



JURNAL KONSTITUSI

Volume 15 Nomor 3, September 2018

- Konstitusionalitas Perppu Nomor 2 Tahun 2017 tentang Ormas Ditinjau dari UUD 1945
M. Beni Kurniawan
- Problematika *Presidential Threshold*: Putusan Mahkamah Konstitusi dan Pengalaman di Negara Lain
Abdul Ghoffar
- Perubahan Makna terhadap Pasal 2 dan 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi
Vidya Prahassacitta
- Penetapan Harga Eceran Tertinggi Komoditas Pangan sebagai Hak Konstitusional dalam Perspektif Negara Kesejahteraan
Isharyanto
- Mahkamah Konstitusi dan Kebijakan Kriminal
Cholidin Nasir
- Perlindungan Hak Konstitusional untuk Bebas dari Penyiksaan di Indonesia
Rommy Patra
- Positivisasi Syariah di Indonesia, Legalisasi atau Birokratisasi?
Pepen Irpan Fauzan dan Ahmad Khoirul Fata
- Aspek-Aspek Konstitusional Penodaan Agama serta Pertanggungjawaban Pidananya di Indonesia
Ajie Ramdan
- Keberlakuan Yurisprudensi pada Kewenangan Pengujian Undang-Undang dalam Putusan Mahkamah Konstitusi
Oly Viana Agustine
- Eksistensi Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi (Studi Keputusan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi Nomor 01/MKMK/X/2013)
Sutan Sorik, Mirza Nasution dan Nazaruddin

JK	Vol. 15	Nomor 3	Halaman 455 - 687	Jakarta September 2018	P-ISSN 1829-7706 E-ISSN 2548-1657
----	---------	---------	----------------------	---------------------------	--------------------------------------

Terakreditasi RISTEKDIKTI Nomor : 21/E/KPT/2018

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



MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA

JURNAL KONSTITUSI

Vol. 15 No. 3	P-ISSN 1829-7706 E-ISSN: 2548-1657	September 2018
Terakreditasi RISTEKDIKTI Nomor : 21/E/KPT/2018		

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 3, September 2018

DAFTAR ISI

Pengantar Redaksi	iii - vi
Konstitusionalitas Perppu Nomor 2 Tahun 2017 tentang Ormas Ditinjau dari UUD 1945	
M. Beni Kurniawan	455-479
Problematika <i>Presidential Threshold</i> : Putusan Mahkamah Konstitusi dan Pengalaman di Negara Lain	
Abdul Ghoffar	480-501
Perubahan Makna terhadap Pasal 2 dan 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi	
Vidya Prahassacitta	502-524
Penetapan Harga Eceran Tertinggi Komoditas Pangan sebagai Hak Konstitusional dalam Perspektif Negara Kesejahteraan	
Isharyanto	525-542
Mahkamah Konstitusi dan Kebijakan Kriminal	
Cholidin Nasir	543-564
Perlindungan Hak Konstitusional untuk Bebas dari Penyiksaan di Indonesia	
Rommy Patra	565-591

Positivisasi Syariah di Indonesia, Legalisasi atau Birokratisasi? Pepen Irpan Fauzan dan Ahmad Khoirul Fata	592-615
Aspek-Aspek Konstitusional Penodaan Agama serta Pertanggung- Jawaban Pidananya di Indonesia Ajie Ramdan	616-641
Keberlakuan Yurisprudensi pada Kewenangan Pengujian Undang- Undang dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Oly Viana Agustine	642-665
Eksistensi Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi (Studi Keputusan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi Nomor 01/ MKMK/X/2013) Sutan Sorik, Mirza Nasution dan Nazaruddin	666-687

Biodata

Pedoman Penulisan

Abdul Ghoffar menuangkan gagasannya dalam artikel yang berjudul “Problematika Presidential Threshold: Putusan Mahkamah Konstitusi dan Pengalaman di Negara Lain”. Soal syarat minimal dukungan pencalonan presiden (*presidential threshold*) di Indonesia terus diperdebatkan, terutama soal konstitusionalitas dari persyaratan tersebut. Artikel ini bertujuan untuk mengkaji Putusan MK terkait persoalan *presidential threshold* sekaligus melihat apakah negara lain juga menerapkan sistem tersebut. Kajian dilakukan dengan menggunakan metode yuridis normatif. Kajian ini menyimpulkan sebagai berikut. *Pertama*, MK telah dua kali memutuskan konstitusionalitas ambang batas pencalonan presiden. Dalam putusan Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008, MK menyatakan bahwa pengaturan ambang batas adalah open legal policy, yang kemudian dikuatkan kembali dalam Putusan Nomor 53/PUU-XV/2017. *Kedua*, di negara-negara yang menganut sistem presidensial, seperti Amerika, Brazil, Peru, Meksiko, Kolombia, dan Kyrgyzstan, ambang batas tidak dikenal. Mereka menerapkan sistem terbuka pencalonan tanpa dipersyaratkan dukungan. Meski demikian, sistem pemerintahan mereka juga tergolong stabil, seperti yang dicontohkan oleh Amerika Serikat.

Artikel ketiga yang ditulis oleh Vidya Prahassacitta berjudul “Perubahan Makna terhadap Pasal 2 dan 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi”. Artikel mengulas mengenai permasalahan tentang, *pertama*: makna Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 pra dan pasca dikeluarkannya Putusan Mahkamah Konstitusi No. 25/PUU-XIV/2016. *Kedua*, penerapan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 pra Putusan Mahkamah Konstitusi No. 25/PUU-XIV/2016. *Ketiga*, efek dikeluarkannya putusan Mahkamah Konstitusi tersebut dalam meminimalisir kriminalisasi perbuatan pegawai negeri sipil atau pejabat publik. Hasil penelitian menunjukkan bahwa putusan mahkamah konstitusi tersebut telah mengubah rumusan delik dari formil menjadi materiil yang menjadikan makna pasal tersebut semakin menjauh dari makna awalnya.

Artikel keempat yang ditulis oleh Isharyanto yang berjudul “Penetapan Harga Eceran Tertinggi Komoditas Pangan sebagai Hak Konstitusional dalam Perspektif Negara Kesejahteraan”. Tulisan ini membahas penetapan harga eceran tertinggi sebagai intervensi pemerintah untuk mewujudkan hak konstitusional atas kedaulatan pangan dalam perspektif Negara Kesejahteraan. Pangkal argumentasi adalah ketersediaan pangan yang cukup akan menentukan kualitas sumber daya manusia dan stabilitas sosial politik sebagai prasyarat untuk melaksanakan pembangunan. Pangan merupakan variabel penting yang bisa digunakan untuk memperkuat basis material negara, sebagai sarana menjalankan fungsi reproduksi sosial sekaligus penentu keberlangsungan hidup sebuah bangsa. Dengan memperhatikan peraturan perundang-undangan, pemerintah mempunyai pedoman dalam menetapkan kebijakan harga dengan tujuan untuk stabilisasi harga termasuk terhadap komoditas pangan. Hasil pembahasan menunjukkan bahwa tindakan pemerintah dalam menetapkan harga eceran tertinggi merupakan perbuatan pemerintah (*bestuurhandeling*) sebagai salah satu contoh intervensi negara dalam rangka mewujudkan

hak konstitusional atas kedaulatan pangan. Kebijakan tersebut bertujuan menstabilkan harga pangan, mengurangi ketidakpastian petani, dan menjamin konsumen. Dalam hal ini setiap warganegara, akan memperoleh pangan yang cukup dengan harga yang wajar.

Artikel selanjutnya ditulis oleh Cholidin Nasir yang berjudul “Mahkamah Konstitusi dan Kebijakan Kriminal”. Artikel ini membahas dapatkah Mahkamah Konstitusi menafsirkan suatu norma pidana dan dapatkah Mahkamah Konstitusi membuat hukum baru atas norma hukum pidana. Berdasarkan hasil penelitian tersebut, Mahkamah Konstitusi melakukan *judicial activism* ketika norma tersebut melanggar hak konstitusional warga negara yang dijamin oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dan Mahkamah Konstitusi melakukan *judicial restraint* ketika harus menyatakan sesuatu yang semula bukan perbuatan pidana menjadi perbuatan pidana.

Artikel yang berjudul “Perlindungan Hak Konstitusional untuk Bebas dari Penyiksaan di Indonesia” ditulis oleh Rommy Patra. Artikel ini mengulas upaya mencegah dan menghapus praktik penyiksaan di Indonesia. Meski sudah meratifikasi Konvensi Menentang Penyiksaan dan mengakui hak untuk bebas dari penyiksaan sebagai HAM dan hak konstitusional, namun praktik penyiksaan di Indonesia masih juga berlangsung secara massif. Permasalahan dalam penelitian ini, *pertama*, faktor-faktor apa saja yang menyebabkan praktik penyiksaan masih terjadi di Indonesia? *Kedua*, upaya apa yang harus dilakukan untuk mencegah dan menghapus praktik penyiksaan dalam memperkuat perlindungan HAM dan hak konstitusional untuk bebas dari penyiksaan di Indonesia? Hasil kajian memperlihatkan bahwa, *pertama*, sejumlah faktor yang menyebabkan masih terjadinya praktik penyiksaan di Indonesia: (1) tidak adanya aturan hukum yang tegas dan memberikan sanksi yang berat kepada pelaku penyiksaan; (2) terinstitusionalisasinya praktik kekerasan dan penyiksaan di jajaran penegak hukum serta permisifnya masyarakat terhadap praktik tersebut; (3) mekanisme perlindungan dan pemberian kompensasi terhadap korban penyiksaan masih belum memadai. *Kedua*, perbaikan yang harus dilakukan mencakup: (1) adanya komitmen yang kuat dari pemerintah dengan membuat kebijakan penghapusan tindakan penyiksaan, seperti membuat Undang-Undang khusus menentang penyiksaan; (2) penataan institusi Kepolisian, Kejaksaan, TNI, Lembaga Pemasyarakatan serta lembaga-lembaga lainnya dengan meningkatkan pengawasan, memberikan sanksi yang tegas dan dilakukannya proses hukum jika masih terdapat praktik penyiksaan yang dilakukan. Selain itu perlu diberikan pendidikan HAM bagi personil institusi-institusi tersebut; (3) meningkatkan partisipasi masyarakat agar memiliki kesadaran untuk melawan setiap praktik kekerasan dan penyiksaan; (4) mengoptimalkan peranan lembaga seperti Komnas HAM dan LPSK untuk memberikan perlindungan dan pendampingan terhadap korban. (5) harus adanya pemenuhan terhadap hak-hak korban yang menjadi korban dari praktik penyiksaan.

Artikel selanjutnya yang berjudul “Positivisasi Syariah di Indonesia, Legalisasi atau Birokratisasi?” oleh Pepen Irpan Fauzan dan Ahmad Khoirul Fata. Tulisan ini mengkaji pemberlakuan hukum syariah sebagai bagian dari hukum nasional Indonesia. Ada dua

permasalahan pokok yang dibahas: *pertama*, bagaimanakah posisi hukum Islam dalam tubuh hukum nasional? *Kedua*, apakah legalisasi syariah telah mencerminkan idealitas hukum syariah bagi masyarakat Islam Indonesia? Dari kajian dapat disimpulkan beberapa hal: *pertama*, keberadaan UU terkait zakat, wakaf dan haji merupakan perwujudan penerimaan sistem hukum Indonesia terhadap pemberlakuan hukum Islam sebagai bagian integral dari hukum nasional. *Kedua*, meski telah masuk dalam sistem hukum nasional, namun UU tentang zakat, wakaf dan haji mempunyai kekuatan dan kelemahan. Kekuatannya terletak bahwa hukum Islam telah menjadi hukum positif, sehingga pemberlakuannya menjadi mutlak di tengah masyarakat. Kelemahannya, UU itu lebih menitikberatkan pada persoalan administratif, dari pada *mandatory*. Konsekuensinya, UU tersebut tidak lebih dari sekedar birokratisasi-syari'ah.

Ajie Ramdan dalam artikel yang berjudul "Aspek-Aspek Konstitusional Penodaan Agama serta Pertanggungjawaban Pidananya di Indonesia" membahas seputar topik Putusan MK No. 140/PUU-VII/2009 menyatakan UU Pencegahan Penodaan Agama tidak melarang seseorang untuk melakukan penafsiran terhadap suatu ajaran agama ataupun melakukan kegiatan keagamaan yang menyerupai suatu agama yang dianut di Indonesia secara sendiri-sendiri. Yang dilarang adalah dengan sengaja di muka umum menceritakan, menganjurkan, atau mengusahakan dukungan umum, untuk melakukan penafsiran tentang sesuatu agama yang dianut di Indonesia atau melakukan kegiatan keagamaan yang menyerupai kegiatan keagamaan dari agama itu, penafsiran dan kegiatan mana menyimpang dari pokok-pokok ajaran agama itu. Tulisan ini akan menganalisis konsep pertanggungjawaban pidana Basuki Tjahaja Purnama. Karena pidatonya di kepulauan seribu memenuhi unsur-unsur tindak pidana dalam Pasal 156a KUHPidana berdasarkan Putusan No. 1537/Pid.B/2016/PN. Jkt Utr. Konsep pertanggungjawaban pidana (*criminal liability/ toerekeningvatsbaarheid*) atau sesungguhnya tidak hanya menyangkut soal hukum semata-mata, melainkan juga menyangkut soal nilai-nilai moral atau kesusilaan umum yang dianut oleh suatu masyarakat atau kelompok-kelompok dalam masyarakat. Analisis pertanggungjawaban pidana dalam delik penodaan agama Islam dalam tulisan ini menggunakan teori pertanggungjawaban pidana putusan MK No. 140/PUU-VII/2009, Putusan Pengadilan tentang Penodaan Agama dan perbandingan pertanggungjawaban pidana di dua negara Barat yaitu Belanda dan Inggris.

