususnya berdasarkan Pasal 10 ayat (2), tidak akan menerapkan prinsip *unbundling* dalam usaha penyediaan tenaga listrik untuk kepentingan umum. Artinya, bahwa dalam usaha penyediaan tenaga listrik untuk kepentingan umum itu, usaha pembangkitan tenaga listrik, transmisi tenaga listrik, distribusi tenaga listrik, dan penjualan tenaga listrik tidak dilakukan oleh badan usaha yang terpisah. Dengan kata lain, apabila dalam praktik ternyata keyakinan Mahkamah bahwa pengaturan dalam Pasal 10 ayat (2) UU 30/2009 tidak menganut prinsip *unbundling* itu disimpangi maka pertimbangan Mahkamah dalam Putusan Nomor 149/PUU-VII/2009 menjadi tidak berlaku dan ketidakberlakuan itu bukan karena Mahkamah mengubah pendiriannya melainkan karena ada kesengajaan untuk menafsirkannya secara berbeda dari maksud Mahkamah.²⁸ Argumentasi baru yang diajukan Pemohon yang dapat diterima oleh Mahkamah Konstitusi sehingga mendorong Mahkamah untuk menegaskan kembali pendiriannya. Oleh karena itu, Mahkamah harus menegaskan bahwa penolakan Mahkamah terhadap pengujian Pasal 10 ayat (2) UU 30/2009 sebagaimana dituangkan dalam Putusan

²⁸ Lihat pertimbangan pada Paragraf [3.12] angka 1 huruf b dalam Putusan Nomor 111/PUU-XIII/2015, bertanggal 14 Desember 2016, h.106-107

Nomor 149/PUU-VII/2009 dimaksud tidak boleh diartikan sebagai penerimaan Mahkamah terhadap penerapan prinsip *unbundling*.²⁹

Sepanjang berkenaan dengan dalil Pemohon tentang konstitusionalitas Pasal 10 ayat (2) UU 30/2009, untuk menghilangkan keragu-raguan dan demi kesatuan tafsir dan pemahaman guna menjamin kepastian hukum, Mahkamah menyatakan bahwa Pasal 10 ayat (2) UU 30/2009 menjadi bertentangan dengan UUD 1945 apabila dengan rumusan demikian diartikan sebagai dibenarkannya praktik *unbundling* dalam usaha penyediaan tenaga listrik untuk kepentingan umum.³⁰

Dengan adanya putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 111/PUU-XIII/2015, maka kebimbangan terhadap inkonstitusionalitas penerapan sistem *unbundling* pun terjawab sehingga penafsiran-penafsiran yang berbeda-beda dapat dihindari. Mahkamah Konstitusi telah menegaskan bahwa usaha penyediaan listrik untuk kepentingan umum yang meliputi pembangkitan tenaga listrik, transmisi tenaga listrik, distribusi tenaga listrik, dan penjualan tenaga listrik haruslah berada pada satu tangan dan tidak terpisah-pisah.

KESIMPULAN

Sistem *unbundling* mengakibatkan terpisah-pisahannya usaha penyediaan listrik. Hal tersebut membuka peluang tidak dikuasainya listrik oleh negara secara langsung sehingga berdampak tidak terjaminnya pasokan listrik kepada semua lapisan masyarakat. Padahal penguasaan negara atas listrik adalah suatu keniscayaan mengingat listrik adalah energi yang penting dan menyangkut hajat hidup orang banyak sebagaimana amanat Pasal 33 UUD 1945.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 111/PUU-XIII/2015, bertanggal 14 Desember 2016, telah menegaskan kembali mengenai inkonstitusionalitas penerapan sistem *unbundling* dalam usaha penyediaan listrik untuk kepentingan umum.

Perlindungan hak ekonomi termasuk pemenuhan kebutuhan akan listrik yang dilakukan Mahkamah Konstitusi melalui putusannya masih perlu diperkuat dengan kepatuhan hukum para *stakeholders* terhadap putusan tersebut, meskipun UUD 1945 dan Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi telah mengatur bahwa putusan Mahkamah Konstitusi bersifat final dan mengikat.

²⁹ Lihat pertimbangan pada Paragraf [3.12] angka 1 huruf c dalam Putusan Nomor 111/PUU-XIII/2015, bertanggal 14 Desember 2016, h.107

³⁰ Lihat pertimbangan pada Paragraf [3.12] angka 1 halaman 108 dalam Putusan Nomor 111/PUU-XIII/2015, bertanggal 14 Desember 2016

Perumusan pasal dalam undang-undang sebaiknya menggunakan kalimat yang tidak multitafsir serta senantiasa mempertimbangkan keberadaan putusan Mahkamah Konstitusi agar tidak menimbulkan kesalahpahaman oleh masyarakat dalam memaknai rumusan pasal dalam undang-undang.

DAFTAR PUSTAKA

- Dody Susanto, 2012, *Wiyata Negara Pancasila*, Jakarta: Yayasan Permata Bangsa.
- Friedmann, Wolfgang, 1971, *The State and the Rule of Law in a Mixed Economy*, London: Steven and Son.
- Muhaimin, 2015, "Islam dan Welfare State (Sebuah Analisis Perbandingan)", *At-Taradhi Jurnal Studi Ekonomi*, Volume 6, Nomor 1, http://jurnal.uin-antasari.ac.id/index.php/taradhi/article/view/711/pdf_33, diunduh 21 Januari 2018.
- Nanik Trihastuti, 2013, *Hukum Kontrak Karya Pola Kerjasama Perusahaan Pertambangan di Indonesia*, Malang: Setara Press.
- Nickel, James W., 1996, *Hak Asasi Manusia: Refleksi Filosofis atas Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.
- Soeprapto, 2013, *Pancasila*, Jakarta: Konstitusi Press.
- Suteki, 2013, *Hukum dan Alih Teknologi Sebuah Pergulatan Sosiologis*, Yogyakarta: Thafa Media.

Jurnal

- Jones, Douglas N., 2001, "Regulatory Concepts, Propositions, and Doctrines: Casualties, Survivors, Additions", *Energy Law Journal*, Volume 22, Nomor 1, http://eba-net.org/sites/default/files/elj/Energy%20Journals/Vol22_No1_2001_Art_Regulatory%20Concepts.pdf, diunduh 21 Januari 2018.
- Joskow, Paul L., 2003, "The Difficult Transition to Competitive Electricity Markets in the U.S.", *Center for Energy and Environmental Policy Research*, <https://pdfs.semanticscholar.org/aea1/49593349144e8a338d077e5af6092391a341.pdf>, diunduh 21 Januari 2018.
- Kroes, Neelie, 2007, "Improving Competition in European Energy Markets Through Effective Unbundling", *Fordham International Law Journal*, Volume 31:1387,

<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2119&context=ilj>,
diunduh 21 Januari 2018.

Lowe, Philip., Ingrida Pucinskaite, William Webster, dan Patrick Lindberg, 2007, "Effective Unbundling of energy Transmission Networks: Lessons from the Energy Sector Inquiry", *Competition Policy Newsletter 2007*, European Commission: Number 1 Spring, http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2007_1_23.pdf, diunduh 21 Januari 2018.

Merino, Rafael, 2013, *Liberalisation of the Electricity Industry in the European Union, Islandiae: Haskoli Islands*, <https://skemman.is/bitstream/1946/13601/1/Liberalisation%20of%20the%20Electricity%20Industry%20in%20the%20European%20Union.pdf>, diunduh 21 Januari 2018.

Peraturan Perundang-undangan:

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 tentang Ketenagalistrikan

Peraturan Pemerintah Nomor 14 Tahun 2012 tentang Kegiatan Usaha Penyediaan Tenaga Listrik

Peraturan Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral Nomor 35 Tahun 2013 tentang Tata Cara Perizinan Usaha Ketenagalistrikan

Putusan Pengadilan:

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004, bertanggal 19 Juli 2005, pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 008/PUU-III/2005, bertanggal 19 Juli 2005, pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 001-021-022/PUU-I/2003, bertanggal 15 Desember 2004, pengujian Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 149/PUU-VII/2009, bertanggal 30 Desember 2010, pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 tentang Ketenagalistrikan

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 36/PUU-X/2012, bertanggal 13 November 2012, pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 111/PUU-XIII/2015, bertanggal 14 Desember 2016, pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 tentang Ketenagalistrikan

Berita Internet:

www.beritasatu.com, “Listrik Padam di Nias, Kesepakatan PLN dengan APR Belum Jelas”, <http://www.beritasatu.com/nasional/358490-listrik-padam-di-nias-kesepakatan-pln-dengan-apr-belum-jelas.html>, diakses 28 Desember 2017

www.republika.co.id, “MPR Prihatin Kalimantan Barat Masih Impor Listrik dari Malaysia”, <http://www.republika.co.id/berita/mpr-ri/berita-mpr/16/08/04/objzf365-mpr-prihatin-kalimantan-barat-masih-impor-listrik-dari-malaysia>, diakses 28 Desember 2017

Penataan Kelembagaan Pengujian Norma Hukum di Indonesia

The Institutional Arrangement of Legal-Norms Review in Indonesia

Tanto Lailam

Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta
Jl. Lingkar Selatan, Tamantirto, Kasihan, Bantul, Yogyakarta, 55183
E-mail: tanto_tatanegara@yahoo.com

Naskah diterima: 04/11/2017 revisi: 10/01/2018 disetujui: 19/02/2018

Abstrak

Artikel ini membahas tentang penataan kelembagaan pengujian norma hukum di Indonesia, yang diawali dengan pembahasan problematika kelembagaan dan praktik pengujian norma hukum saat ini dan gagasan penataan lembaga kedepan. Hasil kajian menunjukkan bahwa beberapa persoalan, meliputi (1) kelembagaan yang tidak ideal dan tidak sesuai dengan *checks and balances system*, hal ini terbukti banyaknya lembaga yang terlibat dalam pengujian norma, yakni MK, MA, dan Mendagri–Gubernur (Wakil Pemerintah Pusat); (2) persoalan objek pengujian yang tidak memiliki batasan yang jelas; (3) dalam praktik, persoalan tolok ukur pengujian terjadi kerumitan, terutama dalam penggunaan tolok ukur dalam menilai pertentangan norma hukum. Gagasan penataan kelembagaan ini di desain untuk kelembagaan satu atap pada MK, yang didasari argumentasi bahwa: MK sebagai pengawal Pancasila dan UUD 1945, dalam rangka penataan kelembagaan yang berbasis pada mekanisme *checks and balances system*, mewujudkan hierarkisitas peraturan perundang-undangan yang berkelanjutan, implementasi pengujian formil dalam praktik pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang, penataan regulasi menjadi lebih tersistem, pengujian produk hukum tertentu merupakan pintu masuk untuk melihat semua persoalan pertentangan normanya pada setiap hierarki. Pada sisi yang lain, objek dalam sistem pengujian peraturan perundang-undangan juga belum terintegrasi menurut konstitusi dan belum mengarah pada penataan sistem heirarki norma hukum dan upaya harmonisasi norma hukum. Sistem konstitusi dengan paradigma “*the supreme law of the land*” mengharuskan seluruh peraturan dibawahnya harus bersumber dan

tidak boleh bertentangan, dengan berpijak pada prinsip “tidak boleh satu detik pun ada peraturan perundang-undangan yang berpotensi melanggar konstitusi tanpa bisa diluruskan atau diuji melalui pengujian yudisial”.

Kata Kunci: Pengujian Norma Hukum, Penataan Kelembagaan, Mahkamah Konstitusi

Abstract

This article is discussed the institutional arrangement of regulation reviews in Indonesia. It's begins with a discussion of the institutional problems and practice of regulations review and the design of institutional arrangement in the future. The results of the study shows several issues including: (1) institutions which are not ideal and contradicted with checks and balances system, it's proofed by amount of institutions has authority about the functions, namely: Judicial review (Constitutional Court, Supreme Court), and Executive Review (Minister of Home Affairs and Governor; (2) the object of review doesn't clear boundaries; (3) in practice, the problems of standard reviews is complicated, especially in the use of judging standard in the conflict of legal norm. The idea of institutional arrangement is designed for one institutionalization at the Constitutional Court, which is based on the argument: The Constitutional Court as the guardian of the Pancasila (ideology of state) and the 1945 Constitution, in the framework of institutional arrangement based on checks and balances system, realizing the sustainable in the heirarchy of regulation, in practice of formal review to reviewing regulations under a law, arrangements of regulations more systematic and comprehnsive, regulations review is the entrance to see all the issues of it's conficting in each hierarchy. On the other hand, the object in the system of regulation reviews is also not integrated according by the constitution, and it's not in accordance with the arrangement system in hierarchy of the regulation and efforts to harmonize the legal norms. The constitutional system with the “supreme law of the land” paradigm requires that all the regulations below should be sourced and not be contradictions, with the principle of “no regulations may be conflict againts the constitution without judicial review.