Artikel yang berjudul "Keberlakuan Yurisprudensi pada Kewenangan Pengujian Undang-Undang dalam Putusan Mahkamah Konstitusi" oleh Oly Viana Agustine membahas terkait keberlakuan yurisprudensi sebagai salah satu sumber hukum yang diakui di Indonesia selalu menarik untuk dilakukan penelitian. Indonesia yang terpengaruh dengan sistem hukum *civil law* pada dasarnya tidak mengikatkan diri pada yurisprudensi. Namun apabila ada putusan yang dianggap kontradiksi dengan putusan sebelumnya menjadi perdebatan mengenai bagaimana keberlakuan yurisprudensi yang telah ada. Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman memiliki kewenangan melakukan pengujian

undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945. Dalam kewenangannya tersebut, terkadang Mahkamah Konstitusi dibenturkan dengan putusan terdahulu yang telah menjadi *landmark* namun tidak diikuti. Dengan kata lain, terdapat kontradiksi antara putusan yang terdahulu dengan putusan yang ada saat ini. Dalam penelitian ini akan dilihat bagaimana keberlakuan yurisprudensi pada pengujian undang-undang dalam putusan Mahkamah Konstitusi. Kesimpulan yang didapat dalam penelitian ini adalah bahwa yurisprudensi adalah sumber hukum yang dapat menjadi rujukan dalam memutus suatu perkara pengujian undang-undang namun tidak mengikat hakim untuk menyimpanginya berdasarkan alasan yang logis sesuai dengan prinsip *the judiciary independence* dan *judiciary accountability* serta konsepsi *the living constitution*.

Artikel terakhir untuk edisi ini berjudul “Eksistensi Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi (Studi Keputusan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi Nomor 01/MKMK/X/2013)” oleh Sutan Sorik, Mirza Nasution, dan Nazaruddin. Penelitian ini membahas tentang eksistensi Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi. Dari analisis keputusan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi Nomor 01/MKMK/X/2013 tersebut diketahui bahwa kebebasan Hakim Konstitusi untuk menjalankan fungsi, kewenangan, serta kewajibannya merupakan hal yang mutlak harus dimiliki Hakim Konstitusi. Akan tetapi demi menjamin kehormatan, keluhuran martabat, dan kode etik Hakim Konstitusi, maka harus ada mekanisme pertanggungjawaban setiap perbuatan Hakim Konstitusi melalui pengawasan. Hal ini dilakukan supaya kebebasan tersebut tidak disalahgunakan menjadi tameng hukum oleh Hakim Konstitusi.

Akhir kata redaksi berharap semoga kehadiran Jurnal Konstitusi dapat memperkaya khasanah pengetahuan dan wawasan pembaca di bidang hukum dan konstitusi di Indonesia serta bermanfaat dalam upaya membangun budaya sadar konstitusi.

Redaksi Jurnal Konstitusi

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

M. Beni Kurniawan

Konstitusionalitas Perppu Nomor 2 Tahun 2017 tentang Ormas Ditinjau dari UUD 1945

Jurnal Konstitusi Vol. 15 No. 3 hlm. 455-479

Penelitian ini mengkaji permasalahan, pertama: pengaturan dan mekanisme pembubaran Ormas dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia. Kedua, konstitusionalitas Pasal 61 dan 62 Perppu Nomor 2 Tahun 2017 yang mengatur tentang Pembubaran Ormas ditinjau dari UUD 1945 dan Konsep Negara Hukum. Pasal 61 dan 62 Perppu Nomor 2 Tahun 2017 memberikan wewenang kepada Pemerintah untuk membubarkan Ormas secara sepihak tanpa adanya *due process of law* terlebih dahulu. Hal ini tentu bertentangan dengan konsep Negara hukum yang mengedepankan adanya pembatasan kekuasaan dan kebebasan berserikat yang dijamin dalam UUD 1945. Jenis penelitian ini adalah penelitian yuridis normatif yang bersifat perskriptif dengan maksud memberikan solusi terhadap permasalahan Ormas di Indonesia. Sebagai hasil penelitian dapat disimpulkan bahwa Pasal 61 dan 62 Perppu Nomor 2 Tahun 2017 yang memberikan kewenangan kepada pemerintah untuk membubarkan Ormas secara sepihak adalah Inkonstitusional karena bertentangan dengan Pasal 1 ayat 3 tentang Indonesia sebagai Negara Hukum dan Pasal 28E ayat 3 tentang kebebasan berserikat. Perlu adanya revisi terhadap Perppu Nomor 2 Tahun 2017 dengan tetap memberikan kewenangan kepada Badan Peradilan (MA atau MK) dalam memutuskan pembubaran Ormas. Perlu juga adanya pembatasan waktu terhadap Badan Peradilan dalam memutus perkara pembubaran Ormas untuk menghindari ketidakpastian perkara dan inefisiensi waktu.

Kata kunci: Perppu Ormas, Kebebasan Berserikat, *State of Law*.

M. Beni Kurniawan

The Constitutionality of Government Regulation in Lieu of Law Number 2 of 2017 on Social Organization Reviewed from the 1945 Constitution

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 15 No. 3

The problem in this study, first: how the arrangement and mechanism for the dissolution of social organization in Indonesia's Laws, second: how the Constitutionality of Article 61 and 62 of Government Regulation In Lieu Of Law No. 2 of 2017 regulates the Dissolution of social organization reviewed from the 1945 Constitution and the Rule of Law's Concept. Article 61 and 62 of Government Regulation In Lieu Of Law No. 2 of 2017 authorize the Government to dissolve social organization without any due process of law in advance. This is certainly contrary to the concept of rule of law which puts forward the existence of restrictions on power and the freedom of association guaranteed in the 1945 Constitution. This research is a normative and prescriptive in order to provide solutions to the problems of social organization in Indonesia. As a result of the research, it can be concluded that Article 61 and 62 of Perppu No. 2 of 2017 which gives authority to the government to dissolve social organization unilaterally is unconstitutional because Contrary to the Article 1 paragraph 3 of Indonesia as a State of Law and Article 28 E paragraph 3 concerning freedom of association. Also, there needs to be a revision of Government Regulation In Lieu Of Law No. 2 of 2017 with still giving authority to the Judicial Boards (MA or MK) in deciding the social organization dissolution. It is also necessary to limit the time to the Judicial Boards in deciding cases of the dissolution of the social organization to avoid an uncertain case and an inefficient time.

Keywords: *Government Regulation in Lieu of Law about Social Organization, Freedom of Association, State of Law.*

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

Abdul Ghoffar

Problematika *Presidential Threshold*: Putusan Mahkamah Konstitusi dan Pengalaman di Negara Lain

Jurnal Konstitusi Vol. 15 No. 3 hlm. 480-501

Soal syarat minimal dukungan pencalonan presiden (*presidential threshold*) di Indonesia terus diperdebatkan, terutama soal konstusionalitas dari persyaratan tersebut. Artikel ini bertujuan untuk mengkaji Putusan MK terkait persoalan *presidential threshold* sekaligus melihat apakah negara lain juga menerapkan sistem tersebut. Kajian dilakukan dengan menggunakan metode yuridis normatif. Kajian ini menyimpulkan sebagai berikut. *Pertama*, MK telah dua kali memutuskan konstusionalitas ambang batas pencalonan presiden. Dalam putusan Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008, MK menyatakan bahwa pengaturan ambang batas adalah *open legal policy*, yang kemudian dikuatkan kembali dalam Putusan Nomor 53/PUU-XV/2017. *Kedua*, di negara-negara yang menganut sistem presidensil, seperti Amerika, Brazil, Peru, Meksiko, Kolombia, dan Kyrgyzstan, ambang batas tidak dikenal. Mereka menerapkan sistem terbuka pencalonan tanpa dipersyaratkan dukungan. Meski demikian, sistem pemerintahan mereka juga tergolong stabil, seperti yang dicontohkan oleh Amerika Serikat.

Kata kunci: *Presidential Threshold*, Putusan Mahkamah Konstitusi, Indonesia.

Abdul Ghoffar

Dispute on Presidential Threshold: Decisions of the Constitutional Court and Other Countries' Experiences

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 15 No. 3

Dispute on presidential threshold required for the Presidential election in Indonesia remains intense, particularly in regard to the constitutionality of this requirement. This study examines decisions given by the Constitutional Court on the Presidential Threshold as well as analyses if other countries have applied a similar system. The method used in this study is juridical normative. It can be concluded that the Constitutional Court has made two decisions on the constitutionality of the Presidential Threshold. Stated on Decision Number 51-52-59/PUU-VI/2008, the Constitutional Court regarded the threshold requirement for the presidential election as an open legal policy, strengthened by Decision Number 53/PUU-XV/2017. Meanwhile, in other presidential countries such as United State of America (USA), Brazil, Peru, Mexico, Columbia, and Kyrgyzstan, there is no place for presidential threshold. They apply an open candidacy without setting any threshold of supports. Nevertheless, USA for example, has successfully demonstrated a stable form of the government under that system.

Keywords: *Presidential Threshold, Decision of the Constitutional Court, Indonesia.*

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

Vidya Prahassacitta

Perubahan Makna terhadap Pasal 2 dan 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi

Jurnal Konstitusi Vol. 15 No. 3 hlm. 502-524

Permasalahan dalam penelitian ini, pertama: makna Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 pra dan pasca dikeluarkannya Putusan Mahkamah Konstitusi No. 25/PUU-XIV/2016. Kedua, penerapan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 pra Putusan Mahkamah Konstitusi No. 25/PUU-XIV/2016. Ketiga, efek dikeluarkannya putusan Mahkamah Konstitusi tersebut dalam meminimalisir kriminalisasi perbuatan pegawai negeri sipil atau pejabat publik. Penelitian ini merupakan penelitian hukum dengan pendekatan yuridis normatif. Sebagai penelitian kualitatif maka data yang dipergunakan merupakan data sekunder yang terdiri dari data hukum primer, sekunder dan tertier yang diperoleh dari studi kepustakaan. Hasil penelitian menunjukkan bahwa putusan mahkamah konstitusi tersebut telah mengubah rumusan delik dari formil menjadi materiil yang menjadikan makna pasal tersebut semakin menjauh dari makna awalnya. Pada akhirnya, keluarnya putusan mahkamah konstitusi tersebut tidak dapat memecahkan permasalahan hukum yang telah ada sebelumnya bahkan putusan tersebut berpotensi menimbulkan permasalahan baru yang dapat menghambat proses penegakan hukum dalam pemberantasan tindak pidana korupsi di Indonesia.

Kata kunci: Korupsi, Melawan Hukum, Kerugian Negara.

Vidya Prahassacitta

Amendment to Meaning of Article 2 and 3 Law Number 31 Year 1999 After Constitutional Court Decision

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 15 No. 3

The problems on this research are, first: the meaning of Article 2 paragraph (1) and Article 3 UU No. 31 Year 1999 before and after Constitutional Court Decision Number 25/PUU-XIV/2016. Second, the application of Article 2 paragraph (1) and Article 3 UU No. 31 Year 1999 before Constitutional Court Decision Number 25/PUU-XIV/2016. Third, the effects of Constitutional Court Decision in minimizing criminal actions conducted by civil servants and public officials. This research is a legal research using normative legal approach. As qualitative research, this research uses secondary data consist of primary, secondary, tertiary legal data collected from literature study. The results show that the constitutional court decision has changed the formulation of the offense from formal to material which makes the meaning of the article different from its original meaning. At last, the constitutional court deciasion could not solve the existing legal problem, but contrary it potentially creates a new problem which obstructs law enforcement process in combating corruption in Indonesia.