Keywords: Regulation Reviews, Institutions Arrangement, Constitutional Court

PENDAHULUAN

Sistem norma hukum (peraturan perundang-undangan Indonesia) yang berlaku berada dalam suatu sistem hierarkis yang berlapis-lapis dan berjenjang-jenjang sekaligus berkelompok-kelompok, dimana norma tersebut berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi, dan norma hukum yang lebih tinggi berlaku, bersumber dan berdasar pada norma hukum yang lebih tinggi pula, demikian

seterusnya sampai pada suatu norma dasar negara (*Staatfundamentalnorm*) Republik Indonesia, yaitu: Pancasila.¹

Heirarki peraturan perundang-undangan bertujuan menentukan derajatnya masing-masing agar tercipta sistem peraturan perundang-undangan yang harmonis (adanya keselarasan, kecocokan, keserasian, keseimbangan), sedangkan tidak harmonis adalah adanya batasan-batasan perbedaan, hal-hal yang bertegangan, dan kejanggalan. Derajat dalam hierarkisitas memiliki konsekuensi jika ada peraturan yang bertentangan maka yang dinyatakan berlaku adalah yang derajatnya lebih tinggi. Dalam hal ini berlaku asas *lex superiori derogate legi inferiori* (hukum yang derajatnya lebih tinggi mengesampingkan hukum yang derajatnya lebih rendah).²

Selain itu, implikasi heirarki adalah adanya norma hukum dalam derajat yang sama (berkelompok) untuk tidak saling bertentangan, misalnya kelompok norma dalam bentuk undang-undang juga berimplikasi pada adanya norma yang harmonis/sesuai dan tidak saling bertentangan antara satu undang-undang dengan undang-undang lainnya. Demikian juga antar pasal atau ayat yang satu dengan yang lainnya dalam satu undang-undang harus juga harmonis. Jika bertentangan justru menyebabkan bangunan hierarki/piramida hukum menjadi keropos dan bahkan rusak, lebih lanjut akan bertentangan dengan nilai-nilai dasar yang dikandung dalam Pancasila maupun UUD 1945 dan menyebabkan tidak berjalannya negara hukum Indonesia.

Konsekuensi norma hukum yang berkelompok adalah adanya norma-norma dalam jenjang yang sama tidak saling bertegangan/bertentangan, atau norma hukum yang mengandung makna/ketentuan yang sama tidak boleh diatur dalam beberapa undang-undang. Secara teoritis, jika terdapat undang-undang yang mengatur materi yang sama (pertentangan antar kelompok norma), maka berlaku asas *lex specialist derogate legi generali* (hukum yang khusus mengenyampingkan hukum yang umum), dan asas *lex posteriori derogat legi priori* (hukum baru mengesampingkan tertib hukum lama).

Untuk menempuh jalur konstitusional jika terdapat ketidakharmonisan/pertentangan norma hukum diperlukan upaya pengujian peraturan perundang-undangan. Skema sistem pengujian pengujian peraturan perundang-undangan di setiap negara memiliki perbedaan, ada yang dilekatkan pada; (1) pengujian oleh lembaga peradilan (*judicial review*) dengan satu lembaga atau kewenangan

¹ Maria Farida, *Ilmu Perundang-undangan: Dasar-dasar dan Pembentukannya*, Yogyakarta: Kanisius, 1998), h.39

² Bagir Manan, *Teori dan Politik Konstitusi*, Yogyakarta: FH UII Press, 2003, h.206

diberikan kepada dua lembaga kekuasaan kehakiman, baik Mahkamah Agung (MA) maupun Mahkamah Konstitusi (MK), (2) pengujian oleh lembaga eksekutif (*executive review*), (3) pengujian oleh lembaga legislatif (*legislative review*) atau badan khusus yang memiliki kewenangan menyelesaikan masalah tersebut. Saat ini Indonesia mengadopsi dualisme skema *judicial review* dan *executive review* dalam sistem pengujian peraturannya, namun secara teoritis dan empiris terdapat permasalahan yang mendasar, terutama sistem pengujian norma hukum yang tidak ideal yang ditandai seperti lemahnya konstruksi kelembagaan dan objek pengujian.

Beberapa persoalan, *Pertama*, kelembagaan pengujian. Terdapat beberapa lembaga yang memiliki fungsi pengujian peraturan perundang-undangan, yakni MK, MA, dan Mendagri (termasuk Gubernur/Wakil Pemerintah Pusat di daerah). Kelembagaan yang berfungsi menguji peraturan perundang-undangan bukanlah sistem yang ideal dan rawan terjadinya perbedaan pelaksanaan fungsi antar lembaga tersebut, disparitas putusan, dan perbedaan konstruksi tafsir pertentangan norma. *Kedua*, persoalan objek pengujian. Persoalan objek pengujian ini tentu tidak terlepas dari hierarki peraturan perundang-undangan. Terdapat beberapa persoalan yang berkaitan dengan objek pengujian; meliputi: (1) ketiadaan lembaga yang berwenang menguji TAP MPR/MPRS yang berada di bawah UUD 1945; (2) Selain itu, UUD 1945 mengandung pembatasan fungsi pengujian norma yang menunjukkan bahwa seolah-olah yang terpenting dan sering menjadi masalah adalah derajat sebuah norma hukum dalam konteks norma vertikal, sementara norma-norma yang sederajat dan berkelompok (horizontal) seolah-olah tidak menimbulkan masalah, padahal secara faktual banyak kelompok undang-undang yang sederajat justru menimbulkan masalah (konflik hukum). *Ketiga*, dalam praktik persoalan tolok ukur pengujian terjadi kerumitan, terutama dalam penggunaan tolok ukur dalam menilai ada/tidak pertentangan norma hukum. Misalnya Peraturan Daerah (Perda) dibentuk tidak berdasarkan amanah undang-undang (atau undang-undang yang mengatur materi muatan yang berkaitan dengan Perda belum ada), Perda dibentuk langsung merujuk pada UUD 1945. Setelah diuji Perda tersebut tidak bertentangan dengan undang-undang, namun bertentangan dengan UUD 1945, apakah dalam pengujian Perda di MA diperbolehkan menggunakan tolok ukur UUD 1945?. Artinya beberapa persoalan tersebut menunjukkan bahwa sistem pengujian peraturan perundang-undangan saat ini bukanlah sistem yang

ideal, sehingga diperlukan pengkajian yang lebih sistematis dan komprehensif melalui penataan kelembagaan pengujian norma hukum.

PEMBAHASAN

A. Pengujian Norma Hukum

Istilah pengujian norma hukum (peraturan perundang-undangan) dapat dibagi berdasarkan subjek dan objek peraturan. Dilihat dari subjek yang melakukan pengujian, pengujian dapat dilakukan oleh hakim (*toetsingsrecht van de rechter* atau *judicial review*), pengujian yang dilakukan oleh legislatif (*legislative review*) dan pengujian oleh lembaga eksekutif (*executive review*).³ Pemahaman lain menyebutkan bahwa terdapat tiga kategori besar dalam pengujian peraturan perundang-undangan dan perbuatan administrasi negara, yaitu: pengujian oleh badan peradilan (*judicial review*), pengujian oleh badan yang sifatnya politik (*political review*), dan pengujian oleh pejabat atau badan administrasi negara (*administrative review*).⁴

Dalam perkembangan pengujian norma hukum muncul berbagai macam istilah, seperti: *toetsingrecht*, *judicial review*, *constitutional review*, dan lainnya. Istilah *toetsingrecht* berarti “hak menguji”, “hak atau kewenangan untuk menguji atau hak uji”, pengertian tersebut memperjelas bahwa “*toetsingrecht*” merupakan suatu proses untuk melakukan pengujian atau menguji dan secara harfiah dapat diartikan sebagai kewenangan untuk menguji.⁵ Hak uji ini mempunyai cakupan yang luas, digunakan untuk pengujian perundang-undangan secara umum, sehingga istilah yang timbul sangat tergantung dengan “subjek” dan “objek” dalam pengujian tersebut. Istilah *toetsingrecht* dapat digunakan dalam proses uji perundang-undangan oleh lembaga legislatif (*legislative review*), eksekutif (*executive review*) maupun oleh lembaga yudikatif (*judicial review*). Istilah *toetsingrecht* juga dapat digunakan terhadap istilah *constitutional review* maupun *judicial constitutional review*, dalam arti lain istilah *toetsingrecht* berlaku umum.⁶

Sedangkan, *Judicial review* merupakan pengujian norma yang dilakukan oleh lembaga yudisial atau lembaga pengadilan,⁷ atau merupakan pengawasan

³ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-undang*, Jakarta: Yasrif Watampone, 2004, h.1

⁴ Ni'matul Huda, *Negara Hukum, Demokrasi & Judicial Review*, Yogyakarta: FH UII Press, 2004, h.73

⁵ H.M Laica Marzuki, *Berjalan-Jalan di Ranah Hukum*, Jakarta: Konpress, 2005, h.67

⁶ Saldi Isra, Yuliandri, Feri Amsari, Charles Simabura, Dayu Medina, dan Edita Eida, *Perkembangan Pengujian Perundang-undangan di Mahkamah Konstitusi (Dari Berfikir Hukum Tekstual ke Hukum Progresif)*, Jakarta dan Sumatera Barat: Pusat Studi Konstitusi Fakultas Hukum Universitas Andalas dan Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan MKRI, 2010, h.7

⁷ Jimly Asshiddiqie, *Hukum...Loc.Cit.*

kekuasaan kehakiman (*judicial power*) terhadap kekuasaan legislatif dan eksekutif. Brewer Carias memandangnya sebagai tugas yang melekat dari pengadilan untuk menjamin tindakan hukum legislatif atau eksekutif sesuai dengan hukum tertinggi, “...*the same inherent duty of court to ensure that each legal action conforms to a superior law*”.⁸ Menurut Jimly Asshiddiqie secara teknis pengertian *judicial review* adalah lebih luas daripada pengujian peraturan, *judicial review* berarti peninjauan kembali, menilai kembali atau menguji kembali. Dalam literatur Inggris bahwa *judicial review* termasuk semuanya yaitu kegiatan menilai norma-norma hukum baik produk legislatif, pejabat hukum, atau pejabat tata usaha negara dan hukum.

Istilah *constitutional review* atau pengujian konstiusional merupakan pengujian mengenai konstiusionalitas dari norma hukum (misalnya undang-undang) yang sedang di uji (*judicial review on the constitutionality of law*), yang pengujiannya dilakukan dengan menggunakan alat ukur konstiusi.⁹ Dalam pandangan M. Fajrul Falaakh bahwa upaya menjaga dan menegakkan konstiusi disebut *constitutional review*, artinya produk-produk dan perbuatan hukum harus sesuai dan tidak bertentangan dengan konstiusi.¹⁰

Pengujian norma hukum (peraturan perundang-undangan) setelah reformasi mulai mencari bentuk yang ideal, pada awal reformasi politik hukum pengujian peraturan perundang-undangan menghendaki kelembagaan MPR menjalankan fungsi peradilan konstiusi (*constitutional review*) untuk menguji undang-undang berdasar pada Ketetapan MPR Nomor III/MPR/2000. Pasal 5 ayat (1): “Majelis Permusyawaratan Rakyat berwenang mengujiz undang-undang terhadap UUD 1945, dan Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat”, namun dalam praktiknya kewenangan tersebut tidak pernah dilaksanakan oleh MPR. Pemberian kewenangan kepada MPR tersebut didasarkan pada pertimbangan, *pertama*, perlu ada lembaga yang diberi kewenangan undang-undang terhadap UUD 1945 dan Ketetapan MPR; *kedua*, MPR yang menentukan UUD dan mengeluarkan produk hukum Ketetapan MPR, sehingga lembaga ini dipandang lebih mengerti dan memahami makna maupun hakikat dari materi yang dikandung dalam UUD dan Ketetapan MPR daripada lembaga lain yang tidak menetapkannya.