Keywords: *Corruption, Unlawful, State Financial Loss.*

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

Isharyanto

Penetapan Harga Eceran Tertinggi Komoditas Pangan sebagai Hak Konstitusional dalam Perspektif Negara Kesejahteraan

Jurnal Konstitusi Vol. 15 No. 3 hlm. 525-542

Penelitian ini mengkaji tentang penetapan harga eceran tertinggi sebagai intervensi pemerintah untuk mewujudkan hak konstitusional atas kedaulatan pangan dalam perspektif Negara Kesejahteraan. Pangkal argumentasi adalah ketersediaan pangan yang cukup akan menentukan kualitas sumber daya manusia dan stabilitas sosial politik sebagai prasyarat untuk melaksanakan pembangunan. Pangan merupakan variabel penting yang bisa digunakan untuk memperkuat basis material negara, sebagai sarana menjalankan fungsi reproduksi sosial sekaligus penentu keberlangsungan hidup sebuah bangsa. Dengan memperhatikan peraturan perundang-undangan, pemerintah mempunyai pedoman dalam menetapkan kebijakan harga dengan tujuan untuk stabilisasi harga termasuk terhadap komoditas pangan. Pembahasan dilakukan dengan menggunakan penelitian hukum normatif, yang merupakan sebuah penelitian yang mengkaji studi dokumen, yakni menggunakan berbagai data sekunder seperti peraturan perundang-undangan, putusan pengadilan, teori hukum, dan dapat berupa pendapat para sarjana. Hasil penelitian menunjukkan bahwa tindakan pemerintah dalam menetapkan harga eceran tertinggi merupakan perbuatan pemerintah (*bestuurshandeling*) sebagai salah satu contoh intervensi negara dalam rangka mewujudkan hak konstitusional atas kedaulatan pangan. Kebijakan tersebut bertujuan menstabilkan harga pangan, mengurangi ketidakpastian petani, dan menjamin konsumen. Dalam hal ini, setiap warga negara akan memperoleh pangan yang cukup dengan harga yang wajar.

Kata kunci: Intervensi Harga, Pangan, Kedaulatan Pangan.

Isharyanto

Determination of the Highest Retail Price of Food Commodities as a Constitutional Right in Welfare State Perspective

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 15 No. 3

This paper discusses the determination of the highest retail price as a government intervention to realize the constitutional right to food sovereignty in the perspective of the Welfare State. The basis of the argument is that sufficient food availability will determine the quality of human resources and socio-political stability as a prerequisite for carrying out development. Food is an important variable that can be used to strengthen the country's material base, as a means of carrying out the function of social reproduction as well as determining the survival of a nation. By paying attention to the laws and regulations, the government has guidelines in setting price policies with the aim of stabilizing prices including food commodities. The discussion was conducted using normative legal research, which is a study that examines the study of documents, namely using various secondary data such as legislation, court decisions, legal theories, and can be in the form of opinions of scholars. The results of the discussion show that the government's actions in determining the highest retail price are the government's actions (bestuurhandeling) as one example of state intervention in order to realize the constitutional rights to food sovereignty. The policy aims to stabilize food prices, reduce farmers' uncertainty, and guarantee consumers. In this case, every citizen will get enough food at a reasonable price.

Keywords: *Price Intervension, Food, Food Sovereignty.*

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

Cholidin Nasir

Mahkamah Konstitusi dan Kebijakan Kriminal

Jurnal Konstitusi Vol. 15 No. 3 hlm. 543-564

Dalam kaitannya dengan penafsiran, dapatkah Mahkamah Konstitusi menafsirkan suatu norma pidana dan dapatkah Mahkamah Konstitusi membuat hukum baru atas norma hukum pidana. Untuk menjawab masalah tersebut, digunakan penelitian hukum normatif, Penelitian hukum normatif atau kepustakaan tersebut mencakup: (1) penelitian terhadap asas-asas hukum, (2) penelitian terhadap sistematika hukum, (3) penelitian terhadap sinkronisasi vertikal dan horizontal, (4) perbandingan hukum, (5) sejarah hukum. Oleh karena itu, maka bahan yang digunakan adalah bahan sekunder yang dilakukan melalui penelitian kepustakaan (*library research*). Berdasarkan hasil penelitian tersebut, Mahkamah Konstitusi melakukan *judicial activism* ketika norma tersebut melanggar hak konstitusional warga negara yang dijamin oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dan Mahkamah Konstitusi melakukan *judicial restraint* ketika harus menyatakan sesuatu yang semula bukan perbuatan pidana menjadi perbuatan pidana.

Kata kunci: Mahkamah Konstitusi, Kebijakan Kriminal, *Judicial Activism*, *Judicial Restraint*.

Cholidin Nasir

Constitutional Court and Criminal Policy

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 15 No. 3

In relation to interpretation, can the Constitutional Court interpret a criminal norm and can the Constitutional Court make a new law on criminal law norms. To answer this problem, normative legal research is used. Normative legal research includes: (1) research on legal principles, (2) research on legal systematics, (3) research on vertical and horizontal synchronization, (4) comparison law, (5) legal history. Therefore, the materials used are secondary materials which are carried out through library research. Based on the results of the study, first: the Constitutional Court conducted judicial activism when the norm violated the constitutional rights of citizens guaranteed by the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia, second: the Constitutional Court conducted a judicial restraint when it had to declare something that was not a criminal act.

Keywords: *Constitutional Court, Criminal Policy, Judicial Activism, Judicial Restraint.*

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

Rommy Patra

Perlindungan Hak Konstitusional untuk Bebas dari Penyiksaan di Indonesia

Jurnal Konstitusi Vol. 15 No. 3 hlm. 565-591

Upaya mencegah dan menghapus praktik penyiksaan di Indonesia bukanlah persoalan yang mudah. Meski sudah meratifikasi Konvensi Menentang Penyiksaan dan mengakui hak untuk bebas dari penyiksaan sebagai HAM dan hak konstitusional, namun praktik penyiksaan di Indonesia masih juga berlangsung secara massif. Permasalahan dalam penelitian ini, *pertama*, faktor-faktor apa saja yang menyebabkan praktik penyiksaan masih terjadi di Indonesia? *Kedua*, upaya apa yang harus dilakukan untuk mencegah dan menghapus praktik penyiksaan dalam memperkuat perlindungan HAM dan hak konstitusional untuk bebas dari penyiksaan di Indonesia? Pendekatan yang digunakan dalam kajian ini adalah pendekatan perundang-undangan, pendekatan kasus dan pendekatan konseptual. Hasil kajian memperlihatkan bahwa, *pertama*, sejumlah faktor yang menyebabkan masih terjadinya praktik penyiksaan di Indonesia: (1) tidak adanya aturan hukum yang tegas dan memberikan sanksi yang berat kepada pelaku penyiksaan; (2) terinstitusionalisasinya praktik kekerasan dan penyiksaan di jajaran penegak hukum serta permisifnya masyarakat terhadap praktik tersebut; (3) mekanisme perlindungan dan pemberian kompensasi terhadap korban penyiksaan masih belum memadai. *Kedua*, perbaikan yang harus dilakukan mencakup: (1) adanya komitmen yang kuat dari pemerintah dengan membuat kebijakan penghapusan tindakan penyiksaan, seperti membuat Undang-Undang khusus menentang penyiksaan; (2) penataan institusi Kepolisian, Kejaksaan, TNI, Lembaga Pemasyarakatan serta lembaga-lembaga lainnya dengan meningkatkan pengawasan, memberikan sanksi yang tegas dan dilakukannya proses hukum jika masih terdapat praktik penyiksaan yang dilakukan. Selain itu perlu diberikan pendidikan HAM bagi personil institusi-institusi tersebut; (3) meningkatkan partisipasi masyarakat agar memiliki kesadaran untuk melawan setiap praktik kekerasan dan penyiksaan; (4) mengoptimalkan peranan lembaga seperti Komnas HAM dan LPSK untuk memberikan perlindungan dan pendampingan terhadap korban. (5) harus adanya pemenuhan terhadap hak-hak korban yang menjadi korban dari praktik penyiksaan.

Kata kunci: Hak Konstitusional, Konvensi, Penyiksaan.

Rommy Patra

Protection of Constitutional Rights for Freedom from Torture in Indonesia

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 15 No. 3

Efforts to prevent and eliminate the practice of torture in Indonesia are not easy problems. Although it has ratified the Convention Against Torture and recognizes the right for freedom from torture as human rights and constitutional rights, the practice of torture in Indonesia is still massive. The problem is, what factors cause the practice of torture to still occur in Indonesia? and what efforts should be made to prevent and eliminate the practice of torture in strengthening human rights protection and constitutional rights for freedom from torture in Indonesia? The approach used in this study is the statute approach, case approach and conceptual approach. The results of the study showed a number of factors that led to the practice of torture in Indonesia: (1) the absence of strict legal rules and severe sanctions for perpetrators of torture; (2) institutionalization of the practice of violence and torture in the ranks of law enforcement as well as the permissiveness of the community towards the practice; (3) the mechanism for protecting and providing compensation to victims of torture is still inadequate. The improvements that must be made include: (1) a strong commitment from the government by making a policy of abolishing acts of torture, such as making a special law against torture; (2) structuring of the Police, Prosecutor's Office, TNI, Correctional Institutions and other institutions by increasing supervision, providing strict sanctions and carrying out legal proceedings if there are still practices of torture carried out. In addition, needs education of human rights for personnel of these institutions; (3) increasing community participation in order to have awareness to fight every practice of violence and torture; (4) optimizing the role of institutions such as Komnas HAM and LPSK to provide protection and assistance to victims. (5) there must be fulfillment of the rights of victims who are victims of the practice of torture.

Keywords: *Constitutional Rights, Conventions, Torture.*

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

Pepen Irpan Fauzan dan Ahmad Khoirul Fata

Positivisasi Syariah di Indonesia, Legalisasi atau Birokratisasi?

Jurnal Konstitusi Vol. 15 No. 3 hlm. 592-615

Tulisan ini mengkaji pemberlakuan hukum syariah sebagai bagian dari hukum nasional Indonesia. Ada dua permasalahan pokok yang dibahas: *pertama*, bagaimanakah posisi hukum Islam dalam tubuh hukum nasional? *Kedua*, apakah legalisasi syariah telah mencerminkan idealitas hukum syariah bagi masyarakat Islam Indonesia? Untuk membahas dua permasalahan ini, penulis memfokuskan pada UU tentang Zakat, wakaf dan haji. Dari kajian yang penulis lakukan, dapat disimpulkan beberapa hal: *pertama*, keberadaan UU terkait zakat, wakaf dan haji merupakan perwujudan penerimaan sistem hukum Indonesia terhadap pemberlakuan hukum Islam sebagai bagian integral dari hukum nasional. *Kedua*, meski telah masuk dalam sistem hukum nasional, namun UU tentang zakat, wakaf dan haji mempunyai kekuatan dan kelemahan. Kekuatannya terletak bahwa hukum Islam telah menjadi hukum positif, sehingga pemberlakuannya menjadi mutlak di tengah masyarakat. Kelemahannya, UU itu lebih menitikberatkan pada persoalan administratif, dari pada mandatory. Konsekuensinya, UU tersebut tidak lebih dari sekedar birokratisasi-syari'ah.

Kata kunci: *Positivisasi, Syariah/hukum Islam, Birokratisasi, Hukum Nasional.*

Pepen Irpan Fauzan dan Ahmad Khoirul Fata

Positivization of Shariah in Indonesia, Legalization or Bureaucratization?

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 15 No. 3

This paper examines the implementation of sharia as part of Indonesian national law. There are two main issues that are discussed: What is the position of Islamic law in the body of national law? And Does the legalization of sharia reflect the ideal of shariah for Indonesian Islamic society? To discuss the two issues, the authors focus on the Law on Zakat, wakaf and haji. From the writer's study, it can be concluded: First, the existence of the zakat, wakaf and haji laws are the embodiment of acceptance of Indonesian legal system towards the implementation of Islamic law as an integral part of national law. Second, Although it has been included in the national legal system, but the Law of zakat, waqf and haji have strengths and weaknesses. Its strength lies in that Islamic law has become a positive law, so its enforcement becomes absolute in society. The weakness is that the Law focuses on administrative matters rather than mandatory. Consequently, the law is nothing more than a shari'ah-bureaucratization.

Keywords: *Positivization, Sharia/Islamic law, Bureaucratization, National Law.*

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

Ajie Ramdan

Aspek-Aspek Konstitusional Penodaan Agama serta Pertanggungjawaban Pidananya di Indonesia

Jurnal Konstitusi Vol. 15 No. 3 hlm. 616-641

Penodaan agama dalam konteks penafsiran konstitusi telah dijabarkan oleh Mahkamah Konstitusi (MK) dalam Putusan Nomor 140/PUU-VII/2009. UU Pencegahan Penodaan Agama tidak menentukan pembatasan kebebasan beragama, akan tetapi pembatasan untuk mengeluarkan perasaan atau melakukan perbuatan yang bersifat permusuhan, penyalahgunaan atau penodaan terhadap suatu agama serta pembatasan untuk melakukan penafsiran atau kegiatan yang menyimpang dari pokok-pokok ajaran agama yang dianut di Indonesia. Pembatasan-pembatasan tersebut hanya dapat dilakukan dengan Undang-Undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam masyarakat yang demokratis [vide Pasal 28J ayat (2) UUD 1945]. Tulisan ini akan menganalisis aspek-aspek konstitusionalitas penodaan agama serta pertanggungjawaban pidana dalam kasus yang dialami oleh Basuki Tjahaja Purnama. Karena pidatonya di kepulauan seribu memenuhi unsur-unsur tindak pidana dalam Pasal 156a KUHPidana berdasarkan Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Utara Nomor 1537/Pid.B/2016/PN.JktUtr. Konsep pertanggungjawaban pidana (*criminal liability /toerekeningvatsbaarheid*) atau sesungguhnya tidak hanya menyangkut soal hukum semata-mata, melainkan juga menyangkut soal nilai-nilai moral atau kesusilaan umum yang dianut oleh suatu masyarakat atau kelompok-kelompok dalam masyarakat. Analisis pertanggungjawaban pidana dalam delik penodaan agama Islam dalam tulisan ini menggunakan teori pertanggungjawaban pidana, putusan MK Nomor 140/PUU-VII/2009, Putusan Pengadilan tentang Penodaan Agama dan perbandingan pertanggungjawaban pidana di Belanda dan Inggris.