Pertimbangan tersebut dirasa kurang tepat dan justru menimbulkan masalah yuridis, meliputi: (1) MPR adalah lembaga politik tempat aspirasi masyarakat

⁸ Irfan Fachruddin, *Pengawasan Peradilan Administrasi Terhadap Tindakan Pemerintah*, Bandung: Alumni, 2004, h.175

⁹ Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Jakarta: Konpress, 2005, h.7

¹⁰ M.Fajrul Falaakh, dalam “Skema *Constitutional Review* di Indonesia: Tinjauan Kritis”, *Jurnal Mimbar Hukum* No.38//2001, h.15

diaktualisasikan secara politis dalam rangka pengawasan terhadap kekuasaan pemerintah; (2) Dari segi keanggotaannya, terdapat orang anggota DPR yang secara otomatis menjadi anggota MPR. Sementara itu, undang-undang dibuat oleh DPR dan Presiden. Undang-undang diuji oleh MPR, tetapi rancangan undang-undang sudah dibahas dan disetujui di DPR menjadi undang-undang yang *nota bene* mereka juga anggota MPR; (3) Pengujian secara materiil undang-undang lebih mengarah pada pengujian yuridis, daripada pengujian secara politis, sebab secara politis undang-undang sudah diuji oleh DPR (*dibahas*; penulis); (4) Kalau suatu peraturan yang lebih rendah bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi, berarti ada perselisihan antar dua hukum. Sehingga secara hakiki ini adalah sengketa hukum (*legal case*), oleh karena itu pengadilan-lah yang berwenang menyelesaikannya. Senada dengan pandangan tersebut, M.Fajrul Falaakh menilai bahwa (pada waktu itu) yang seharusnya memiliki kewenangan *constitutional review* adalah MK (peradilan konstitusi).¹¹

Pasal 5 Tap MPR ayat (2), (3), dan (4) tersebut juga mengatur kewenangan MA: “Mahkamah Agung berwenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang”, dan “Pengujian bersifat aktif dan dapat dilaksanakan tanpa melalui proses peradilan kasasi, serta Keputusan MA mengenai pengujian bersifat mengikat”. Kewenangan ini merupakan kewenangan yang sudah diatur sebelumnya (Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970, TAP MPR Nomor III/MPR/1978, dan Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985).

Pengujian peraturan perundang-undangan menemukan desain konstitusional setelah amandemen konstitusi, yang dipertegas dengan Pasal 24A UUD 1945 bahwa MA menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang dan Pasal 24C UUD 1945 mengatur bahwa MK menguji undang-undang terhadap UUD. Pada tataran yang lain Pemerintah (Mendagri) memiliki kewenangan menguji Peraturan Daerah (Undang-undang 32 Tahun 2004, yang kemudian diganti dengan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014). Namun, berdasarkan putusan MK Nomor 137/PUU-VIII/2015 perihal pembatalan Pasal 251 ayat (2) dan (8) tentang pengawasan Mendagri/ Gubernur terhadap Perda Kabupaten/ Kota; dan Putusan MK Nomor 56/PUU-XIV/2016 perihal pembatalan frase “Perda Provinsi dan” Pasal 251 ayat (1), ayat (4), (7), serta Pasal 251 ayat (5) perihal tentang pengawasan Mendagri terhadap Perda Provinsi dibatalkan, maka Mendagri tidak lagi memiliki kewenangan dalam pengujian peraturan

¹¹ *Ibid.*, hlm.14

daerah provinsi dan kabupaten/ kota. Namun desain kelembagaan pengujian ini belumlah ideal dan banyak menimbulkan problematika dalam pelaksanaannya, sehingga perlu angin segar untuk menyusun penataan kelembagaan pengujian norma hukum.

B. Problematika Pengujian Norma Hukum Saat ini

Pengujian peraturan perundang-undangan di Indonesia dilakukan oleh beberapa lembaga baik dalam tataran *judicial review* (MA dan MK) maupun *executive review* (Mendagri dan Gubernur). Sehingga persoalan utama dalam pengujian peraturan adalah kewenangan pengujian yang tersebar di beberapa lembaga negara. Kondisi ini tentu memunculkan problem kelembagaan baik teori, praktek pengujian, maupun implikasi yang ditimbulkan.

Pertama, judicial review. Desain ini mengalami dualisme menurut UUD 1945, dualisme ini terbukti pada Pasal 24A UUD 1945 bahwa MA menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, dalam hal ini MA sebagai penafsir sah terhadap undang-undang (*the legitimate interpreter of the law and justice*). Sementara berdasar Pasal 24C UUD 1945, MK menguji undang-undang terhadap UUD 1945, dalam hal ini MK sebagai penafsir sah terhadap UUD atau konstitusi (*the legitimate interpreter of the constitution*).¹² Desain ini merupakan metode tambal sulam, sebab sebelum amandemen UUD 1945 MA telah memiliki kewenangan tersebut, dan pada saat amandemen hanya menambahkan fungsi MK. Jadi visi amandemen UUD 1945 tidak berbasis pada pengkajian konseptual secara mendalam mengenai desain terbaik lembaga negara yang memiliki fungsi tersebut dan implikasi yang ditimbulkan.

Pandangan Mahfud MD bahwa desain pengujian norma tersebut kurang ideal, idealnya MK menangani “konflik peraturan perundang-undangan”, guna menjamin konsistensi semua peraturan perundang-undangan, lembaga ini sebaiknya hanya memeriksa konflik peraturan perundang-undangan mulai dari yang paling tinggi sampai yang paling rendah derajatnya, oleh sebab itu idealnya kewenangan pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang diberikan kepada MK. Idealnya MA menangani “konflik antar orang dan/atau badan hukum dan/atau lembaga” termasuk konflik tentang hasil Pemilihan Umum, konflik antar lembaga negara, perkara pembubaran partai politik, dan pernyataan DPR bahwa Presiden/ Wakil Presiden tidak lagi memenuhi

¹² I Dewa Gede Palguna, *Mahkamah Konstitusi, Judicial Review dan Welfare State*, Jakarta: Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan MKRI, 2008, h.17

syarat sebagai Presiden/ Wakil Presiden baik karena pelanggaran atas hal-hal tertentu yang ditentukan dalam UUD maupun karena terjadinya sesuatu yang menyebabkan tidak lagi memenuhi syarat.¹³

Senada dengan Mahfud MD, Jimly Asshidiqie pembagian tugas dibidang pengujian peraturan perundang-undangan antara MA dan MK sama sekali tidak ideal, karena dapat menimbulkan perbedaan atau putusan yang saling bertentangan antara MA dan MK, ada beberapa argumentasi, yaitu: (1) pemberian kewenangan pengujian materi undang-undang terhadap UUD 1945 yang baru dibentuk mengesankan hanya sebagian tambahan perumusan terhadap materi UUD 1945 secara mudah dan tambal sulam, seakan konsepsi hak uji materiil peraturan yang ada ditangan MA tidak turut berpengaruh terhadap hak uji materiil terhadap MK. Perumusan demikian seakan kurang didasarkan atas pendalaman konseptual berkenaan dengan konsepsi hak uji itu sendiri secara komprehensif; (2) pemisahan kewenangan itu masuk akal jika sistem kekuasaan yang dianut masih didasarkan pada prinsip pembagian kekuasaan dan bukan prinsip kekuasaan yang mengutamakan *checks and balances system*, saat ini UUD 1945 telah resmi menganut prinsip pemisahan kekuasaan horizontal. Oleh karena itu, pemisahan antara materi muatan undang-undang dan materi peraturan perundang-undangan seharusnya tidak dilakukan lagi; (3) dalam praktik pelaksanaannya nanti, secara hipotetis dapat timbul pertentangan substantif antara putusan MK dan MA. Oleh karena itu, sebaiknya sistem pengujian peraturan perundang-undangan di bawah konstitusi diintegrasikan saja di bawah MK, dengan demikian masing-masing Mahkamah dapat memfokuskan perhatian pada masalah pidana dan perdata.¹⁴

Menurut M. Fajrul Falaakh bahwa dualisme ini akan menimbulkan problem, akibatnya undang-undang MK mengharuskan MK memberitahu MA tentang pengujian undang-undang dan MA diperintahkan menghentikan pengujian norma di bawah undang-undang, selain itu berbeda dengan MK bahwa UUD 1945 tidak menyatakan mengikat wewenang MA dalam pengujian norma. Kekeliruan dapat diilustrasikan seperti: MA menguji ketentuan suatu Peraturan Pemerintah terhadap undang-undang dan menyatakan bahwa Peraturan Pemerintah tidak bertentangan dengan undang-undang, namun setelahnya MK menguji undang-undang dimaksud dan menyatakan bahwa undang-undang tersebut bertentangan dengan konstitusi, Pemerintah berkewajiban menyesuaikan peraturan pemerintah dengan undang-

¹³ Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, Jakarta: Rajawali Pers, 2010, h.134

¹⁴ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalme Indonesia*, Jakarta: MKRI dan Pusat Studi HTN FH Universitas Indonesia, 2004, h.189.

undang, tetapi putusan MK merupakan *novum* (bukti baru) yang dapat digunakan pemohon pengujian Peraturan Pemerintah tersebut agar MA meninjau kembali putusannya dalam perkara *in casu*.¹⁵

Intinya bahwa berdasarkan UUD 1945, kelembagaan MK dan MA setara, namun dalam konteks pengujian peraturan apakah putusan MK dan MA juga setara?, jika setara berarti sistem pengujian ini tidak mengarah pada perwujudan teori *stuffenbau theory*. Jika tidak setara, jelas ini bertentangan dengan prinsip *checks and balances system*. Selain itu, dalam praktik terdapat persoalan pelaksanaan fungsi di MA yang selama ini mengutamakan pengujian materiil, dan belum adanya akomodasi pengujian formil.

Kedua, executive review. Pada sisi yang lain, Pasal 24A UUD 1945 tersebut sudah sangat jelas mengandung pengertian pengujian peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang terhadap undang-undang menjadi kewenangan MA (termasuk Peraturan Daerah). Namun pada tataran Undang-undang, baik UU No.32 Tahun 2004 tentang Pemda dan UU Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemda (terbaru), Mendagri juga memiliki kewenangan yang sama dengan MA. Kemudian muncul putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 137/PUU-VIII/2015 perihal pembatalan Pasal 251 ayat (2) dan (8) tentang pengawasan Mendagri/Gubernur terhadap Perda Kabupaten/Kota; dan Putusan MK Nomor 56/PUU-XIV/2016 perihal pembatalan frase "*Perda Provinsi dan*" Pasal 251 ayat (1), ayat (4), (7), serta Pasal 251 ayat (5) perihal tentang pengawasan Mendagri terhadap Perda Provinsi. Implikasinya bahwa Mendagri tidak lagi memiliki kewenangan dalam pengawasan Perda Provinsi dan Gubernur tidak memiliki kewenangan untuk membatalkan Perda Kabupaten/Kota. Artinya saat ini, satu-satunya lembaga yang berwenang menguji Perda adalah Mahkamah Agung. Namun Mendagri (dan Gubernur/Wakil Pemerintah Pusat di Daerah) masih memiliki kewenangan dalam hal menguji Peraturan Kepala Daerah (Pergub dan Perbup/Perwali).

Persoalan kelembagaan diatas juga dapat menyebabkan kelemahan konstruksi pengujian norma, baik pada tataran objek peraturan yang diuji berikut tolok ukur yang digunakan untuk menilai pertentangan norma. Persoalan objek pengujian ini tentu tidak terlepas dari hierarki peraturan perundang-undangan. Terdapat beberapa persoalan yang berkaitan dengan objek pengujian yang luput dari pengujian; meliputi: (1) keberadaan TAP MPR/MPRS yang berada di bawah

¹⁵ Fajrul Falaakh, dalam "Sistem Kekuasaan Kehakiman di Indonesia", *Bunga Rampai: Potret Penegakan Hukum di Indonesia*, Jakarta: Komisi Yudisial, 2011, h.158

UUD 1945, sebagai produk politik sangat dimungkinkan jika TAP MPR/MPRS tersebut merugikan hak konstitusional warga negara, namun UUD 1945 tidak mengatur lembaga mana yang melakukan pengujian terhadap TAP MPR tersebut; (2) Selain itu, UUD 1945 mengandung pembatasan fungsi pengujian norma yang menunjukkan bahwa seolah-olah yang terpenting dan sering menjadi masalah adalah derajat sebuah norma hukum dalam konteks norma vertikal, sementara norma-norma yang sederajat dan berkelompok (horizontal) seolah-olah tidak menimbulkan masalah, padahal secara faktual banyak kelompok undang-undang yang sederajat justru menimbulkan masalah (konflik hukum), banyak undang-undang yang saling bertentangan dan menimbulkan ketidakpastian hukum yang telah dijamin UUD 1945, kondisi ini jelas berimplikasi pada tidak berjalannya roda konstitusi. Tentu persoalannya bisakah MK menguji dua atau lebih undang-undang (sederajat) terhadap UUD, dengan alasan untuk menciptakan kepastian hukum. Hal ini berlaku pula pada lembaga lain. (3) Pada tataran hierarkis, terdapat persoalan konstruksi pengujian, misalnya jika pemohon menilai bahwa Perda bertentangan dengan UUD 1945, lembaga manakah yang berwenang, mengingat bahwa produk hukum Perda tidak mesti merupakan pengaturan lebih lanjut dari Undang-undang, bisa jadi Perda dibuat justru melaksanakan amanat UUD 1945.