Kata kunci: Pertanggungjawaban Pidana, Penodaan Agama, KUHP.

Ajie Ramdan

Constitutional Aspects of Blasphemy and Their Criminal Liability in Indonesia

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 15 No. 3

Blasphemy in the context of interpretation of the constitution has been elaborated by the Constitutional Court (MK) in Decision Number 140/PUU-VII/2009 The Prevention of Blasphemy Law does not specify restrictions on religious freedom, but restrictions on issuing feelings or committing acts of hostility, abuse or desecration against a religion as well as restrictions on interpretation or activities that deviate from the principles of the teachings of the religion adopted in Indonesia. These restrictions can only be done by Law with the sole purpose of guaranteeing recognition and respect for the freedom of others and to fulfill just demands in accordance with moral considerations, religious values, security and public order in a democratic society. [vide Article 28] paragraph (2) of the 1945 Constitution]. This paper will analyze aspects of constitutionality of blasphemy and criminal liability in the case experienced by Basuki Tjahaja Purnama. Because his speech in the thousand islands fulfilled the elements of criminal acts in Article 156a of the Criminal Code based on the North Jakarta District Court Decision Number 1537/Pid.B/2016/PN.JktUtr. The concept of criminal liability (criminal liability/ toerekeningvatsbaarheid) or actually does not only involve legal matters, but also concerns the general moral values or morality adopted by a society or groups in society. Analysis of criminal responsibility in the Islamic blasphemy offense in this paper uses the theory of criminal responsibility, Constitutional Court decision No. 140/PUU-VII/2009, Court Decision on Blasphemy and a comparison of criminal liability in the Netherlands and England.

Keyword: *Criminal Liability, Blasphemy, The Criminal Code.*

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

Oly Viana Augustine

Keberlakuan Yurisprudensi pada Kewenangan Pengujian Undang-Undang dalam Putusan Mahkamah Konstitusi

Jurnal Konstitusi Vol. 15 No. 3 hlm. 642-665

Keberlakuan yurisprudensi sebagai salah satu sumber hukum yang diakui di Indonesia selalu menarik untuk dilakukan penelitian. Indonesia yang terpengaruh dengan sistem hukum *civil law* pada dasarnya tidak mengikatkan diri pada yurisprudensi. Namun apabila ada putusan yang dianggap kontradiksi dengan putusan sebelumnya menjadi perdebatan mengenai bagaimana keberlakuan yurisprudensi yang telah ada. Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman memiliki kewenangan melakukan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945. Dalam kewenangannya tersebut, terkadang Mahkamah Konstitusi dibenturkan dengan putusan terdahulu yang telah menjadi *landmark* namun tidak diikuti. Dengan kata lain, terdapat kontradiksi antara putusan yang terdahulu dengan putusan yang ada saat ini. Dalam penelitian ini akan dilihat bagaimana keberlakuan yurisprudensi pada pengujian undang-undang dalam putusan Mahkamah Konstitusi. Metode analisis yang digunakan adalah studi pustaka dengan menggunakan pendekatan studi kasus. Kesimpulan yang didapat dalam penelitian ini adalah bahwa yurisprudensi adalah sumber hukum yang dapat menjadi rujukan dalam memutus suatu perkara pengujian undang-undang namun tidak mengikat hakim untuk menyimpanginya berdasarkan alasan yang logis sesuai dengan prinsip *the judiciary independence* dan *judiciary accountability* serta konsepsi *the living constitution*.

Kata kunci: Mahkamah Konstitusi, Pengujian Undang-Undang, dan Yurisprudensi.

Oly Viana Agustine

Jurisprudence Enforceability on Judicial Review Authority in the Constitutional Court Decision

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 14 No. 3

The enforceability of jurisprudence as one of the recognized legal sources in Indonesia is a compelling research topic. Indonesia that uses the civil law on law system does not bind to jurisprudence. Nevertheless, if there is a decision that is contradictory to the previous one, that will be a debate over how the enforceability of the existed jurisprudence. The Constitutional Court as one of the judicial authority has the authority to examine the law against the Constitution 1945 of the State of the Republic of Indonesia. In its authority, the Constitutional Court is bumped by a previous decision which has become a landmark but was not followed. In other words, there is a contradiction between the previous decision and the present decision. This research will see how the enforceability of jurisprudence on the judicial review in the decision of the Constitutional Court. The analysis method used is literature study using case study approach. The conclusion available in this study is that jurisprudence is a source of law that can be a reference in a union of judicial review cases but not bound by judges to deviate based on logical reasons in the judiciary independence and judiciary accountability as well as the conception of the living constitution.

Keywords: *Constitutional Court, Judicial Review, and Jurisprudence.*

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

Sutan Sorik, Mirza Nasution, Nazaruddin

Eksistensi Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi (Studi Keputusan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi Nomor 01/MKMK/X/2013)

Jurnal Konstitusi Vol. 15 No. 3 hlm. 666-687

Penelitian ini membahas tentang eksistensi Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi. Metode yang digunakan dalam penelitian ini adalah yuridis normatif. Hasil penelitian menunjukkan bahwa kebebasan Hakim Konstitusi untuk menjalankan fungsi, kewenangan, serta kewajibannya merupakan hal yang mutlak harus dimiliki Hakim Konstitusi. Akan tetapi demi menjamin kehormatan, keluhuran martabat, dan kode etik Hakim Konstitusi, maka harus ada mekanisme pertanggungjawaban setiap perbuatan Hakim Konstitusi melalui pengawasan. Hal ini dilakukan supaya kebebasan tersebut tidak disalahgunakan menjadi tameng hukum oleh Hakim Konstitusi. Studi ini juga berhasil mengkonfirmasi bahwa Keputusan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi Nomor 01/MKMK/X/2013 yang menyatakan Hakim Terlapor H.M. Akil Mochtar terbukti melakukan pelanggaran Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi, dengan menjatuhkan sanksi pemberhentian tidak dengan hormat, telah memberikan kepastian hukum dan kejelasan lembaga pengawas perilaku Hakim Mahkamah Konstitusi. Sehingga anggapan tirani yudisial, dan tirani kekuasaan kehakiman yang dijalankan Mahkamah Konstitusi secara monopolistik tidak benar-benar terjadi di Mahkamah Konstitusi.

Kata kunci : Eksistensi, Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi, Keputusan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi Nomor 01/MKMK/X/2013.

Sutan Sorik, Mirza Nasution, Nazaruddin

The Existence of the Honorary Council of the Constitutional Court (Studies Honorary Council of the Constitutional Court Decision Number 01/MKMK/X/2013)

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 15 No. 3

This study discusses the existence of the Constitutional Court Honorary Council. The method used in this study is normative juridical, with a decision analysis approach of the Constitutional Court Honorary Council Number 01/MKMK/X/2013. From the analysis, it is known that the freedom of Constitutional Judges to carry out their functions, authorities, and obligations is an absolute requirement for Constitutional Judges. However, in order to guarantee the honor, dignity and ethics code of the Constitutional Justices, there must be a mechanism of accountability for every act of the Constitutional Justice through supervision. This is done so that freedom is not misused to be a legal shield by a Constitutional Judge. This study also succeeded in confirming that the Decision of the Constitutional Court Honorary Assembly Number 01/MKMK/X/2013 stated the Reported Judge H.M. Akil Mochtar was proven to have violated the Code of Ethics and Behavior of Constitutional Judges, by not sanctioning dismissal with respect, has provided legal certainty and clarity of the supervisory body of the conduct of the Judge of the Constitutional Court. So that the assumption of judicial tyranny, and the tyranny of the judicial power exercised by the Constitutional Court are monopolistically not true in the Constitutional Court.

Keywords: *Existence, Constitutional Court Honorary Council, Decision of the Honorary Council of the Constitutional Court Number 01/MKMK/X/2013.*

Konstitusionalitas Perppu Nomor 2 Tahun 2017 tentang Ormas Ditinjau dari UUD 1945

The Constitutionality of Government Regulation in Lieu of Law Number 2 of 2017 on Social Organization Reviewed from the 1945 Constitution

M. Beni Kurniawan

Program Magister Ilmu Hukum Universitas Indonesia
Jl. Salemba Raya No. 4 Jakarta Pusat
E-mail: benieluchiha92@gmail.com

Naskah diterima: 07/08/2017 revisi: 15/03/2018 disetujui: 09/04/2018

Abstrak

Penelitian ini mengkaji permasalahan, *pertama*: pengaturan dan mekanisme pembubaran Ormas dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia. *Kedua*, konstitusionalitas Pasal 61 dan 62 Perppu Nomor 2 Tahun 2017 yang mengatur tentang Pembubaran Ormas ditinjau dari UUD 1945 dan Konsep Negara Hukum. Pasal 61 dan 62 Perppu Nomor 2 Tahun 2017 memberikan wewenang kepada Pemerintah untuk membubarkan Ormas secara sepihak tanpa adanya *due process of law* terlebih dahulu. Hal ini tentu bertentangan dengan konsep Negara hukum yang mengedepankan adanya pembatasan kekuasaan dan kebebasan berserikat yang dijamin dalam UUD 1945. Jenis penelitian ini adalah penelitian yuridis normatif yang bersifat perskriptif dengan maksud memberikan solusi terhadap permasalahan Ormas di Indonesia. Sebagai hasil penelitian dapat disimpulkan bahwa Pasal 61 dan 62 Perppu Nomor 2 Tahun 2017 yang memberikan kewenangan kepada pemerintah untuk membubarkan Ormas secara sepihak adalah Inkonstitusional karena bertentangan dengan Pasal 1 ayat 3 tentang Indonesia sebagai Negara Hukum dan Pasal 28E ayat 3 tentang kebebasan berserikat. Perlu adanya revisi terhadap Perppu Nomor 2 Tahun 2017 dengan tetap memberikan kewenangan kepada Badan Peradilan (MA atau MK) dalam memutuskan pembubaran Ormas.

Perlu juga adanya pembatasan waktu terhadap Badan Peradilan dalam memutus perkara pembubaran Ormas untuk menghindari ketidakpastian perkara dan inefisiensi waktu.

Kata kunci: Perppu Ormas, Kebebasan Berserikat, *State of Law*.

Abstract

The problem in this study, first: how the arrangement and mechanism for the dissolution of social organization in Indonesia's Laws, second: how the Constitutionality of Article 61 and 62 of Government Regulation In Lieu Of Law No. 2 of 2017 regulates the Dissolution of social organization reviewed from the 1945 Constitution and the Rule of Law's Concept. Article 61 and 62 of Government Regulation In Lieu Of Law No. 2 of 2017 authorize the Government to dissolve social organization without any due process of law in advance. This is certainly contrary to the concept of rule of law which puts forward the existence of restrictions on power and the freedom of association guaranteed in the 1945 Constitution. This research is a normative and prescriptive in order to provide solutions to the problems of social organization in Indonesia. As a result of the researc, it can be concluded that Article 61 and 62 of Perppu No. 2 of 2017 which gives authority to the government to dissolve social organization unilaterally is unconstitutional because Contrary to the Article 1 paragraph 3 of Indonesia as a State of Law and Article 28 E paragraph 3 concerning freedom of association. Also, there needs to be a revision of Government Regulation In Lieu Of Law No. 2 of 2017 with still giving authority to the Judicial Boards (MA or MK) in deciding the social organization dissolution. It is also necessary to limit the time to the Judicial Boards in deciding cases of the dissolution of the social organization to avoid an uncertain case and an inefficient time.

Keywords: *Government Regulation in Lieu of Law about Social Organization, Freedom of Association, State of Law.*

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Pembubaran Hizbut Tahrir Indonesia (HTI) oleh Pemerintah melahirkan kontroversi di tengah masyarakat. Hal ini tidak terlepas dari dasar hukum pembubaran tersebut berdasarkan Perppu Nomor 2 Tahun 2017 yang merubah ketentuan pembubaran organisasi masyarakat (selanjutnya disebut ormas) yang diatur di dalam Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2013 tentang Organisasi Kemasyarakatan. Perppu tersebut memberikan otoritas yang besar pada

Pemerintah, dan mengambil alih kekuasaan pembubaran ormas yang sebelumnya berada pada Badan *Judicial* beralih pada Kekuasaan Eksekutif. Padahal kebebasan berserikat merupakan Hak Asasi Manusia (*freedom of association*) yaitu melindungi hak setiap individu untuk berkolaborasi dengan orang lain untuk membentuk suatu organisasi dan juga melindungi kebebasan kelompok itu sendiri.¹

Dikeluarkannya Perppu Nomor 2 Tahun 2017 oleh Pemerintahan Jokowi seakan-akan memperlihatkan kediktatoran Pemerintah yang mengambil alih wewenang pembubaran Ormas dari kekuasaan yudikatif kepada kekuasaan eksekutif. Perppu tersebut memberikan rasa takut kepada Ormas karena sewaktu-waktu dapat dibubarkan dan terhadap pemimpin maupun anggotanya dapat dikenakan sanksi pidana.² Hal ini seperti menegasikan hak kebebasan berserikat yang telah dijamin oleh Konstitusi.

Secara umum organisasi masyarakat di Indonesia diatur melalui Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2013 tentang Organisasi Kemasyarakatan. Dalam Pasal 61 UU Nomor 17 Tahun 2013 disebutkan bahwa: "Sanksi terhadap ormas dilakukan secara berjenjang dari peringatan tertulis, penghentian bantuan/ atau hibah, penghentian sementara kegiatan, dan pencabutan surat keterangan terdaftar atau pencabutan status badan hukum."³ Mengenai sanksi pembubaran ormas diatur dalam Pasal 68 bahwa, "pencabutan status badan hukum ormas dijatuhkan setelah adanya putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap mengenai pembubaran Ormas berbadan hukum."⁴ Dalam undang-undang tersebut pembubaran Ormas hanya dapat dilakukan setelah adanya putusan pengadilan berkekuatan hukum tetap. Tujuannya adalah agar pemerintah tidak sewenang-wenang dalam membubarkan sebuah Ormas.

Akan tetapi, Perppu Nomor 2 Tahun 2017 mengeliminasi mekanisme pemberian sanksi ormas yang terdapat dalam UU Nomor 17 Tahun 2013. Hal ini terlihat dalam Pasal 61 dan 62 Perppu tersebut. Pasal 62 ayat (2) menyebutkan "Menteri dan menteri yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang hukum dan hak asasi manusia sesuai dengan kewenangan melakukan pencabutan status badan hukum."⁵ kemudian diafirmasi dalam Pasal 82 bahwa pencabutan tersebut bermakna sebagai pembubaran ormas.

¹ Andan Buyung, *et al.*, *Instrumen Internasional Pokok Hak-Hak Asasi Manusia*, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 1997, h. 20.

² Palupi Annisa Auliani, *Perppu Ormas dan Liku-Liku Perppu di Indonesia*, <http://nasional.kompas.com/read/2017/07/13/15530971/perppu-ormas-dan-liku-liku-perppu-di-Indonesia>, diunduh 2 Agustus 2017.

³ Lihat Pasal 68 Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2013 tentang Organisasi Masyarakat

⁴ *Ibid.*, Ps. 69.

⁵ Lihat Pasal 62 Perppu Nomor 2 Tahun 2017 tentang Organisasi Masyarakat

Ketentuan tersebut menunjukkan, bahwa Pemerintah mengambil alih semua kewenangan dalam pembubaran Ormas. Akibatnya bisa jadi pembubaran suatu organisasi hanya berdasarkan keputusan politik pemerintah yang sangat bergantung pada kepentingan-kepentingan parsial pemerintah dan pertimbangan-pertimbangan politik semata. Hal ini dapat memberikan implikasi negatif terhadap iklim kemerdekaan berserikat dan berkumpul di Indonesia. Selain itu mengenai Perppu tentunya tergantung kebutuhan yang dihadapi dalam praktik (*the actual legal necessity*). Ketentuan dalam Perppu dapat menyangkut perlindungan hak asasi manusia termasuk hak untuk berserikat yang dijamin dalam undang-undang dasar yang dimaksudkan untuk mengatasi keadaan darurat guna melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia.⁶

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang tersebut, maka perlu dikaji lebih lanjut mengenai konstitusionalitas Perppu Nomor 2 Tahun 2017 tentang Ormas ditinjau dari UUD 1945 dan Teori Negara Hukum. Adapun rumusan masalah dalam penelitian ini yaitu: *pertama*, bagaimana pembubaran Ormas diatur dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia? *Kedua*, bagaimana konstitusionalitas Pasal 62 Perppu Nomor 2 Tahun 2017 tentang Pembubaran Ormas ditinjau dari UUD 1945 dan Konsep Negara Hukum?

C. Metode Penelitian

Bentuk penelitian ini adalah yuridis normatif, yaitu penelitian dengan cara meneliti data sekunder.⁷

1. Tipologi Penelitian

Tipologi penelitian ini bersifat preskriptif analitis yaitu penelitian untuk mendapatkan saran-saran dan penyelesaian baru dalam mengatasi masalah tertentu.⁸ Dalam penelitian ini, yang hendak dicari penyelesaiannya adalah konstitusionalitas Perppu No 2 Tahun 2017 tentang Ormas ditinjau dari UUD 1945 dan konsep negara hukum.

2. Bahan hukum yang digunakan adalah data sekunder yang dalam penelitian ini digolongkan menjadi bahan hukum primer yang terdiri dari Undang-Undang Dasar Tahun 1945 (UUD 1945), UU No. 12 Tahun 2011 tentang

⁶ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Tata Negara Darurat*, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2008, h. 15.

⁷ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, cet. 8, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2004, h. 14.

⁸ Bambang Sugono, *Metode Penelitian Hukum*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2011, h. 59.

Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, UU No. 8 Tahun 1985 tentang Ormas, UU No 17 Tahun 2013 tentang Ormas, dan Perppu No 2 Tahun 2017. Bahan hukum sekunder adalah bahan-bahan yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer. Pada penelitian ini, bahan hukum sekunder yang akan digunakan adalah buku, laporan penelitian hukum, artikel ilmiah dan disertasi. Bahan hukum tersier yaitu bahan yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder seperti ensiklopedia dan kamus hukum.⁹

3. Metode Analisis

Metode analisis data dilakukan dengan pendekatan kualitatif, yaitu metode yang menghasilkan data berupa uraian mengenai apa yang dinyatakan oleh sasaran penelitian, dan kebenaran data atau premis akhir penelitian ditentukan oleh peneliti sendiri.¹⁰

PEMBAHASAN

A. Pengaturan Pembubaran Ormas dalam Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia

Indonesia sebagai negara hukum, perlindungan terhadap Hak Asasi Manusia adalah sebuah keniscayaan. Hak asasi manusia sendiri adalah hak-hak yang dimiliki manusia karena keberadaannya sebagai manusia. Umat manusia mempunyainya bukan karena diberikan oleh masyarakat, negara, atau berdasarkan hukum positif melainkan semata-mata berdasarkan martabatnya sebagai manusia.¹¹ Hal ini inheren dengan Teori hak kodrat John Locke dalam buku *Two Treatises of Government* menyatakan bahwa:

“Semua individu dikaruniai oleh alam, hak yang inheren atas kehidupan, kebebasan dan harta, yang merupakan milik mereka sendiri dan tidak dapat dipindahkan atau dicabut oleh Negara.”¹²

Pengakuan terhadap hak kebebasan berkumpul dan berorganisasi terafirmasi dalam Pasal 20 Piagam PBB, yang dikenal dengan *Universal Declaration of Human Rights*. Artikel 20 (1) DUHAM menyebutkan *“everyone has the rights to freedom of peaceful assembly and association”*, ayat (2) *“No one may be compelled to belong to*

⁹ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta: UI Press, 1986, h. 51.

¹⁰ Lexi J Moleong, *Metode Penelitian Kualitatif*, Bandung: Remaja Rosda Karya, 2005, h. 24.

¹¹ Satya Arinanto, et al., ed. *Hukum Hak Asasi Manusia*, Yogyakarta: Pusat Studi Hak Asasi Manusia UII, 2008, h. 11.

¹² John Locke, *Two Treatises of Government*, London: Everyman, 1993, h. 9.

an association."¹³ Selanjutnya, Pasal 22 Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (*International Covenant on Civil and Political Rights/ICCPR*) sebagaimana yang telah diratifikasi dalam UU Nomor 12 Tahun 2005 yang memberikan jaminan atas hak setiap orang atas kebebasan berserikat.¹⁴ Adanya pengakuan dunia internasional terhadap hak kebebasan berserikat, mengindikasikan arti penting kebebasan berserikat dalam perkembangan demokrasi dan suatu negara hukum.

Dalam konstitusi Indonesia legitimasi terhadap kebebasan berkumpul dan berserikat dapat dilihat dalam Pasal 28E ayat (3) yang menyatakan bahwa "setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul dan mengeluarkan pendapat."¹⁵ Kemerdekaan berserikat itu sendiri merupakan salah satu bentuk ekspresi pendapat dan aspirasi (*freedom of expression*) atas ide-ide yang disalurkan secara bersama dengan orang-orang yang mempunyai paradigma yang sama. Dalam UUD 1945, hak atas kemerdekaan pikiran, pendapat, sikap, dan hati nurani itu dijamin dengan tegas oleh Pasal 28E ayat (2). Pasal ini menyatakan "*Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya.*"¹⁶

Dari penjelasan tersebut, kebebasan berserikat (*freedom of assembly and association*) dengan kebebasan berekspresi (*freedom of expression*) saling berhubungan satu dengan yang lain atau *interdependent*. Prinsip kebebasan berekspresi secara otomatis akan lumpuh, jika tidak ada jaminan terhadap hak untuk berkumpul dan berserikat. Di sisi lain, kemerdekaan berkumpul dan berserikat juga tidak ada artinya, apabila kebebasan berpikir dan kebebasan berpendapat tidak dijamin sebagaimana mestinya. Karena esensi dari berserikat dan berorganisasi adalah mengeluarkan ide-ide, pendapat, dan pemikiran yang visioner untuk memajukan organisasi tersebut. Dibredehnya salah satu hak tersebut dapat diibaratkan seperti sebuah badan yang kaku yang ditinggalkan oleh ruh.

Kebebasan dalam berserikat dan berkumpul bukan termasuk *non-derogable right*, melainkan *derogable right* (hak yang dapat dikurangi). Meskipun merupakan hak yang pemenuhannya dapat dikurangi, pengurangan tersebut hanya dapat dilakukan apabila penggunaan hak tersebut menimbulkan kerugian dan melanggar hak asasi orang lain.¹⁷ Dalam konteks Indonesia yaitu pengurangan hak dalam

¹³ United Nations, <http://www.un.org/en/documents/udhr/>, diunduh 27 Juli 2017.

¹⁴ Lihat Pasal 22 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005 tentang *Pengesahan International Convenan on Civil and Political Rights*

¹⁵ Lihat Pasal 28E ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945

¹⁶ *Ibid.*, Pasal 28E ayat (2).

¹⁷ Muhamad Alim, *Demokrasi dan Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Madinah dan UUD 1945*, Yogyakarta: UII Press, 2001, h. 19.

berserikat dan berkumpul, apabila perserikatan tersebut mengancam NKRI, menimbulkan konflik ditengah masyarakat, mempropogandakan kebencian dan sara antar sesama warga Negara Indonesia sebagaimana yang diatur dalam Pasal 28J (1) *“Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara”*. Ayat 2 *“Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.”*¹⁸

Namun penulis berpendapat bahwa, meskipun Organisasi Masyarakat dapat dibubarkan, akan tetapi prosedur pembubarannya harus dilakukan secara demokratis. Pemerintah tidak boleh memonopoli kewenangan dalam membubarkan sebuah ormas dengan menegasikan peran lembaga negara lain, sehingga Pemerintah akan cenderung bersikap otoriter. Konsekuensi dari Pemerintah yang otoriter, maka hukum yang dilahirkan akan bersifat represif yang mengutamakan kepentingan penguasa dari pada rakyat.¹⁹

Adapun Mekanisme Pembubaran dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia diantaranya yaitu:

1. Pembubaran Ormas Berdasarkan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1985 tentang Ormas

Dalam UU Nomor 8 Tahun 1985 kriteria sebuah organisasi dapat dibekukan, diatur dalam Pasal 13, Pasal 14, dan Pasal 15. Dalam Pasal 13 UU Nomor 8 Tahun 1985 disebutkan bahwa suatu ormas dapat dibekukan kepengurusannya, apabila ormas ini:²⁰

- 1) Melakukan kegiatan yang mengganggu keamanan dan ketertiban umum;
- 2) Menerima bantuan dari pihak asing tanpa persetujuan Pemerintah;
- 3) Memberi bantuan kepada pihak asing yang merugikan kepentingan Bangsa dan Negara.

Pengertian mengganggu ketertiban umum dijelaskan lebih lanjut dalam Pasal 19 PP Nomor 18 Tahun 1986, yaitu:²¹

¹⁸ Indonesia, *Undang-Undang Dasar 1945*, Pasal. 28J.

¹⁹ Moh. Mahfud MD., *Politik Hukum di Indonesia*, Jakarta: LP3ES, 1998, h. 26.