Disisi lain, implementasi kewenangan MA, Mendagri, Gubernur dalam pengujian norma hukum tidak melihat pada sisi formil (pengujian formil), Pengujian formil (*formeele toetsing*) merupakan pengujian atas suatu produk hukum yang bukan dari segi materinya, pengujian formil adalah pengujian undang-undang yang berkenaan dengan proses pembentukan undang-undang dan hal-hal yang tidak termasuk pengujian materiil". Pengujian formil (*prosedural*) ini untuk menentukan benar tidaknya cara menerbitkan suatu peraturan perundang-undangan, atau wewenang untuk menilai apakah suatu produk hukum telah memenuhi semua prosedur (*procedure*) pembentukannya sebagaimana telah ditentukan/diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku ataukah tidak. Misalnya dalam Peraturan MA Nomor 1 Tahun 2011 tentang Hak Uji Materiil yang pada pokoknya hanya mengatur hak uji materiil semata, sementara hak uji formil tidak diatur. Padahal pengujian formil lebih mengutamakan keadilan prosedural, bisa jadi misalnya Perda dibuat bertentangan dengan prosedur yang ditetapkan dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011, Peraturan Presiden Nomor 87 Tahun 2014, dan Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 80 Tahun 2015 yang merupakan pedoman pembentukan Peraturan Daerah.

Pada tataran praktis pula, konstuksi pengujian ini juga mengalami persoalan. Misalnya dalam waktu yang berbeda bisa jadi putusan MK dan MA saling bertentangan, misalnya putusan MA yang intinya menyatakan bahwa materi Peraturan Daerah “A” tidak bertentangan dengan materi undang-undang “B”, dalam waktu yang berbeda, MK menyatakan bahwa materi undang-undang “B” tersebut bertentangan dengan UUD dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Dalam hal ini putusan mana yang akan dijadikan pedoman, kedua putusan tersebut sama-sama bersifat final dan mempunyai kekuatan hukum mengikat, sementara putusan MK dan MA tersebut tidak berjenjang dan putusan MK tidak bisa menganulir putusan MA ataupun sebaliknya. Dalam hal ini terlihat jelas bahwa konstruksi pertentangan norma hukum dalam praktik *judicial review* di MK dan MA berjalan sendiri-sendiri. Implikasi dari perbedaan putusan tersebut dapat saja berakibat pada runtuhnya jenjang norma hukum Indonesia, sebab putusan MA yang menyatakan suatu peraturan perundang-undangan di bawah UU yang landasan ujinya (UU tersebut) dinyatakan bertentangan dengan UUD menurut putusan MK.

Berdasarkan putusan MA, peraturan perundang-undangan di bawah UU tetap berlaku dan mempunyai kekuatan hukum mengikat, sementara landasannya tidak lagi mempunyai kekuatan hukum mengikat, bukankah hal ini meruntuhkan jenjang hieraki norma hukum, di mana peraturan yang lebih rendah tetap mempunyai kekuatan hukum mengikat (berlaku) sementara peraturan yang lebih tinggi sebagai sumber dan dasar pembentukan peraturan yang lebih rendah tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat (tidak berlaku). Ini artinya konstruksi pertentangan norma dalam praktik *judicial review* menjadi persoalan, karena tidak mencerminkan logika teori jenjang hierarkisitas norma hukum bahwa “suatu norma hukum berlaku, bersumber dan berdasar pada norma hukum yang lebih tinggi, dan norma hukum yang lebih tinggi berlaku, bersumber dan berdasar pada norma hukum yang lebih tinggi pula, demikian seterusnya sampai pada suatu norma dasar negara (Pancasila).

Pada sisi yang lain, terdapat persoalan tolok ukur. Tolok ukur pengujian terjadi kerumitan, terutama dalam penggunaan tolok ukur dalam menilai ada/tidak pertentangan norma hukum. Kelembagaan pengujian diatas memberikan implikasi yang besar terhadap penggunaan tolok ukur ini. Beberapa persoalan (1) apakah kelembagaan MK dan MA yang setara berimplikasi pada kesetaraan putusan, tentu hal ini tidak berlaku. Dalam praktik, bisa jadi justru putusan MK

dapat menjadi tolok ukur dalam pengujian di MA, artinya jika undang-undang yang dijadikan tolok ukur MA untuk menguji telah dibatalkan MK, maka secara otomatis MA “menguji peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang terhadap putusan MK”. Padahal secara kelembagaan MA dan MK setara, bahkan MA dalam praktek pernah menolak putusan MK terkait sistem “peninjauan kembali (PK)” yang dapat dilakukan berulang-ulang. (2) MA menguji peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang terhadap undang-undang, namun dalam praktek bisa terjadi bahwa tolok ukur yang digunakan MA bukanlah undang-undang – misalnya mengingat Perda tersebut tidak bertentangan dengan undang-undang, namun karena bertentangan dengan Peraturan Presiden dan Peraturan Pemerintah, maka yang digunakan sebagai tolok ukur adalah PP atau Perpres tersebut, apakah hal ini memungkinkan?. Jika tidak mungkin, berarti MA telah membiarkan persoalan hukum semakin runcing akibat Perda yang bermasalah.

Tolok ukur objek pengujian di MA adalah undang-undang atau Putusan MK, namun yang menjadi persoalan bahwa banyak sekali misalnya peraturan pemerintah dan peraturan daerah yang tidak bertentangan dengan undang-undang, namun bertentangan dengan UUD 1945, misalnya dalam pengujian UU Sumber Daya Air. Pertanyaannya apakah bisa MA menguji peraturan pemerintah/ Perda dengan tolok ukur konstitusi (UUD 1945)?. Jika bisa, berarti MA juga menjadi penafsir sah konstitusi. Jika tidak bisa tentu peraturan tersebut tidak dibatalkan dan dibiarkan menimbulkan persoalan hukum yang berkepanjangan.

Dalam konteks yang lain, *executive review*. Walaupun saat ini, Mendagri tidak memiliki kewenangan menguji dan membatalkan Perda Provinsi dan Gubernur (Wakil Pemerintah Pusat) tidak menguji Perda Kabupaten/Kota, namun Mendagri masih memiliki kewenangan menguji Perkada (Peraturan Gubernur) dan Gubernur (Wakil Pemerintah Pusat) masih memiliki kewenangan menguji Peraturan Bupati/ Peraturan Walikota). Dalam praktek ketika Mendagri menguji Pergub terhadap Peraturan yang lebih tinggi, Peraturan yang lebih tinggi manakah yang dijadikan tolok ukur. Misalnya ternyata Pergub tidak bertentangan dengan Undang-undang, Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, Peraturan Menteri atau Putusan MA, tetapi justru Pergub tersebut bertentangan dengan Perda. Apakah tepat Mendagri menggunakan tolok ukur Perda Provinsi untuk membatalkan Pergub, sementara kedudukan Mendagri lebih tinggi dari pembentuk Perda (Gubernur dan DPRD Provinsi), hal ini juga berlaku bagi Gubernur (Wakil Pemerintah Pusat di daerah).

Jika kondisi ini terjadi, justru mengacaukan prinsip *checks and balances system* yang dianut dalam sistem ketatanegaraan Indonesia. Untuk itulah desain ini harus dirubah.

C. Gagasan Penataan Kelembagaan Pengujian Norma Hukum

Kondisi di atas tidak senada dengan sistem *checks and balances system* yang dianut dalam penataan lembaga negara di Indonesia, yang idealnya memisahkan *court of law* dan *court of justice*, sekaligus tidak berimplikasi menciptakan tatanan hierarkisitas peraturan perundang-undangan yang baik (terbukti banyak konflik antar peraturan perundang-undang dalam kategori berjenjang ataupun berkelompok). Saat ini prinsip *checks and balances system* tidak berimplikasi pada harmonisasi peraturan perundang-undangan di Indonesia, sehingga wajar jika banyak regulasi pada level pusat dan daerah yang saling bertentangan (padahal Perda adalah peraturan lanjutan dari peraturan pusat).

Kondisi demikian memerlukan integrasi kelembagaan pengujian peraturan pada tubuh MK. Mengingat kelembagaan *judicial review* menurut UUD 1945 (MA dan MK) serta berdasarkan UU Nomor 23 Tahun 2014 adanya kewenangan pengujian (pembatalan) Pergub oleh Mendagri dan Perbup/ Perwali oleh Gubernur (Wakil Pemerintah Pusat) bukanlah merupakan sistem yang ideal. Namun saat ini kenyataan ini merupakan politik hukum yang harus dihormati, sebab dalam kenyataan bahwa isi aturan hukum tidak selalu berupa penuangan pikiran-pikiran ideal yang dikemukakan ahli hukum. Untuk itu, gagasan pembaharuan sistem kelembagaan pengujian peraturan harus selalu di dengungkan untuk mencapai tujuan dari pengujian itu sendiri dan tentunya penataan kelembagaan negara berbasis *checks and balances system*.

Intinya bahwa gagasan ini meletakkan fungsi seluruh pengujian peraturan pada tubuh MK, mengamputasi kewenangan MA dalam menguji peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang terhadap undang-undang, dan mengamputasi kewenangan Menteri Dalam Negeri dalam pengujian Pergub serta mengamputasi kewenangan Gubernur (Wakil Pemerintah Pusat) dalam menguji Perbup dan Perwali. Namun untuk dan Gubernur (sebagai wakil Pemerintah Pusat) tetap diperlukan mekanisme pengawasan Perda dan Perkada dengan format yang berbeda. Gagasan pengujian satu atap di MK ini, didesain dengan argumentasi sebagai berikut:

1. MK sebagai pengawal Pancasila dan UUD 1945, sebagai pengawal Pancasila MK harus memastikan bahwa peraturan perundang-undangan yang dibuat harus bersumber dan tidak boleh bertentangan dengan Nilai-nilai Pancasila. Selain itu sebagai pengawal dan penafsir yang sah terhadap UUD 1945, MK harus mampu melakukan harmonisasi seluruh peraturan perundang-undangan dibawah UUD 1945 dalam kerangka mewujudkan konstitusi sebagai *the supreme law of the land*.
2. Dalam rangka penataan kelembagaan yang berbasis pada mekanisme *checks and balances system*, dalam sistem ini kelembagaan negara dibedakan fungsinya, mana lembaga negara yang berfungsi *court of law* dan *court of justice*. Harus ada penegasan bahwa MK sebagai *court of law*, MA sebagai *court of justice*, dan Mendagri dan Gubernur (Wakil Pemerintah Pusat) sebagai pelaksana undang-undang;
3. Mewujudkan hierarkisitas peraturan perundang-undangan yang berkelanjutan melalui integrasi fungsi pengujian di satu atap, salah satu tujuan adanya forum *judicial review* satu atap adalah untuk menjamin konsistensi dan sinkronisasi peraturan perundang-undangan dengan konstitusi;
4. Mengimplementasikan pengujian formil dalam praktik pengujian peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang, terutama Peraturan Daerah yang selama kewenangan dilakukan oleh MA dan Mendagri, mekanisme pengujian formil tidak diimplementasikan;
5. Penataan regulasi melalui pengujian satu atap menjadi lebih baik – tersistem dan terencana, mampu menciptakan sistem peraturan perundang-undangan yang berbasis pada hierarkisitas dan tentunya harmonisasi materi lebih mudah dilakukan, terutama Perda yang merupakan bagian tak terpisahkan dari hukum nasional (Peraturan Perundang-undangan di tingkat pusat);
6. Pengujian produk hukum tertentu merupakan pintu masuk untuk melihat semua persoalan pertentangan normanya, misalnya pengujian terhadap Perda yang dinilai bertentangan dengan undang-undang. MK tidak sebatas menguji Perda, namun MK juga harus melihat pada level peraturan manakah yang bertentangan dan tidak sejalan dengan konstitusi, jika ternyata Perda tidak bertentangan dengan Konstitusi dan justru yang bertentangan adalah pada level undang-undang maka yang dibatalkan adalah undang-undang. Praktik yang pernah terjadi adalah MK membatalkan undang-undang Sumber Daya

Air dan Peraturan Pemerintah sebagai tindak lanjut dari undang-undang, karena pelaksanaan undang-undang melalui PP tersebut yang bertentangan dengan UUD 1945.

Selain itu, kelemahan dari skema pengujian peraturan saat ini adalah obyek peraturan yang terbatas, baik disebabkan batasan pengertian maupun batasan praktik pengujian. Objek dalam sistem pengujian peraturan perundang-undangan juga belum terintegrasi menurut konstitusi dan belum mengarah pada penataan sistem heirarki norma hukum dan upaya harmonisasi norma hukum. Sistem konstitusi dengan paradigma "*the supreme law of the land*" mengharuskan seluruh peraturan dibawahnya tidak boleh bertentangan, dan secara sistem heirarki bahwa tidak boleh ada norma hukum yang lengah dari pengujian. Dalam gagasan pengujian satu atap di MK perlu dilakukan integrasi objek pengujian, yaitu:

a. Pengujian TAP MPR terhadap UUD 1945

Ketetapan MPR (TAP MPR) mengalami pasang surut, pada Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 TAP MPR dihilangkan dari susunan hierarkisitasnya dan dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 TAP MPR dimunculkan lagi dalam sistem hierarki peraturan perundang-undangan. Menurut Jimly Asshiddiqie bahwa TAP MPR/MPRS memiliki kedudukan yang sederajat dengan undang-undang bukan dengan UUD, alasannya: (1) sejak TAP MPR Nomor I/MPR/2003, MPR sendiri telah menurunkan status hukum TAP-TAP MPR warisan lama itu dalam derajat yang memang setara dengan undang-undang bukan dengan UUD; (2) TAP MPR itu harus dianggap setara dengan kedudukannya dengan undang-undang, karena dalam sistem hukum kita yang baru berdasarkan UUD 1945 memang tidak lagi dikenal produk hukum di atas undang-undang tetapi di bawah UUD 1945. Maka demi hukum, kedudukannya harus dianggap setara dengan undang-undang, meskipun bentuk formilnya bukan undang-undang, tetapi secara materiil TAP MPR/MPRS itu adalah undang-undang, yaitu sebagai *wet in materiele zin*. (3) apabila status hukum TAP MPR/MPRS tersebut tidak dapat ditentukan dengan tegas, maka keberadaan norma hukum di dalamnya akan menimbulkan ketidakpastian hukum.¹⁶

Dalam praktik memang terdapat Putusan pengujian Pasal 6 Ketetapan MPR Nomor I/MPR/2003 tentang Peninjauan Kembali Materi dan Status Hukum

¹⁶ Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang*, Jakarta: Rajawali Pers, 2011, h.74-80

Ketetapan MPR RI tahun 1960-2002, khususnya nomor urut 30 mengenai TAP MPRS Nomor XXXIII/MPRS/1967 tentang Pencabutan Kekuasaan Pemerintahan Negara dari Presiden Soekarno, sepanjang frasa “baik karena bersifat *einmalig* (final)” dan frasa “maupun telah selesai dilaksanakan”, MK justru menyatakan tidak mempunyai kewenangan pengujian dan tidak menerima permohonan tersebut. Padahal, TAP MPR tersebut oleh Pemohon (Keluarga Presiden Soekarno) dinilai telah merugikan Presiden Soekarno dan keluarganya, karena adanya indikasi kebijakan Presiden Soekarno yang menguntungkan Partai Komunis Indonesia, namun belum dibuktikan kebenarannya. Padahal pada kenyataannya, pembuktian atas kebenaran pendapat MPRS tersebut belum pernah dilakukan, namun oleh Ketetapan MPR Nomor I/MPR/2003 telah dinyatakan bersifat *einmalig* (final) dan sudah dilaksanakan. Berdasar putusan tersebut, MK tidak berwenang menguji TAP MPR, sehingga kedepan perlu dilakukan amandemen UUD 1945 untuk memasukkan pengujian TAP MPR oleh MK.

Pandangan lain justru berbeda, Maruarar Siahaan menyebutkan bahwa jika beberapa TAP MPR yang masih berlaku karena memuat ketentuan yang mengikat umum “dapat disamakan kedudukannya” dengan undang-undang sesuai dengan bunyi Pasal 4 Ketetapan MPR Nomor 1/MPR/2003 yang mengatakan beberapa TAP MPR “tetap berlaku sampai dengan terbentuknya undang-undang”. Artinya jika TAP MPR setara dengan undang-undang dan sesuai dengan norma Pasal 24C UUD 1945 bahwa MK menguji undang-undang terhadap UUD 1945. Dengan pemahaman demikian TAP MPR tersebut yang mengandung materi muatan ketentuan yang bersifat mengikat umum, dapat dikategorikan sebagai undang-undang dalam arti materil sehingga dapat diuji ke MK.¹⁷

Lebih tegas dikemukakan oleh I Dewa Gede Palguna, bahwa MK berwenang mengadili pengujian konstiusionalitas TAP MPR, termasuk juga TAP MPRS yang didalilkan merugikan hak konstiusional warga negara, karena secara teleologis maupun sistematis Tap MPR/MPRS tersebut harus ditafsirkan termasuk dalam pengertian undang-undang. Secara teleologis, TAP MPR/MPRS ditafsirkan termasuk ke dalam pengertian undang-undang, sebab hanya dengan cara demikian ia dapat diuji konstiusionalitasnya di hadapan MK.

¹⁷ Maruarar Siahaan, dalam “Uji Konstiusionalitas Peraturan Perundang-Undangn Negara Kita: Masalah dan Tantangan”, *Jurnal Konstiusi*, Volume 7, Nomor 4, Agustus 2010, h.23-24

Sebab, jika TAP MPR/MPRS tersebut tidak dapat diuji konstusionalitasnya dihadapan MK, maka tidak ada satu lembaga negara yang dapat mengujinya jika ia ternyata mengandung norma yang melanggar hak konstusional warga negara dan karenanya bertentangan dengan UUD 1945. Lebih lanjut pelanggaran hak konstusional tersebut akan menjadi permanen, dan hal ini jelas bertentangan dengan gagasan negara hukum yang dicita-citakan oleh UUD 1945.¹⁸

Penulis sependapat dengan pandangan para pakar diatas tersebut, bahwa harus ada lembaga yang memiliki kewenangan menguji TAP MPR, sebab sangat dimungkinkan TAP MPR tersebut bertentangan dengan UUD 1945 dan juga melanggar hak konstusional warga negara. Jika bertentangan dengan UUD 1945, tetapi tidak dibatalkan maka akan menyebabkan runtuhnya bangunan negara hukum Pancasila. Untuk itu, walaupun UUD 1945 tidak mengatur lembaga yang menguji TAP MPR, pengujian terhadap TAP MPR tersebut adalah keharusan dalam bangunan negara hukum, sehingga lembaga yang paling tepat adalah MK, mengingat MK merupakan satu-satunya lembaga penjaga dan penafsir konstitusi, artinya agar konstitusi berjalan dalam rel nya tentu TAP MPR yang diuji apakah bertentangan dengan konstitusi atau tidak.

b. Pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 (problem Undang-undang yang Sederajat)

UUD 1945 juga mengandung pembatasan fungsi pengujian norma yang menunjukkan bahwa seolah-olah yang terpenting dan sering menjadi masalah adalah derajat hierarki sebuah norma hukum dalam konteks norma vertikal, ketentuannya tertuang jelas dan lembaga yang menyelesaikan pertentangan norma secara vertikal juga sudah tertuang jelas dalam konstitusi. Sementara norma-norma yang sederajat dan berkelompok (horizontal) seolah-olah tidak menimbulkan masalah, padahal secara faktual banyak undang-undang yang sederajat dan sama-sama bersifat khusus justru menimbulkan masalah (konflik hukum), banyak undang-undang yang saling bertentangan dan menimbulkan ketidakpastian hukum yang telah dijamin UUD 1945.

Persoalan lebih lanjut, lembaga mana yang akan menilai pertentangan norma horizontal tersebut?. Apakah harus diserahkan upaya harmonisasi

¹⁸ I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint): Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-hak Konstitusional Warga Negara*, Jakarta: Sinar Grafika, 2013, h.630-631

horizontal undang-undang pada fungsi legislasi yang dimiliki oleh lembaga pembentuk undang-undang. Namun, hal tersebut bukanlah solusi yang tepat sebab selama belum adanya revisi terhadap undang-undang tersebut, maka undang-undang tersebut sangat dimungkinkan melanggar hak konstitusional masyarakat, yang pada akhirnya menyebabkan tersumbatnya kran-kran kepastian hukum, keadilan, kemanfaatan yang telah dijamin dalam konstitusi.¹⁹ Selain itu, tentunya melanggar prinsip dalam menjaga tegaknya konstitusi yakni “tidak boleh satu detik pun ada peraturan perundang-undangan yang berpotensi melanggar konstitusi tanpa bisa diluruskan atau diuji melalui pengujian yudisial”.²⁰

Pasal 24C UUD 1945 bahwa MK menguji undang-undang terhadap UUD, dalam hal ini tidak dijelaskan apakah satu undang-undang saja atau diperluas dalam pengertian bahwa dua undang-undang atau lebih yang saling bertentangan dapat diujikan melalui MK. Menurut Mahfud MD, dalam pengujian Undang-Undang Komisi Yudisial bahwa alasan ketentuan pengawasan yang ada dalam undang-undang Komisi Yudisial bersifat rancu dan tak sejalan dengan ketentuan-ketentuan yang telah ada dalam undang-undang lain. Apa yang ditunjukkan oleh MK adalah kerancuan undang-undang Komisi Yudisial dengan undang-undang lain, kalau benar ini yang menjadi alasan, maka putusan MK melampaui batas alias tidak benar. Sebab pembenturan isi satu undang-undang dengan undang-undang lainnya tidak dapat diselesaikan melalui *judicial review*.²¹

Dalam putusan lain, putusan MK Nomor 018/PUU-I/2003 bahwa dengan diundangkannya Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua, maka pemberlakuan Undang-Undang Nomor 45 Tahun 1999 dinyatakan bertentangan dengan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, padahal substansi dua undang-undang tersebut berbeda, namun tetap dibatalkan dengan alasan sebagai solusi konflik di masyarakat akibat berlakunya dua undang-undang tersebut. Contoh lain adanya pembatalan Undang-Undang Nomor 6 Tahun 1954, pendapat MK bahwa tata cara pembentukan dan mekanisme kerja panitia angket yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 6 Tahun 1954 telah diatur juga dalam

¹⁹ Tanto Lailam, *Pertentangan Norma Hukum: Dalam Teori dan Praktik Pengujian Undang-undang di Indonesia*, Yogyakarta: LP3M UMY, 2015, h.7

²⁰ 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, hlm.30

²¹ Mahfud MD, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta: Rajawali Pers, 2010, h.109

Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2009, sehingga apabila Undang-Undang Nomor 6 Tahun 1954 tetap dipertahankan akan menimbulkan ketidakpastian hukum yang justru bertentangan dengan UUD 1945.

Penulis sedikit berbeda dengan pandangan Mahfud MD di atas, berdasarkan Pasal 24C UUD 1945 dapat ditafsirkan bahwa MK tidak hanya memiliki kewenangan untuk menguji “satu” Undang-undang terhadap UUD 1945, tetapi ketentuan ini merupakan pintu masuk (*entry point*) untuk menilai pertentangan norma undang-undang yang sederajat terhadap UUD 1945, artinya dua atau lebih undang-undang (kelompok yang sederajat) yang saling bertentangan secara horizontal dapat diuji dengan alasan bahwa pertentangan tersebut bertentangan secara vertikal dengan UUD 1945. Misalnya dua undang-undang yang saling bertentangan dapat diuji ke MK dengan alasan bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) “setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum”. Pasal 28D UUD 1945 mengandung arti bahwa UUD 1945 menjamin sistem hukum Indonesia yang berkepastian hukum yang adil, sehingga undang-undang yang saling bertentangan jelas akan merusak bangunan sistem hukum yang diinginkan oleh UUD 1945, sekalipun konsekuensinya salah satu dari undang-undang tersebut di batalkan, sementara undang-undang yang lainnya tetap berlaku.

c. Pengujian Peraturan Perundang-undangan di bawah Undang-undang

Pasal 5 ayat (2) UUD 1945 menegaskan bahwa “Presiden menetapkan Peraturan Pemerintah untuk menjalankan undang-undang sebagaimana mestinya”, berdasarkan ketentuan tersebut yang dimaksud Peraturan Pemerintah adalah Peraturan Perundang-undangan yang ditetapkan oleh Presiden untuk menjalankan undang-undang sebagaimana mestinya. Materi muatan peraturan pemerintah berisi materi untuk menjalankan undang-undang sebagaimana mestinya, jadi Peraturan Pemerintah tidak bisa dibuat untuk menjalankan UUD 1945 ataupun semata-mata kewenangan Presiden (*original power*), intinya bahwa Peraturan Pemerintah bermuatan ketentuan lebih lanjut dari undang-undang. Dalaam persoalannya bahwa tidak sedikit Peraturan Pemerintah memberikan tafsiran yang berbeda dengan undang-undang, sehingga tidak bertentangan dengan undang-undang tetapi justru bertentangan dengan Konstitusi (UUD 1945).