²⁰ Lihat Pasal 13 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1986 tentang Organisasi Masyarakat.

²¹ Lihat Pasal 18 Peraturan Pemerintah Nomor 18 Tahun 1986 tentang Peraturan Pelaksana UU Nomor 8 Tahun 1985 Organisasi Masyarakat

- 1) Menyebarluaskan permusuhan antarsuku, agama, ras, dan antargolongan;
- 2) Memecah belah persatuan dan kesatuan bangsa;
- 3) Menghambat pelaksanaan program pembangunan;
- 4) Kegiatan lain yang dapat mengganggu stabilitas politik dan keamanan.

Dalam melakukan pembekuan organisasi, pemerintah tidak dapat dengan serta merta melakukan pembekuan dengan begitu saja, tetapi harus melalui mekanisme dan tahapan-tahapan secara administratif. Ketentuan ini, sesuai dengan kaidah-kaidah hukum administrasi negara yang menganut bahwa pemberian sanksi dilakukan secara bertahap, yaitu teguran, sanksi administratif, dan seterusnya.²² Adapun tahapan-tahapan pembekuan organisasi harus melalui tahapan-tahapan sebagai berikut:²³

- 1) Melakukan teguran tertulis selama 2 kali, dengan tenggang waktu antara teguran pertama dengan kedua selama 10 hari;
- 2) Apabila, setelah mencapai waktu 1 bulan melalui teguran, pengurus organisasi belum melakukan respons, maka Pemerintah/Pemda wajib memanggil pengurus tersebut untuk dimintai keterangan;
- 3) Apabila melalui surat panggilan, pengurus organisasi belum juga memenuhi panggilan untuk dimintai keterangan, maka Pemerintah/Pemerintah daerah berhak untuk melakukan pembekuan;
- 4) Sebelum melakukan pembekuan, sesuai tingkatan pemerintahan, maka Pemerintah/Pemda wajib meminta pertimbangan Mahkamah Agung untuk organisasi yang bersifat nasional. Sedangkan organisasi yang bersifat daerah melalui pertimbangan Kementerian Dalam Negeri.

Pada masa Orde Baru ada keharusan dan kewajiban bagi setiap organisasi dengan menggunakan Pancasila, sebagai asas tunggal, apabila ada organisasi yang tidak menggunakan Pancasila sebagai asas dalam organisasi tersebut, maka organisasi tersebut dapat dibubarkan oleh Pemerintah Zaman Orde Baru. Paling tidak ada lima hal pokok yang bisa membuat suatu ormas dibubarkan secara sepihak oleh Pemerintah. *Pertama*, bila ormas tidak mencantumkan Pancasila sebagai satu-satunya asas dalam anggaran dasarnya. *Kedua*, bila dianggap mengganggu ketertiban umum. *Ketiga*, bila menerima bantuan kepada pihak asing yang merugikan bangsa. *Keempat*, menerima bantuan asing tanpa persetujuan pemerintah. *Kelima*, mengembangkan dan

²² Philipus M Hadjon, *Pengantar Hukum Administrasi Negara*, Jakarta: Rajawali Press, 2009, h. 71.

²³ Lihat Pasal 23 Peraturan Pemerintah Nomor 18 Tahun 1986 tentang Peraturan Pelaksana UU Nomor 8 Tahun 1985 Organisasi Masyarakat

menyebarkan paham Komunisme, Marxisme-Leninisme, serta ideologi lain yang bertentangan dengan Pancasila.

Kelima hal tersebut berujung dengan pembubaran tanpa adanya proses peradilan. Pembubaran seperti ini membuka kran terhadap kesewenangan pemerintah, yang mengancam kebebasan berserikat dan berkumpul.

2. Pembubaran Ormas Berdasarkan Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2013 tentang Ormas

Konstitusi memberikan jaminan kepada setiap individu atau sekelompok orang untuk bersepakat mengikat diri pada sebuah organisasi untuk mencapai apa yang menjadi kepentingannya. Era reformasi yang telah berlangsung sejak tahun 1997, telah membuka peluang bagi hubungan masyarakat sipil dan negara yang mengalami transformasi yang demikian cepat.²⁴ Hal ini ditunjukkan dari gejala semakin kuatnya peran masyarakat sipil dalam mengorganisir dirinya untuk memperjuangkan kepentingannya ketika berhadapan dengan negara ataupun pada saat mengisi layanan publik. Euforia tersebut merupakan puncak manifestasi dari kemerdekaan hati nurani dan kemerdekaan berpikir yang telah diperjuangkan pada masa reformasi.²⁵

Pasca Reformasi, dinamika perkembangan Ormas dan perubahan sistem pemerintahan membawa paradigma baru dalam tata kelola organisasi kemasyarakatan dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara. Pertumbuhan jumlah Ormas, sebaran dan jenis kegiatan Ormas dalam kehidupan demokrasi semakin menuntun peran fungsi dan tanggung jawab Ormas untuk berpartisipasi dalam upaya mewujudkan cita-cita nasional bangsa Indonesia, serta menjaga dan memelihara keutuhan dan kedaulatan Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Dinamika Ormas dengan segala kompleksitasnya menuntut pengelolaan dan pengaturan hukum yang lebih komprehensif, mengingat UU Nomor 8 Tahun 1985 tentang Ormas sudah tidak sesuai dengan kebutuhan dan dinamika kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara. Hal inilah yang melatarbelakangi lahirnya UU Nomor 17 Tahun 2013 sebagai pengganti UU Nomor 8 Tahun 1985 yang sudah berlaku selama kurang lebih 18 tahun.

²⁴ Kajian RUU Perubahan Atas UU Nomor 8 Tahun 1985 tentang Organisasi Kemasyarakatan, Jakarta: Bagian PUU Bidang Politik, Hukum, dan HAM Sekretariat Jenderal DPR-RI, 2010, h. 5.

²⁵ Jimly Asshiddiqie, *Kemerdekaan Berserikat, Pembubaran Partai Politik, dan Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Konstitusi Press, 2006, h. 7-8.

Di dalam UU Nomor 17 Tahun 2013 selain memuat tentang ketentuan umum mengenai Ormas juga memuat mengenai larangan dan sanksi bagi Ormas. Larangan terhadap Ormas diatur dalam Pasal 59 UU Ormas menjelaskan sebuah ormas dilarang untuk melakukan tindakan permusuhan terhadap suku, agama, ras, dan golongan. Ormas juga tidak boleh melakukan tindakan kekerasan yang mengganggu ketentraman dan ketertiban umum, termasuk perbuatan merusak. Melakukan tindakan separatis yang mengancam kedaulatan NKRI, dan kegiatan yang menjadi tugas dan wewenang penegak hukum yang diatur berdasarkan undang-undang.²⁶ Selain larangan tersebut, Ormas juga dilarang untuk menerima sumbangan dari pihak manapun yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, mengumpulkan dana untuk partai politik, dan menganut, mengembangkan, serta menyebarkan ajaran yang bertentangan dengan Pancasila.²⁷

Ada beberapa hal yang menarik, apabila dilihat muatan dari UU Nomor 17 Tahun 2013 dibandingkan dengan UU Nomor 8 Tahun 1985. Selain jumlah pasal yang jauh berbeda yaitu UU Nomor 17 Tahun 2013 memuat sebanyak 87 pasal dibanding UU Nomor 8 Tahun 1985 yang hanya memuat 20 pasal. Perbedaan pengatur dalam kedua UU tersebut mengindikasikan bahwa pengaturan dalam UU Nomor 17 Tahun 2013 lebih lengkap dan komprehensif dibandingkan dengan UU sebelumnya termasuk pengaturan mengenai larangan terhadap Ormas.

Satu hal perbedaan yang terlihat jelas dalam kedua UU tersebut adalah apabila dalam Pasal 13 UU Nomor 8 Tahun 1985 ormas dilarang menerima bantuan dari pihak asing tanpa persetujuan Pemerintah, maka dalam Pasal 56 ayat (3) UU Nomor 17 Tahun 2013 ormas dilarang menerima bantuan dari siapapun apabila bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Aturan dalam UU Nomor 17 Tahun 2013 lebih mempresentasikan kedaulatan hukum, dibandingkan dengan UU Nomor 8 Tahun 1985 yang berdasarkan persetujuan pemerintah yang lebih condong kepada pendekatan dan kepentingan politik. Karenanya penulis UU Nomor 17 Tahun 2013 lebih dekat kepada tujuan negara yang menurut Aristoteles adalah untuk mencapai kehidupan paling baik (*the best life possible*) yang dapat dicapai dengan supremasi hukum.²⁸

²⁶ Lihat Pasal 56 Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2013 tentang Organisasi Masyarakat.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ George H. Sabine, *A History of Political Theory*, Third Edition New York: Holt, Rinehart and Winston, 1961, h. 35.

Sanksi bagi Ormas dalam UU Nomor 17 Tahun 2013 diatur dalam Pasal 60 sampai Pasal 82, diantaranya adalah pembubaran. Pemerintah daerah dalam undang-undang ini bisa menghentikan kegiatan ormas. Undang-Undang ini menyebutkan dapat membubarkan suatu ormas berbadan hukum melalui beberapa tahapan, yaitu pemberian sanksi administratif yang terdiri atas peringatan tertulis, penghentian bantuan, penghentian sementara kegiatan, dan pencabutan surat keterangan terdaftar atau pencabutan status badan hukum.²⁹ Peringatan tertulis dilakukan sebanyak tiga kali. Dalam Pasal 64 disebutkan jika surat peringatan ketiga tidak digubris, pemerintah bisa menghentikan bantuan dana dan melarang sementara kegiatan mereka selama enam bulan. Dengan catatan, jika ormas tersebut berskala nasional, harus ada pertimbangan Mahkamah Agung. Namun, jika sampai 14 hari tidak ada balasan dari Mahkamah, pemerintah punya wewenang menghentikan sementara kegiatan mereka.³⁰ Dalam Pasal 68, jika ormas masih berkegiatan padahal sudah dihentikan sementara, pemerintah bisa mencabut status badan hukum mereka, asal mendapat persetujuan dari pengadilan.³¹

Sanksi dan Pembubaran Ormas UU Nomor 17 Tahun 2013 menganut sistem sanksi berjenjang. Adapun kewenangan membubarkan Ormas berdasarkan keputusan Pengadilan. Pemerintah tidak dapat membubarkan sebuah Ormas tanpa adanya putusan Pengadilan. Penulis berpendapat mekanisme ini sebagai instrumen penting yang berperan dalam demokrasi sebagai wujud dari kebebasan berserikat. Pembekuan dan pembubaran memang seharusnya perlu diputuskan melalui mekanisme *due process of law* oleh pengadilan yang merdeka. Proses ini menjadi sangat penting, artinya, jangan sampai wewenang dan pembubaran ormas dilakukan karena akan menimbulkan kesewenangan sebagaimana yang terjadi dalam Orde Baru.

Kewenangan pembekuan dan pembubaran yang hanya diberikan kepada eksekutif memberi peran yang besar dan sentralistik, sebab pemerintah dapat membekukan dan membubarkan suatu organisasi yang merupakan manifestasi dari hak asasi manusia untuk berserikat, berkumpul, dan berorganisasi tanpa ada forum peradilan yang menyatakan bahwa Ormas tersebut memang bersalah. Menurut Moh. Mahfud MD hukum haruslah responsif dan tidak sentralistik hanya dikuasai oleh eksekutif semata. Produk hukum yang bersifat

²⁹ Lihat Pasal 61 Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2013 tentang Organisasi Kemasyarakatan.

³⁰ *Ibid.*, Pasal 64.

³¹ *Ibid.*, Pasal 68.

sentralistik dan lebih didominasi oleh eksekutif akan menghasilkan hukum yang berkarakter *ortodoks*.³²

3. Pembubaran Ormas Berdasarkan Perppu Nomor 2 Tahun 2017 tentang Ormas

Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perppu) Nomor: 2 Tahun 2017 tentang Perubahan Atas Undang-Undang (UU) Nomor 17 Tahun 2013 tentang Organisasi Kemasyarakatan (Perppu Pembubaran Ormas), diteken Presiden Joko Widodo pada 10 Juli 2017. Dalam pertimbangan UU tersebut dinyatakan bahwa ada kekosongan hukum karena Undang-Undang (UU) berumur 4 tahun tersebut belum mengatur secara komprehensif mengenai keormasan yang bertentangan dengan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.³³ Dalam Perppu Nomor 2 Tahun 2017, terdapat 5 pasal dalam UU Ormas sebelumnya yang diubah dan terdapat 18 pasal yang dihapus. 5 pasal dalam UU Nomor 17 Tahun 2013 tentang Ormas yang diubah oleh Perppu ini yaitu Pasal 1, 59, 60, 61, dan 62.