Contoh kasus dalam Putusan MK tentang pengujian konstusionalitas Undang-undang Sumber Daya Air, dalam pertimbangannya disebutkan bahwa konstusionalitas Undang-undang dapat diukur dari pelaksanaannya, apakah peraturan pelaksanaan UU SDA telah disusun dan dirumuskan sesuai dengan penafsiran MK sehingga menjamin hak penguasaan negara atas air benar-benar terwujud secara nyata. Cara yang digunakan adalah memeriksa secara seksama peraturan pelaksanaan (Peraturan Pemerintah) dari undang-undang tersebut.

Berdasarkan penilaian MK terhadap 6 produk peraturan pelaksana UU SDA, yaitu Peraturan Pemerintah Nomor 16 Tahun 2005 tentang Pengembangan Sistem Penyediaan Air Minum, Peraturan Pemerintah Nomor 20 Tahun 2006 tentang Irigasi, Peraturan Pemerintah Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pengelolaan Sumber Daya Air, Peraturan Pemerintah Nomor 43 Tahun 2008 tentang Air Tanah, Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 2011 tentang Sungai, Peraturan Pemerintah Nomor 73 Tahun 2013 tentang Rawa, keenam Peraturan Pemerintah yang dibuat ini tidak memenuhi prinsip dasar pembatasan pengelolaan sumber daya air sebagaimana diamanahkan oleh UUD 1945: (1) Setiap perusahaan atas air tidak boleh mengganggu, mengesampingkan apalagi meniadakan hak rakyat atas air karena bumi, air dan kekayaan alam didalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat; (2) negara harus memenuhi hak rakyat atas air; (3) harus mengingat kelestarian lingkungan hidup yang merupakan hak asasi manusia; (4) Air sebagai cabang produksi yang penting dan menguasai hajat hidup orang banyak, maka pengawasan dan pengendalian oleh negara atas air sifatnya mutlak; (5) Sebagai kelanjutan hak menguasai negara dan karena air menguasai hajat hidup orang banyak, maka prioritas utama yang diberikan penguasaan atas air adalah BUMN atau BUMD; (6) apabila kelima pembatasan diatas telah terpenuhi dan ternyata masih ada ketersediaan air, pemerintah masih memungkinkan untuk memberikan izin kepada usaha swasta dengan syarat-syarat tertentu dan ketat.

Belajar dari putusan ini bahwa Undang-undang SDA dibatalkan karena dalam pelaksanaannya (dalam bentuk PP) tidak sesuai dengan konstitusi. Bahkan lebih jauh dalam gagasan pengujian satu atap, MK dapat langsung membatalkan Peraturan Pemerintah ataupun Peraturan Presiden dengan tolok ukur konstitusi, jika MK melihat persoalan inkonstitusionalitas terletak

bukan pada Undang-undang tetapi pada Peraturan Pelaksana Undang-undang (PP dan Perpres)

Selain itu, berkaitan dengan Perda dan Perkada. Dilihat dari aspek desentralisasi, otonomi daerah, dan hubungan pusat daerah dalam kerangka negara kesatuan, kewenangan pemerintah pusat dalam mengawasi Perda dapat dibenarkan. Berdasarkan Putusan MK Nomor 137/PUU-VIII/2015 dan Putusan MK Nomor 56/PUU-XIV/2016 Mendagri dan Gubernur (Wakil Pemerintah Pusat) tidak memiliki kewenangan dalam pengujian Perda, dan idealnya juga tidak mempunyai kewenangan dalam Pengujian Perkada. Namun fungsi pengawasan terhadap regulasi daerah tentu tidak boleh dihilangkan, mengingat pentingnya fungsi tersebut. Perlu ada mekanisme yang lebih ideal untuk mempertahankan fungsi tersebut.

Konsep yang ideal dalam skema pengujian Perda jika pengujian dilakukan integrasi satu atap di MK adalah Mendagri dan Gubernur (Wakil Pemerintah Pusat) dapat menjadi pemohon pembatalan, intinya bahwa mekanisme pengajuan dapat dilakukan dengan dua usul untuk menyelesaikan: *Pertama*, jika ada pihak yang dirugikan Perda Provinsi dan Perda Kabupaten/ Kota bisa langsung mengajukan pengujian ke MK. *Kedua*, jika pemerintah pusat (Mendagri dan Gubernur) menilai Perda bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau kepentingan umum, pemerintah cukup menetapkan saja untuk kemudian diajukan ke MK untuk mendapatkan *fiat* atau diuji ulang baik secara formil maupun materiil.

KESIMPULAN

Beberapa Persoalan desain pengujian norma hukum saat ini, yaitu (1) banyaknya lembaga yang terlibat dalam pengujian norma, yakni MK, MA, dan Mendagri – Gubernur (Wakil Pemerintah Pusat); (2) persoalan objek pengujian yang tidak memiliki batasan yang jelas; (3) dalam praktik persoalan tolok ukur pengujian terjadi kerumitan, terutama dalam penggunaan tolok ukur dalam menilai pertentangan norma hukum.

Penataan kelembagaan pengujian dengan desain satu atap di MK ini, didesain dengan argumentasi sebagai berikut: MK sebagai pengawal Pancasila dan UUD 1945, dalam rangka penataan kelembagaan yang berbasis pada mekanisme *checks and balances system*, mewujudkan hierarkisitas peraturan perundang-undangan

yang berkelanjutan, implementasi pengujian formil dalam praktik pengujian peraturan perundang-undangan dibawah Undang-undang, penataan regulasi menjadi lebih tersistem, pengujian produk hukum tertentu merupakan pintu masuk untuk melihat semua persoalan pertentangan normanya pada setiap hierarki.

Objek dalam sistem pengujian peraturan perundang-undangan juga belum terintegrasi menurut konstitusi dan belum mengarah pada penataan sistem heirarki norma hukum dan upaya harmonisasi norma hukum. Sistem konstitusi dengan paradigma "*the supreme law of the land*" mengharuskan seluruh peraturan dibawahnya harus bersumber dan tidak boleh bertentangan, dengan berpijak pada prinsip "tidak boleh satu detik pun ada peraturan perundang-undangan yang berpotensi melanggar konstitusi tanpa bisa diluruskan atau diuji melalui pengujian yudisial".

Gagasan penataan kelembagaan pengujian norma hukum satu atap pada MK tentu harus dilakukan secara komprehensif, terencana dan tersistem, dan bertahap.

Tahap pertama, dapat melakukan integrasi objek pengujian melalui penafsiran hukum, misalnya kewenangan MK menguji Ketetapan MPR dan menguji dua undang-undang atau lebih yang saling bertentangan terhadap UUD 1945 "Pasal 28D ayat (1) "setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum".

Tahap Kedua, melakukan perubahan terhadap Undang-undang Nomor 23 Tahun 2014 yang masih memberikan kewenangan Mendagri terhadap pembatalan Pergub dan Gubernur (Wakil Pemerintah Pusat) dalam membatalkan Perbup/Perwali. Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 harus mendesain hubungan pengawasan yang lebih ideal berdasarkan putusan MK Nomor 137/PUU-VIII/2015 dan Putusan MK Nomor 56/PUU-XIV/2016. Selain itu, penting merubah Peraturan MA Nomor 1 Tahun 2011 tentang Hak Uji Materiil, perubahan dimaksud untuk mengakomodir pengujian formil;

Terakhir, penyatuan fungsi pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 dan pengujian peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang terhadap Undang-undang pada tubuh MK dilakukan melalui amandemen ke-5 UUD 1945.

DAFTAR PUSTAKA

- Bagir, Manan, 2003, *Teori dan Politik Konstitusi*, Yogyakarta: FH UII Press
- H.M Laica Marzuki, 2005, *Berjalan-Jalan di Ranah Hukum*, Jakarta: Konpress
- Irfan, Fachruddin, 2004, *Pengawasan Peradilan Administrasi Terhadap Tindakan Pemerintah*, Bandung: Alumni
- I Dewa Gede, Palguna, 2008, *Mahkamah Konstitusi, Judicial Review dan Welfare State*, Jakarta: Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan MKRI
- , 2013, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint): Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-hak Konstitusional Warga Negara*, Jakarta: Sinar Grafika
- Jimly, Asshiddiqie, 2004, *Hukum Acara Pengujian Undang-undang*, Jakarta: Yasrif Watampone
- , 2004, *Konstitusi dan Konstitusionalme Indonesia*, Jakarta: Mahkamah Konstitusi RI dan Pusat Studi HTN FH Universitas Indonesia
- , 2005, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Jakarta: Konpress
- , 2011, *Perihal Undang-Undang*, Jakarta: Rajawali Pers
- Mahfud MD, 2010, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, Jakarta: Rajawali Pers
- , *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta: Rajawali Pers
- Maria, Farida, 1998, *Ilmu Perundang-undangan: Dasar-dasar dan Pembentukannya*, Yogyakarta: Kanisius
- M.Fajrul Falaakh, dalam "Skema *Constitutional Review* di Indonesia: Tinjauan Kritis", *Jurnal Mimbar Hukum No.38/1/2001*
- , 2011, dalam "Sistem Kekuasaan Kehakiman di Indonesia", *Bunga Rampai: Potret Penegakan Hukum di Indonesia*, Jakarta: Komisi Yudisial

Maruarar, Siahaan, 2010, dalam “Uji Konstitusionalitas Peraturan Perundang-Undangan Negara Kita: Masalah dan Tantangan”, *Jurnal Konstitusi*, Volume 7, Nomor 4, Agustus 2010

Ni’matul, Huda, 2004, *Negara Hukum, Demokrasi & Judicial Review*, Yogyakarta: FH UII Press

Saldi Isra, Yuliandri, Feri Amsari, Charles Simabura, Dayu Medina, dan Edita Elda, 2010, *Perkembangan Pengujian Perundang-undangan di Mahkamah Konstitusi (Dari Berfikir Hukum Tekstual ke Hukum Progresif)*, Jakarta dan Sumatera Barat: Pusat Studi Konstitusi Fakultas Hukum Universitas Andalas dan Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia

Tanto Lailam, 2015, *Pertentangan Norma Hukum: Dalam Teori dan Praktik Pengujian Undang-undang di Indonesia*, Yogyakarta: LP3M UMY.

Biodata

Luthfi Widagdo Eddyono, adalah peneliti Mahkamah Konstitusi. Mendapatkan pendidikan sarjana hukum internasional Universitas Gadjah Mada (2005) dan master hukum tata negara Universitas Indonesia (2009). Pada Tahun 2015, terpilih menjadi Asia Young Leader for Democracy oleh Taiwan Foundation for Democracy. Pernah magang dan riset di High Court of Australia dan Federal Court of Australia dalam program Indonesia-Australia Legal Development Facility (IALDF) pada tahun 2009 dan mengikuti Legislative Fellows Program yang diadakan United States of America (USA) Department of State dan American Council of Young Political Leaders (ACYPL) di Washington DC dan negara bagian Washington pada tahun 2010. Email: luthfi_we@yahoo.com.

Fais Yonas Bo'a, Menyelesaikan pendidikan sarjana Ilmu Hukum (S1) di Universitas Janabadra Yogyakarta (2014) dan Pendidikan Magister Ilmu Hukum (S2) di Universitas Atma Jaya Yogyakarta (2017). E-mail: faisboa90@gmail.com.

Suyogi Imam Fauzi, Menyelesaikan pendidikan sarjana Ilmu Hukum (S1) di Fakultas Hukum Universitas Jenderal Soedirman . Aktif berorganisasi pada Ikatan Remaja Masjid Al-Jihad (IRMA), Lembaga Kajian Hukum dan Sosial (LKHS), Unit Kerohanian Islam (UKI), Jaringan Mahasiswa Anti Korupsi (JAMAK), dan Badan Eksekutif Mahasiswa Fakultas Hukum (BEM FH). E-mail: suyogiiimam.f@gmail.com.

Inge Puspita Ningtyas, Menyelesaikan pendidikan sarjana Ilmu Hukum (S1) di Fakultas Hukum Universitas Jenderal Soedirman. E-mail: inge.ningtyas@gmail.com

Umbu Rauta, Lahir di Kabonduk, 01 September 1971. Menyelesaikan (S1) pada Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana (1994), (S2) Pascasarjana Universitas Padjadjaran (2001), dan (S3) pada Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro (2015). Saat ini, Penulis aktif mengajar di Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana.

Ninon Melatyugra, Menyelesaikan (S1) pada Program Ilmu Hukum dan (S2) pada, (S2) Pascasarjana Universitas Padj Saat ini, Penulis aktif mengajar di Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana.

Sakirman, adalah staf pengajar pada Fakultas Syariah IAIN Metro, Lampung. Menyelesaikan pendidikan S1 (Sarjana Hukum Islam, bidang Hukum Keluarga Islam) dari Fakultas Syariah UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, lulus tahun 2009

dengan judul skripsi “Konsep Kalender Islam Internasional Perspektif Mohammad Ilyas”. S2 (Magister Studi Islam, bidang Ilmu Falak) Pascasarjana IAIN Walisongo Semarang Program Beasiswa dari Direktorat Jenderal Perguruan Tinggi Islam, lulus tahun 2012. S3 (Doktor Studi Islam, bidang Ilmu Falak) Pascasarjana UIN Walisongo Semarang Program Beasiswa 5000 Doktor dari Direktorat Jenderal Perguruan Tinggi Islam 2017-Sekarang. Di antara karya tulisnya adalah: Islam Aboge dalam Tradisi Jawa Alastua, (Ibda’: Jurnal Kebudayaan Akreditasi LIPI 2016). Konvergensi Pembagian Harta Waris dalam Hukum Islam (Al-’Adalah: Jurnal Hukum Akreditasi LIPI 2016). Tafsir Hukum Atas Posisi Ganda Hakim di Indonesia (Jurnal Konstitusi Akreditasi LIPI dan DIKTI 2014). Penelitian Fiqih: Sebuah Model Penelitian Hukum Islam (Jurnal Penelitian Keagamaan Dan Kemasyarakatan Akreditasi LIPI 2017). Analisis Profesi Hakim dalam Epistemologi Hukum Islam (Jurnal al-Ijtihad IAIN Salatiga Terakreditasi LIPI 2017).

Josephin Mareta, Menyelesaikan S1 Ilmu Hukum Universitas Atma Jaya Yogyakarta dan S2 Kajian Ketahanan Nasional Universitas Indonesia. Saat ini bekerja di Badan Penelitian dan Pengembangan Hukum dan HAM Kementerian Hukum dan HAM RI.

Cut Asmaul Husna TR, adalah Dosen Fakultas Hukum Universitas Malikussaleh, Lhokseumawe, Pengajar dan Pelatih/Instruktur Bagi Pemberontak Gerakan Aceh Merdeka (GAM) dan Simpatisannya Yang Menyerahkan Diri Secara Sukarela Kepangkuan Negara Republik Inonesia (NKRI) Di Wilayah Korem 011/Lilawangsa, Aceh Utara. Buku “Paradigma Baru Hukum Pertambangan Minyak dan Gas Bumi” diterbitkan pada tahun 2008. Saat ini tercatat sebagai Mahasiswa pada Program Studi Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya.

Cakra Arbas, Lahir di Karang Baru, 09 Oktober 1987. Penulis menamatkan S1 di Fakultas Syari’ah dan Hukum UIN Syarif Hidayatullah, S2 di Program Magister Ilmu Hukum Universitas Sumatera Utara, dan S3 di Program Doktor Ilmu Hukum, Universitas Sumatera Utara. Saat ini aktif mengajar di Universitas Muhammadiyah Sumatera Utara.

Jefri Porkonanta Tarigan, Penulis menamatkan S1 Ilmu Hukum Universitas Jenderal Soedirman (2010), S2 Hukum Kenegaraan Universitas Indonesia (2013), dan sedang menempuh pendidikan Doktoral Ilmu Hukum di Universitas Diponegoro (2015-sekarang). Saat ini menjadi Pranata Peradilan Pengolah Data Perkara dan Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. E-mail: jefri.porkonanta@gmail.com.

Tanto Lailam, Lahir di Jambi, 11 Maret 1983. Semasa menjadi mahasiswa, aktif pada Ikatan Mahasiswa Muhammadiyah (IMM) dan Indonesian Court Monitoring (ICM) Yogyakarta, memperoleh gelar Sarjana Hukum (S.H) di FH UMY. Selanjutnya menempuh pendidikan Strata 2 pada MIH FH UGM dan memperoleh gelar Master of Laws (LL.M) dengan fokus kajian Hukum Tata Negara. Saat ini aktifitas keseharian sebagai Dosen Hukum Tata Negara, FH UMY. Disamping mengajar juga aktif menulis buku dan artikel, melakukan berbagai penelitian & pengabdian masyarakat, dan melakukan advokasi kebijakan, dan menjadi ahli dalam berbagai pembentukan produk hukum. Selain itu, saat ini sebagai Wakil Ketua Dewan Penyunting Jurnal Media Hukum FH UMY dan Sekretaris Pusat Kajian Konstitusi dan Pemerintahan (PK2P) FH UMY. HP: 085601809990. Email: tanto_tatanegara@yahoo.com

PEDOMAN PENULISAN JURNAL KONSTITUSI

Jurnal Konstitusi merupakan media triwulanan yang memuat hasil penelitian atau kajian konseptual (hasil pemikiran) tentang putusan Mahkamah Konstitusi serta isu-isu ketatanegaraan dan hukum konstitusi yang belum pernah dipublikasikan di media lain. Jurnal Konstitusi terbit empat nomor dalam setahun (Maret, Juni, September, dan Desember). Jurnal Konstitusi ditujukan untuk kalangan pakar, akademisi, praktisi, penyelenggara negara, LSM, serta pemerhati hukum konstitusi dan ketatanegaraan. Jurnal Konstitusi telah terakreditasi oleh Direktur Penelitian dan Pengabdian Kepada Masyarakat Direktorat Jenderal Pendidikan Tinggi (DPPM DIKTI) dengan Nomor 040/P/2014 yang berlaku selama 5 (lima) tahun. Di samping itu, Jurnal Konstitusi juga diakreditasi oleh Lembaga Ilmu Pengetahuan Indonesia (LIPI) dengan Nomor 613/Akred/P2MI-LIPI/03/2015 yang berlaku selama 3 (tiga) tahun.

Tata cara penulisan dan pengiriman naskah dalam Jurnal Konstitusi, sebagai berikut:

1. Naskah yang dikirim merupakan karya ilmiah original dan tidak mengandung unsur plagiarisme.
2. Naskah ditulis dalam bahasa Indonesia atau bahasa Inggris sepanjang 20-22 halaman, kertas berukuran A4, jenis huruf Times New Roman, font 12, dan spasi 1,5. Menggunakan istilah yang baku serta bahasa yang baik dan benar.
3. Naskah ditulis dalam format jurnal dengan sistem baris kredit (*byline*).
4. Naskah dilengkapi Judul Artikel, Nama Penulis, Lembaga Penulis, Alamat Lembaga Penulis, Alamat Email Penulis, Abstrak, Kata Kunci.
5. Judul artikel harus spesifik dan lugas yang dirumuskan dengan maksimal 12 kata (bahasa Indonesia), 10 kata (bahasa Inggris), atau 90 ketuk pada papan kunci, yang menggambarkan isi artikel secara komprehensif.
6. Abstrak (*abstract*) ditulis secara gamblang, utuh dan lengkap menggambarkan esensi isi keseluruhan tulisan dalam dua bahasa yaitu bahasa Indonesia dan bahasa Inggris yang masing-masing satu paragraf.
7. Kata kunci (*key word*) yang dipilih harus mencerminkan konsep yang dikandung artikel terkait sejumlah 3-5 istilah (*horos*) dalam dua bahasa yaitu bahasa Indonesia dan bahasa Inggris.

8. Sistematika penulisan **Hasil Penelitian** sebagai berikut;
 - I. Pendahuluan
 - A. Latar Belakang
 - B. Perumusan Masalah
 - C. Metode Penelitian
 - II. Hasil dan Pembahasan
 - III. Kesimpulan
9. Sistematika penulisan **Kajian Konseptual** (hasil pemikiran) sebagai berikut;
 - I. Pendahuluan
 - A. Latar Belakang
 - B. Perumusan Masalah
 - II. Pembahasan
 - III. Kesimpulan
10. Cara pengacuan dan pengutipan menggunakan model catatan kaki (*footnotes*).

Kutipan Buku: Nama penulis, *judul buku*, tempat penerbitan: nama penerbit, tahun terbitan, halaman kutipan.

Contoh:

A.V. Dicey, *An Introduction to The Study of The Law of The Constitution*, 10th ed., English Language Book Society, London: Mc Millan, 1968, h. 127

Moh. Mahfud MD., *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta: LP3ES, 2007, h. 17.

Saldi Isra, *Pergeseran Fungsi Legislasi (Menguatnya Model Legislasi Parlementer Dalam Sistem Presidensial Indonesia)*, Jakarta: PT RadjaGarfindo Persada, 2010, h. 7.

Kutipan Jurnal: Nama penulis, "judul artikel", *nama jurnal*, volume, nomor, bulan dan tahun, halaman kutipan.

Contoh:

Rosalind Dixon, "Partial Constitutional Amendments", *The Journal of Constitutional Law*, Volume 13, Issue 3, March 2011, h. 647.

Arief Hidayat, "Politik Hukum Konstitusi dan Fenomena Absentia Voter (Golput)] Dalam Pemilu di Indonesia, *Jurnal Konstitusi*, Volume 1, Nomor 1, Juni 2009, h. 20.

M Mahrus Ali, *et.al*, "Tafsir Konstitusional Pelanggaran Pemilukada yang Bersifat Sistematis, Terstruktur dan Masif", *Jurnal Konstitusi*, Volume 9, Nomor 1, Maret 2012, h. 189.

Kutipan makalah/paper/orasi ilmiah: Nama penulis, “judul makalah”, *nama forum kegiatan*, tempat kegiatan, tanggal kegiatan, halaman kutipan.

Contoh:

Moh. Mahfud, MD., “Separation of Powers and Independence of Constitutional Court in Indonesia”, *Paper Presented at The 2nd Congress of The World Conference on Constitutional Justice*, Rio de Janeiro – Brazil, 16 – 18 January 2011, h. 7.

Yuliandri, “Membentuk Undang-Undang Berkelanjutan Dalam Penataan Sistem Ketatanegaraan”, *Naskah Pidato Pengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Andalas*, Padang: Universitas Andalas, 23 Juli 2009, h. 5.

Kutipan Internet/media online: Nama penulis, “judul tulisan”, alamat portal (website/online), tanggal diakses/unduh.

Contoh:

Simon Butt, “Islam, the State and the Constitutional Court in Indonesia”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1650432, diunduh 28 Juli 2010.

MuchamadAli Safa’at, “Militer Dalam Prespektif Hukum Tata Negara”, http://anomalisemesta.blogspot.com/2007/10/artikel_06.html, diunduh 27 Desember 2007.

11. Daftar Pustaka memuat daftar buku, jurnal, makalah/paper/orasi ilmiah baik cetak maupun online yang dikutip dalam naskah, yang disusun secara alfabetis (*a to z*) dengan susunan: Nama penulis (mendahulukan nama keluarga/marga), tahun, *judul*, tempat penerbitan: penerbit, dst., seperti contoh berikut ini:

Arief Hidayat, 2009, “Politik Hukum Konstitusi dan Fenomena Absentia Voter (Golput) Dalam Pemilu di Indonesia”, *Jurnal Konstitusi*, Volume 1, Nomor 1, Juni, h. 20 – 31.

Butt, Simon, 2010, “Islam, the State and the Constitutional Court in Indonesia”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1650432, diunduh 28 July.

Dicey, A.V., 1968, *An Introduction to The Study of The Law of The Constitution*, 10th ed., English Language Book Society, London: Mc Millan.

Dixon, Rosalind, 2011, “Partial Constitutional Amendments”, *The Journal of Constitutional Law*, Volume 13, Issue 3, March, h. 643 – 686.

Moh. Mahfud, MD., 2011, “Separation of Powers and Independence of Constitutional Court in Indonesia”, *Paper Presented at The 2nd Congress of The World Conference on Constitutional Justice*, Rio de Janeiro – Brazil, 16 – 18 January.