Pasal 1 Perppu ini antara mengubah pengertian ormas menjadi lebih tegas dari sebelumnya. Menurut Perppu ini, ormas memiliki pengertian:

*Organisasi Kemasyarakatan yang selanjutnya disebut Ormas adalah organisasi yang didirikan dan dibentuk oleh masyarakat secara sukarela berdasarkan kesamaan aspirasi, kehendak, kebutuhan, kepentingan, kegiatan, dan tujuan untuk berpartisipasi dalam pembangunan demi tercapainya tujuan Negara Kesatuan Republik Indonesia yang berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.*³⁴

Definisi dari ormas dalam Perppu menjadi lebih tegas jika sebelumnya pada Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2013 berbunyi Ormas adalah organisasi yang didirikan dan dibentuk oleh masyarakat secara sukarela berdasarkan kesamaan aspirasi, kehendak, kebutuhan, kepentingan, kegiatan, dan tujuan untuk berpartisipasi dalam pembangunan demi tercapainya tujuan Negara Kesatuan Republik Indonesia yang berdasarkan Pancasila. Kini dipertegas dengan “*dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.*” Artinya Ormas harus patuh pada UUD 1945. Tidak boleh undang-undang lain atau piagam Jakarta.

³² Moh. Mahfud MD., *Politik Hukum di Indonesia*, h. 26.

³³ Soedarmadi, *Perppu Ormas Lurus Kenapa Harus Takut*, <https://seword.com/politik/inilah-isi-perppu-ormas-nomor-2-tahun-2017-isinya-luar-biasa-fpi-dan-sejenisnya-apa-kabar-nanti/>, diunduh 2 Agustus 2017.

³⁴ Lihat Pasal 1 Perppu Nomor 2 Tahun 2017 tentang Organisasi Kemasyarakatan.

Dalam Perppu ini ditegaskan, bahwa Ormas dilarang melakukan tindakan permusuhan terhadap suku, agama, ras atau golongan; melakukan penyalahgunaan, penistaan, atau penodaan terhadap agama yang dianut di Indonesia; melakukan tindakan kekerasan, mengganggu ketentraman dan ketertiban umum, atau merusak fasilitas umum dan fasilitas sosial; dan melakukan kegiatan yang menjadi tugas dan wewenang penegak hukum sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Ormas juga dilarang melakukan kegiatan separatis yang mengancam kedaulatan NKRI, dan/atau menganut, mengembangkan, serta menyebarkan ajaran atau paham yang bertentangan dengan Pancasila.

Mengenai mekanisme pembubaran Ormas. Perppu Ormas ini memuat dua macam sanksi yaitu sanksi administratif dan pidana. Sanksi administratif sebagaimana dimaksud, menurut Perppu ini, terdiri atas: a. Peringatan tertulis; b. Penghentian kegiatan; dan/atau c. Pencabutan surat keterangan terdaftar atau pencabutan status badan hukum.

Dalam Pasal 62 disebutkan peringatan tertulis, dalam Perppu ini dijelaskan, diberikan hanya 1 (satu) kali dalam jangka waktu 7 (tujuh) hari kerja sejak tanggal diterbitkan peringatan. Dalam hal Ormas tidak mematuhi peringatan tertulis dalam jangka waktu sebagaimana dimaksud, Menteri dan menteri yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang hukum dan hak asasi manusia sesuai dengan kewenangannya menjatuhkan sanksi penghentian kegiatan.³⁵ Pengaturan Perppu tersebut lebih menyederhanakan urutan sanksi dan mempersingkat jangka waktu sanksi dibandingkan dengan UU Nomor 17 Tahun 2013.

Apabila Ormas tidak mematuhi sanksi penghentian kegiatan sebagaimana dimaksud, maka menurut Pasal 62 ayat (2) Perppu ini Menteri dan menteri yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang hukum dan hak asasi manusia sesuai dengan kewenangannya melakukan pencabutan surat keterangan terdaftar atau pencabutan status badan hukum. Pencabutan status badan hukum Ormas sebagaimana dimaksud, menurut Pasal 80A, sekaligus dinyatakan bubar berdasarkan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang ini.³⁶

³⁵ *Ibid.*, Pasal 62.

³⁶ *Ibid.*, Pasal 80A.

Ketentuan pidana dalam Perppu terdapat dalam Pasal 82A bahwa setiap orang yang menjadi anggota dan/atau pengurus Ormas yang dengan sengaja dan secara langsung atau tidak langsung melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud Pasal 59 ayat (3) huruf c dan huruf d, dipidana dengan penjara pidana paling singkat 6 (enam) bulan dan paling lama 1 (satu) tahun. Pelanggaran dalam pasal 59 ayat (3) huruf c dan d adalah: melakukan tindakan kekerasan, mengganggu ketenteraman dan ketertiban umum, atau merusak fasilitas umum dan fasilitas sosial; dan melakukan kegiatan yang menjadi tugas dan wewenang penegak hukum sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.³⁷

Selain itu, setiap orang yang menjadi anggota dan/atau pengurus Ormas yang dengan sengaja dan secara langsung atau tidak langsung melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud melanggar Pasal 59 ayat (3) huruf a, dan huruf b, dan ayat (4), dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 5 (lima) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun. Pelanggaran Pasal 59 ayat (3) huruf a, dan huruf b adalah: melakukan tindakan permusuhan terhadap suku, agama, ras atau golongan; melakukan penyalahgunaan, penistaan, atau penodaan terhadap agama yang dianut di Indonesia.³⁸

Ada beberapa substansi dalam Perppu tersebut yang melahirkan kontroversial di tengah masyarakat mengenai sanksi pidana dan pembubaran ormas. Pasal 62 ayat (3) yang memberikan kewenangan penuh kepada Eksekutif untuk melakukan pencabutan badan hukum Ormas, yang di dalam Pasal 80A ditegaskan sebagai pembubaran ormas. Ketentuan tersebut sangat subyektif, sangat pasal karet, dan memberi kewenangan mutlak kepada pemerintah memberikan tafsir, vonis hukum, serta mencabut dan membubarkan tanpa ada mekanisme peradilan.

Wewenang pembubaran Ormas yang tersentralistik dalam kekuasaan eksekutif akan melahirkan negara kekuasaan bukan negara hukum. Padahal dalam konsep Negara hukum, penyelenggaraan kekuasaan pemerintahan tidak bersifat sentralistik. Negara hukum (*rechtsstaat*) sendiri cirinya adalah adanya pembatasan kekuasaan Negara (*eksekutif*).³⁹

³⁷ *Ibid.*, Pasal 59 Ayat (3).

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jakarta: PT. Rajagrafindo Persada, 2010, h. 281.

Meskipun ada yang berpendapat Perppu Ormas tidak menutup mekanisme kontrol melalui lembaga peradilan yaitu dengan menggugat KTUN tersebut melalui Pengadilan Tata Usaha Negara.⁴⁰ Namun mekanisme tersebut tidak mencegah pemerintah untuk membubarkan Ormas secara sepihak sampai ada pengajuan gugatan ke Peradilan Tata Usahan Negara dan putusan hakim tersebut telah berkekuatan hukum tetap. Karenanya sebelum adanya putusan hakim yang berkekuatan hukum tetap maka Surat Keputusan Pemerintah tentang pembubaran Ormas tersebut yang berlaku.

B. Konstitusionalitas Perppu Nomor 2 Tahun 2017 tentang Ormas ditinjau dari UUD 1945 dan Teori Negara Hukum

Pembentukan Perppu sepenuhnya ciptaan UUD 1945 yaitu sebagaimana yang ditentukan dalam Pasal 22 ayat (1) UUD 1945 yang berbunyi, “dalam hal ikhwal kegentingan memaksa, Presiden berhak menetapkan Perppu”.⁴¹ Konstitusional penetapan Perppu dalam keadaan darurat atau dalam hal ikhwal kegentingan yang memaksa mengandung pengertian pembatasan kekuasaan *a quo* bahwa penetapan Perppu oleh Presiden tidak boleh bersifat sewenang-wenang, harus ada hal ikhwal kegentingan yang memaksa itu. Istilah hal ikhwal kegentingan yang memaksa adalah suatu keadaan yang sukar, penting dan terkadang krusial sifatnya, yang tidak dapat diduga, diperkirakan atau diprediksi sebelumnya, serta harus ditanggulangi segera dengan pembentukan peraturan perundang-undangan yang setingkat dengan undang-undang, tanpa persetujuan DPR.⁴² Apabila dilihat dari teori-teori yang berkaitan dengan Hukum Tata Negara Darurat, disebutkan bahwa kegentingan yang memaksa sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 UUD 1945 lebih menekankan pada aspek kebutuhan hukum yang bersifat mendesak atau urgensi yang terkait dengan waktu yang terbatas.⁴³

Melengkapi atas pemahaman terbitnya Perppu yang dalam syarat materiilnya menyebutkan kegentingan yang memaksa, Mahkamah Konstitusi sebagai penafsir Konstitusi⁴⁴ melalui Putusan Nomor 138/PUU-VII/2009, menafsirkan frasa kegentingan yang memaksa dalam Pasal 22 UUD 1945 dengan tiga syarat sebagai berikut:⁴⁵

⁴⁰ Victor Imanuel W. Nalle, “Asas *Contrario Actus* pada Perppu Ormas: Kritik dalam Perspektif Hukum Administrasi Negara dan Hak Asasi Manusia”, *Padjadjaran Jurnal Ilmu Hukum*, Vol. 4, Nomor 2, April 2017, h. 258.

⁴¹ Indonesia, *Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, Ps. 22 ayat (1).

⁴² Maria Farida Indrati Soepranto, *Ilmu Perundang-undangan: Dasar-Dasar dan Pembentukannya*, Yogyakarta: Penerbit Kanisius, 1998, h. 80.

⁴³ Jimly Asshiddiqie, *Menuju Negara Hukum yang Demokratis*, Jakarta: PT Bhuna Ilmu Populer, 2009, h. 12.

⁴⁴ Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca reformasi*, Jakarta: Sinar Grafika, 2012, h. 154-155.

⁴⁵ Lihat Pertimbangan Hukum Majelis Hakim dalam Putusan Mahkamah Konstitusi No. 138/PUU-VII/2009 tentang Pengujian Perppu Nomor 4 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (KPK).

1. Adanya keadaan yaitu kebutuhan mendesak untuk menyelesaikan masalah hukum secara cepat berdasarkan undang-undang;
2. Undang-undang yang dibutuhkan tersebut belum ada sehingga terjadi kekosongan hukum, atau ada undang-undang tetapi tidak memadai;
3. Kekosongan hukum tersebut tidak dapat diatasi dengan cara membuat undang-undang secara prosedur biasa karena akan memerlukan waktu yang cukup lama sedangkan keadaan-keadaan yang mendesak tersebut perlu kepastian untuk diselesaikan.

Contoh Perppu yang dilatarbelakangi oleh unsur kegentingan yang memaksa adalah Perppu Nomor 4 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas UU Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi yaitu terjadinya kekosongan pimpinan Pemberantasan Korupsi hingga pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi kurang dari tiga orang yang dapat menyebabkan tidak dapat berfungsi dan atau jalannya lembaga tersebut, sehingga Presiden mengangkat anggota sementara sesuai dengan jumlah jabatan yang kosong.

Lalu bagaimana dengan Perppu Nomor 2 Tahun 2017 tentang Ormas? Penulis berpendapat secara prosedural Perppu tersebut tidak ada masalah. Terbitnya Perppu tersebut sudah sesuai syarat penerbitan Perppu berdasarkan penafsiran MK terhadap "*frasa kegentingan memaksa*". Dalam Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2013 tentang Ormas, Pembubaran sebuah Ormas dapat menghabiskan waktu sampai bertahun-tahun dari tahapan teguran tertulis sampai dengan pembubaran berdasarkan putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap. Tentunya mekanisme tersebut sangat tidak efektif terutama dalam pembubaran sebuah Ormas yang dapat mengancam kedaulatan Negara Kesatuan Republik Indonesia. Seperti Ormas-ormas yang telah melakukan tindakan permusuhan seperti ucapan, pernyataan sikap, aspirasi yang menimbulkan kebencian baik terhadap kelompok maupun terhadap mereka yang termasuk ke dalam penyelenggara negara.