- Moh. Mahfud MD., 2007, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta: LP3ES.
- Muchamad Ali Safa'at, 2007, "Militer Dalam Prespektif Hukum Tata Negara", http://anomalisemesta.blogspot.com/2007/10/artikel_06.html, diunduh 27 Desember.
- M. Mahrus Ali, *et.al*, 2012, "Tafsir Konstitusional Pelanggaran 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 RadjaGrafindo 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/*submit* melalui OJS Jurnal Konstitusi <http://ejournal.mahkamahkonstitusi.go.id> atau dikirim via email ke jurnal@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

Access to Law and Justice
50-57, 59-61, 65, 67,
68
Accountability 128
Affirmative Action 57, 58
Afrika 148, 162
Allgemeine Rechtslehre 34
Alsace 146
Amerika
Latin 142
Serikat 40, 77, 78, 81,
142, 146, 148,
157
Argentina 143
Asbāb Al-Nuzūl 108
Australia 40, 143, 145, 157,
161
Austria 143
Autonome Satzung 34
Azerbaijan 143

B

Badan Pembangunan
Hukum Nasional 53
Bavaria 146
Beheersdaad 135, 140, 141,
154, 190
Belanda 101, 114
Beleid 135, 140, 141, 154
Bestuursdaad 135, 190
Bundling 187, 193, 194,
195, 197, 200

C

Capitalism 131
Checks and Balances 79
System 206, 207, 214, 215,
219, 220, 227
China 142, 143, 147, 148
Chthonic 100
Civic
Education 61
Law 30, 39, 40, 44
Claim Holder 57

Cogito Ergo Sum 146
Commission 77
Common Law 30, 39, 40, 44
Constitutional
Democracy 6, 8, 9, 24
Review 76, 210-212
Corporate Social
Responsibility 131

D

De Fakto 36
De Jure Praedae 149
Democratische Rechtsstaat
8, 9
Dewan Perwakilan Rakyat
79, 86
Discovery 141, 150
Disharmonisasi 46
Distribution 186, 187, 193,
194

E

Economic Constitution 130
Eigensdaad 135
Entrepreneur 185, 186, 192
Equality Before the Law
52, 53
Erge Omnes 167
Eropa 142, 146,-148, 151,
162
Barat 142
Timur 147
Error In Persona 63
Executive Review 76, 209,
210, 213, 215, 218

F

Fairness 128
Filipina 143
Filosofische Gronslag 30
Final and Binding 167
Formeele Toetsing 216
Formell Gesetz 34
Founding
Fathers 31, 166
Leaders 192

G

Gampong 176
Gold Rush 147
Good Corporate Governance
119, 123, 124, 128,
137
Gourgourinis 82, 93
Grundnorm 30, 33

H

Hak
Asasi Manusia 51, 52,
53, 57, 58, 59, 73,
80, 81, 83, 86, 89,
165, 171, 172
Demokrasi 174
Konstitusional 89
Menguasai Negara
118, 135
Hermeneutika Hukum 95,
107, 108
Hukum
Adat 100-102, 113,
114
Ijtihadiyyah 108
Internasional 73, 75,
76, 80-84, 86-91
Islam 95, 96, 99-107,
111-114
Keluarga 96, 102, 114
Kewarisan 97, 99, 106,
108, 112-114
Nasional 27, 29, 30, 32,
38, 39, 40, 42, 44,
45, 47, 48, 75, 83,
84, 87-90, 103,
110, 113, 114
Perwakafan 99
Perwalian 96
I
In Concreto 179
Independency 128
India 100, 106, 143, 157
Indonesia 1-3, 5-10, 12, 14,

- 21, 22, 24-40, 42-45, 47-49, 96-108, 110-119, 121, 122, 124, 126, 128-130, 133, 136, 138-146, 148-150, 153, 154, 156-158, 160-163, 185, 187, 188, 190-192, 194-197, 199, 200, 203, 204
- Inferior Courts* 78
- Inggris 143, 149, 150, 151, 155
- Inherent* 55
- Initial Public Offering* 125
- International Labor Organization* 81
- Interpretative Tool* 73, 74, 75, 83
- Irak 143
- Islam 95-117
- J**
- Jepang 142, 143, 157
- Jerman 129
- Judicial*
- Education* 90
- Review* 40, 41, 74-80, 82, 89-91, 164, 165, 169, 170, 172, 182, 207-211, 213, 217, 219, 220, 224
- K**
- Kamboja 143
- Kanada 143, 148, 157
- Kazakhstan 143
- Kementerian Hukum dan HAM 64
- Khthônonos* 100
- Kolombo 85
- Komisi Independen
- Pemilihan* 173, 174, 176, 177, 179, 181, 182
- Komisi Independen
- Pemilihan Aceh* 174, 177, 182
- Komisi Pemilihan Umum 171, 177, 179
- Kompilasi Hukum Islam 95, 97-100, 102, 103, 105-109, 111, 112, 115, 116, 117
- Kongo 143
- Korea 143
- L**
- Laos 143
- Legal*
- Case* 212
- Insecurity* 55
- Issue* 50, 51
- Opinion* 81, 83
- Remedy* 77
- Legislative Review* 76, 209, 210
- Lex*
- Posteriori Derogat Legi Priori* 208
- Specialist Derogate Legi Generali* 208
- Superiori Derogate Legi Inferiori* 208
- Superiori Derogat Legi Inferiori* 27, 28, 41, 46
- Library Research* 97
- Living Law* 101, 107, 112
- M**
- Mahkamah
- Agung* 50, 66, 70, 77, 78, 79, 99
- Agung Amerika Serikat* 77
- Konstitusi* 1, 2, 10, 25, 40, 49, 50, 55, 56, 71, 73, 74, 76, 78, 79, 81, 83, 84, 87, 88, 91-94, 120, 122, 127, 136, 138, 164-172, 174, 177-198, 200-205
- Majelis Permusyawaratan Rakyat 1, 2, 8
- Malaysia 143
- Marbury Vs. Madison 77
- Mare*
- Clausum* 150
- Liberum* 149, 150, 151
- Maroko 105
- Meksiko 143, 148, 157
- Mesir 105, 106
- Mesopotamia 146
- N**
- Negative Legislator 171
- Nigeria 143, 148
- O**
- Officium Nobile* 52, 55
- Offshore* 140, 141, 142, 144
- Oil*
- Rush* 147
- Seepage* 146
- Onshore* 142
- ORBA 28, 29, 36-40, 42, 47
- Orde Reformasi 37
- Original Power* 225
- Otoriter 37
- P**
- Pacta Sunt Servanda* 149
- Pakistan 143
- Participatory Capitalism* 131
- Perancis 146, 147
- Peraturan Mahkamah
- Konstitusi* 74, 79, 83, 94
- Permanent Sovereignty Over Natural Resources* 143, 154
- Piagam Jakarta 31, 32, 43
- Positive Legislator* 171
- Preamble* 178
- Pre-Supposed* 33
- Pro Bono Publico 60
- Provider 185, 186, 192
- Public Complaint Mechanism* 57
- Public*
- Services* 134
- Utilities* 134, 136

Q

Qanun 174, 175, 178-180

R

Ratio Decidendi 170, 172, 178, 180, 181

Ratio Legis 21

Receptio In Complexu 101

Rechtsidee 32

Rechtssvacuum 171

Rechtstaat 110

Rechtsvinding 81

Regelendaad 135, 190

Regulator 185, 186, 192

Responsibility 128, 131

Retail Supply 194

Reward and Punishment 123, 124

S

Seabed and Subsoil 159

Servitut 149

Shareholder 125

Singapura 142, 143

Social Welfare Constitution 130

Sovereignty Rights 159

Sovereignty 141, 159

Staat Fundamentalnorm 30

Staatfundamentalnorm 33, 208

Staatgrundgesetz 34

Staatsfundamentalnorm 84

Stakeholders 202

Stufenbau 33

Stufenbautheorie 30, 33, 34

Supreme

Court 78

Norm 36

Swiss 143

T

The Arts of Understanding 107

The Interpretative Tool 73, 75

The Legitimate Interpreter of The Law and Justice 213

The Living Law 101

The Protector of Human Rights 89

The Protector of The Citizen's Constitutional Rights 89

The Sole Interpreter of The Constitution 81

The Supreme Law of The Land 206, 220, 221, 228

Timor Timur 81

Timur Tengah 142, 146, 148

Toetsing 78

Toetsingrecht 76

Toetsingsrecht Van De Rechter 210

Toezichthoudensdaad 135, 141, 154, 190

Transmission 186, 187, 193, 194

Transnational Legal Process 87, 88

Transparency 128

Truman Proclamation 157

Turki 105

U

Uzbekistan 143

Umpire 185, 192

Unbundling 185-188, 193-202
System 185, 186, 193, 195

Uni Eropa 188

Uni Soviet 129

United Nations Development Programme 56, 57, 72

Universal Declaration of Human Rights 80, 86

Uti Possidetis 149

UU Pemerintahan Aceh 143, 144

V

Van Vollenhoven 39

Verordnung 34

W

Welfare

Constitution 130

State 192

Writ of Mandamus 77

Y

Yunani 100, 148, 149

Z

Zevenbergen 32

Indeks Pengarang

A

Achmad Ali 34, 48
Adnan Buyung Nasution 58
Anglo Saxon 40
A. Pitlo 97
Austin 43

C

Cakra Arbas 164, 169, 171,
172, 179, 182, 183
Cogito Ergo Sum 146
Cornelis Van Vollenhoven
102
Cut Asmaul Husna Tr 140

E

Elizabeth S. Anderson 57

F

Fais Yonas Bo'a 27
Frans Hendra Winarta 52,
58, 69

G

Gerald L. Neuman 89, 90

H

Habibie 37
Hans Kelsen 30, 33, 34, 43,
48
Hans Nawiasky 30
Harun Alrasyid 170

I

Ikrar Nusa Bhakti 7
Inge Puspita Ningtyas 50
Iriyanto A. Baso Ence 78, 91
Iwan Satriawan 12, 13, 24, 25

J

Jawahir Thontowi 29, 41,
42, 48
Jefri Porkonanta Tarigan
185
Jimly Asshiddiqie 76, 80,
91, 129, 130, 138
John Rawls 61
Josephin Mareta 118
Juan Linz 7

L

Louis Henkin 89

M

Mahfud MD 29, 36, 48
Maruarar Siahaan 167, 183,
222
M. Fajrul Falaakh 211, 214
Michael Hollaender 7
Mohammad Hatta 136
Moh. Mahfud MD 2, 3, 5,
6, 12
M. Solly Lubis 167, 183

N

Nawiasky 30, 33, 34, 45
Negative Legislator 171
Nigeria 143, 148
Ninon Melatyugra 73, 84,
88, 93

R

Ratno Lukito 100, 101, 102,
106, 113, 117
Roeslan Saleh 34, 35, 48
Rhode 52, 69

S

Sakirman 95
Satjipto Rahardjo 60, 109,
117
Sisilia 146
Soeharto 36, 37
Sudikno Mertokusumo 32,
48
Suyogi Imam Fauzi 50
Syafi'iyah 104

T

Titon Slamet Kurnia 81, 83,
92, 94

U

Umbu Rauta 73

W

Wael B. Hallaq 111, 117



SERTIFIKAT

Nomor: 613/Akred/P2MI-LIPI/03/2015

Akreditasi Majalah Ilmiah

Kutipan Keputusan Kepala Lembaga Ilmu Pengetahuan Indonesia Nomor 335/E/2015 Tanggal 15 April 2015

Nama Majalah : Jurnal Konstitusi
ISSN : 1829-7706
Redaksi : Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia,
Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta 10110

Ditetapkan sebagai Majalah Ilmiah

TERAKREDITASI

Akreditasi sebagaimana tersebut di atas berlaku selama 3 (tiga) tahun

Cibinong, 15 April 2015
Lembaga Ilmu Pengetahuan Indonesia
Ketua Panitia Penilai Majalah Ilmiah-LIPI

Prof. Dr. Rochadi
Prof. Dr. Rochadi,
NIP. 195007281978031001



Sertifikat

Kutipan dari Keputusan Menteri Pendidikan dan Kebudayaan Republik Indonesia Nomor: 040/P/2014, Tanggal 14 Februari 2014 Tentang Hasil Akreditasi Terbitan Berkala Ilmiah Periode II Tahun 2013

Nama Terbitan Berkala Ilmiah
Jurnal Konstitusi
ISSN: 1829-7706

Penerbit: Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi RI

Ditetapkan sebagai Terbitan Berkala Ilmiah

TERAKREDITASI

Akreditasi sebagaimana tersebut di atas berlaku selama 5 (lima) tahun sejak ditetapkan.

Jakarta, 18 Februari 2014

Direktur Pendidikan dan Pengabdian Kepada Masyarakat,
Direktorat Jenderal Pendidikan Tinggi



Prof. Agus Subekti, M.Sc., Ph.D.
NIP. 196008011984031002

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