Namun secara substansi ada beberapa Pasal dalam Perppu Nomor 2 Tahun 2017 yang apabila ditinjau dari UUD 1945 adalah inkonstitusional. Pasal 61 dan Pasal 62 Perppu Nomor 2 Tahun 2017 memungkinkan pemerintah secara sepihak mencabut status badan hukum ormas tanpa didahului oleh pemeriksaan di Pengadilan. Peniadaan *due process of law* dalam pembubaran Ormas tentunya akan mengarahkan pemerintah kepada pemerintahan yang diktator. Hal ini bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 bahwa Negara Indonesia adalah

Negara Hukum. Salah satu ciri Negara hukum adalah adanya ciri pembatasan kekuasaan dalam penyelenggaraan kekuasaan Negara.⁴⁶ Sebagaimana disebutkan oleh Julius Stahl, sebuah Negara dapat disebut dengan Negara hukum harus mencakup empat elemen penting, Perlindungan Hak Asasi Manusia, Pembagian Kekuasaan, Pemerintahan berdasarkan undang-undang, Peradilan Tata Usaha Negara. Adapun A. V. Dicey juga menyebutkan tiga ciri penting "*The Rule of Law*" yaitu *Supremacy of Law, Equality before the Law, Due Process of Law*.⁴⁷

Keberadaan jaminan atas perlindungan Hak Asasi Manusia termasuk Hak untuk berserikat menjadi unsur penting dalam hukum yang demokratis dan berdasarkan konstitusi. Meskipun demikian pencantuman jaminan HAM di konstitusi tidaklah cukup, melainkan harus diikuti pula oleh aturan perundang-undangan yang pro terhadap perlindungan HAM.⁴⁸ Ketentuan Pembubaran Ormas yang dimuat dalam Pasal 61 Perppu Nomor 2 Tahun 2017 merupakan sebuah langkah kemunduran karena dalam pembubaran Ormas, Perppu tersebut menghilangkan *due process of law*, dan pembagian kekuasaan, dimana eksekutif memonopoli semua mekanisme dalam pembubaran sebuah Ormas. Pengaturan tersebut tentu saja bertentangan dengan konsep Negara hukum yang disebutkan oleh Stahl dan Dicey.

Pembatasan kekuasaan dalam penyelenggaraan kekuasaan negara mutlak diperlukan, karena apabila fungsi kekuasaan negara terpusat dan terkonsentrasi di tangan satu orang akan menimbulkan kesewenang-wenangan dan berkecenderungan menindas hak-hak rakyat. Lord Acton, seorang ahli sejarah inggris, sebagaimana yang dikutip Miriam Budiardjo menyebutkan "Manusia yang mempunyai kekuasaan cenderung untuk menyalahgunakan kekuasaan itu, tetapi manusia yang mempunyai kekuasaan absolut akan menyalahgunakan kekuasaannya secara absolut. (*power tends to corrupt, but absolute power corrupt absolutely*)."⁴⁹

Ormas sebagai instrumen penting yang berperan dalam demokrasi dan sebagai wujud dari kebebasan berserikat, pembekuan dan pembubarannya harus tetap diputuskan melalui mekanisme *due process of law* oleh pengadilan yang independen. Proses hukum ini menjadi sangat penting artinya, karena pembubaran yang dapat dilakukan oleh eksekutif secara sendiri akan menimbulkan

⁴⁶ Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jakarta: PT. Rajagrafindo Persada, 2010, h. 282.

⁴⁷ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Konstitusi Press, 2004, h. 122.

⁴⁸ Jefry PORKANANTA Tarigan, "Akomodasi Politik Hukum di Indonesia terhadap Hak Asasi Manusia Berdasarkan Generasi Pemikirannya", *Jurnal Konstitusi* Vol. 14 No. 1 Maret 2017., h. 169.

⁴⁹ Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2008, h. 107.

kesewenang-wenangan sebagaimana yang terjadi dalam pemerintahan Orde Baru maupun Orde Lama. Pemerintah juga dikhawatirkan akan dapat membekukan dan membubarkan Ormas tanpa disertai bukti, saksi, dan suatu keputusan yang adil dan berimbang. Hal ini tentunya bertentangan dengan Pasal 28E ayat (3) yang menyebutkan setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat. Karenanya substansi dari Perppu Ormas lebih bersifat sentralistik dan didominasi oleh lembaga eksekutif yang merupakan proses pembuatan hukum yang berkarakter *represif* dan *ortodoks*.⁵⁰

Adanya mekanisme kontrol melalui gugatan ke Pengadilan Tata Usaha Negara tidak mencegah pemerintah untuk membubarkan Ormas secara sepihak sampai ada pengajuan gugatan ke Peradilan Tata Usaha Negara dan putusan hakim tersebut telah berkekuatan hukum tetap. Karenanya sebelum adanya putusan hakim yang berkekuatan hukum tetap maka Surat Keputusan Pemerintah tentang pembubaran Ormas tersebut yang berlaku.

Konsekuensi hukumnya adalah semua kegiatan dan atribut Ormas tersebut dilarang sampai adanya putusan Pengadilan yang berkekuatan hukum tetap yang diperkirakan proses tersebut akan memakan waktu lama karena pihak yang kalah akan menggunakan instrumen banding, sampai dengan kasasi. Penulis memperkirakan proses adjudikasi tersebut dapat memakan waktu selama 1-2 tahun. Inilah yang akan menimbulkan kerugian konstitusional bagi warga negara Indonesia yang berkumpul dalam Ormas tersebut karena tidak dapat menggunakan haknya sampai waktu tersebut.

Hal ini juga diperkuat dalam konsiderasi putusan MK 6-13-20/PUU-VIII/2010 yang menegaskan bahwa tindakan perampasan atau pembatasan terhadap kebebasan sipil dalam bentuk pelarangan, yang dilakukan secara absolut oleh pemerintah, tanpa melalui proses peradilan, adalah tindakan negara kekuasaan, bukan negara hukum seperti Indonesia sebagaimana yang ditegaskan dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 bahwa negara Indonesia adalah negara hukum. Dikatakan MK pula, tindakan pelarangan atau pembatasan terhadap suatu kebebasan sipil, "... terutama tanpa melalui proses peradilan, merupakan suatu eksekusi tanpa peradilan (*extra judicial execution*) yang sangat ditentang dalam suatu negara hukum yang menghendaki *due process of law*. *Due process of law* seperti dipertimbangkan di atas, adalah penegakan hukum melalui suatu sistem peradilan".⁵¹

⁵⁰ Moh. Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, Jakarta: LP3ES, 1998, h. 26.

⁵¹ Putusan Mahkamah Konstitusi 6-13-20/PUU-VIII/2010 tentang Pengujian Undang-undang Nomor 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan Republik Indonesia dan Undang-Undang Nomor 4/PNPS/1963 tentang Pengamanan terhadap Barang-barang Cetak yang Mengganggu Ketertiban Umum., h. 7.

Merujuk pada konsiderasi hukum Putusan Mahkamah Konstitusi No. 6-13-20/PUU-VIII/2010 di atas dapat diambil intisari bahwa tindakan pembubaran atau pelarangan terhadap suatu kebebasan sipil, yang dilakukan tanpa proses pengadilan dapat dikategorikan sebagai tindakan: (i) tindakan negara kekuasaan bukan negara hukum; (ii) tindakan eksekusi tanpa peradilan (*extra judicial execution*), bertentangan dengan prinsip negara hukum. Selain itu, adanya peluang gugatan melalui Pengadilan Tata Usaha Negara, mekanisme ini hanya akan menguji prosedur teknis semata, bahwa pejabat tata usaha negara telah bertindak berdasarkan apa yang diamanatkan oleh peraturan perundang-undangan. Sehingga keliru jika asas *contrarius actus* diimplementasikan dalam konteks pengujian terhadap tindakan pembatasan kebebasan sipil.

Asas *contrarius actus* sendiri adalah dimana lembaga yang mengeluarkan izin atau memberikan pengesahan mempunyai wewenang untuk mencabut atau membatalkannya.⁵² Dalam hal Ormas kewenangan Pemerintah diwakili oleh Kementerian Hukum dan HAM yang dapat membubarkan Ormas secara sepihak tanpa proses peradilan. Penulis berpendapat bahwa asas *contrarius actus* tidak dapat diterapkan dalam pembubaran ormas karena pendaftaran ormas dalam bentuk pengesahan bukan izin.

Sebagaimana pandangan Ahli tata negara, Mustafa Fakhri, bahwa penerapan asas *contrarius actus* pada Ormas menunjukkan pemerintah tidak paham mengenai diferensiasi antara izin dan pengesahan. Dalam penerbitan izin, pemberi izin memang dapat serta merta mencabut izin dengan syarat tertentu. Namun khusus untuk pengesahan, Fakhri menjelaskan bahwa instansi yang mengeluarkan pengesahan tidak dapat begitu saja mencabutnya, kecuali ada syarat formal yang dapat membatalkan pengesahan tersebut. Logika yang digunakan pemerintah menggunakan asas *contrarius actus* tersebut juga sangat berpotensi digunakan untuk jenis badan hukum lainnya yang membutuhkan pengesahan dari pemerintah, seperti yayasan dan partai politik.⁵³

Karenanya untuk mencegah eksekusi dari pemerintah maka kewenangan untuk memeriksa, meneliti, mengadili, dan memutuskan pemberian sanksi untuk dibekukan atau dibubarkannya sebuah Ormas harus berada pada lembaga yudikatif bukan lembaga eksekutif. Seharusnya Perppu Nomor 2 Tahun 2017 tetap memuat

⁵² Bambang Arwanto, "Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Akibat Tindakan Faktual Pemerintah", *Jurnal Yuridika* Vol. 31 No. 3 September 2016., h. 367.

⁵³ BEM KEMA UNPAD "Perppu Ormas: Pemerkosaan terhadap Hukum", <https://www.selasar.com/jurnal/36674/Perppu-Ormas-Pemerkosaan-terhadap-Hukum>, diunduh 15 Mei 2018.

mekanisme pembubaran Ormas oleh Lembaga Peradilan dalam hal ini Lembaga Peradilan di bawah Mahkamah Agung.

Untuk mengatasi masalah inefisiensi karena lamanya waktu yang dibutuhkan dalam pembubaran sebuah Ormas. Pemerintah dapat mempersingkat tahapan pembubaran Ormas seperti memberikan batasan waktu kepada Lembaga Peradilan dalam memeriksa, mengadili, dan memutus perkara pembubaran Ormas. Apabila dalam UU Nomor 17 Tahun 2013 disebutkan bahwa pengadilan diberi waktu 60 hari untuk memberikan putusan, dalam sebuah Perppu dapat dipersingkat menjadi 30 hari. Begitu juga apabila pihak Ormas tidak puas terhadap Putusan pengadilan *judex facti* dan mengajukan kasasi, perlu juga ada batasan kepada Mahkamah Agung dalam memberikan putusan. Dalam UU Nomor 17 Tahun 2013 proses di MA tidak memiliki batasan, sehingga menyebabkan perkara pembubaran Ormas bisa berlarut-larut dan menghabiskan waktu bertahun-tahun. Karena itu, dalam sebuah Perppu perlu adanya batasan yang diberikan kepada Mahkamah Agung dalam memeriksa perkara seperti 45 hari sehingga ada kepastian dari perkara tersebut.

Cara tersebut adalah lebih arif dan memberikan solusi terhadap kekhawatiran pemerintah yang apabila pembubaran ormas melibatkan lembaga peradilan akan memakan waktu lama. Mekanisme tersebut juga merefleksikan sebuah Negara Hukum yang tetap menganut prinsip *due process of law*, tidak adanya monopoli kekuasaan dalam pembubaran Ormas karena tetap melibatkan kekuasaan yudikatif dalam pembubaran sebuah Ormas.

Alternatif kedua yaitu, wewenang pembubaran Ormas dapat diberikan kepada Mahkamah Konstitusi. UUD 1945 memberikan legitimasi terhadap hak untuk bebas berserikat dan berkumpul. Kebebasan berserikat yang merupakan salah satu Hak Asasi Manusia yang lahir dari kecenderungan manusia untuk berorganisasi dan mengorganisir diri guna memperjuangkan hak dan kepentingannya. Karena kebebasan berserikat merupakan hak konstitusional warga negara yang dijamin di dalam UUD 1945. Terhadap penyimpangan dari hak konstitusional warga negara tersebut, Mahkamah Konstitusi dapat memberikan keputusan terhadap penyimpangan tersebut, karena MK sebagai penafsir dan penjaga konstitusi (*the interpreter and the guardian of constitution*).⁵⁴

⁵⁴ Manunggal K. Wardaya, "Perubahan Konstitusi Putusan Mahkamah Konstitusi (Telaah Atas Putusan Nomor 138/PUU-VII/2009)", *Jurnal Konstitusi Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia* Volume 7, Nomor 2, April 2010, h. 9.

Tentunya alternatif kedua ini, juga dapat diterapkan dalam pembubaran Ormas. Proses peradilan di Mahkamah Konstitusi lebih singkat dibandingkan di lembaga peradilan di bawah Mahkamah Agung yang mempunyai upaya hukum dari tingkat pertama, banding, kasasi, dan peninjauan kembali. Sedangkan Mahkamah Konstitusi putusannya bersifat final dan mengikat, karenanya tidak akan ada lagi upaya hukum setelah putusan tersebut, dan para pihak harus taat dan patuh terhadap putusan tersebut. Hal ini tentunya dapat menyelesaikan masalah yang selama ini dikhawatirkan oleh Pemerintah yang proses beracara di peradilan dapat memakan waktu yang lama.

Pemberian kewenangan pembubaran Ormas kepada Mahkamah Konstitusi karena Mahkamah Konstitusi memang dibentuk untuk menjamin agar konstitusi sebagai hukum tertinggi dapat ditegakkan sebagaimana mestinya.⁵⁵ Tujuan diadakannya Mahkamah Konstitusi adalah untuk mengawal sekaligus menjamin agar norma-norma konstitusi tidak disimpangi dalam penyelenggaraan negara,⁵⁶ termasuk norma yang menjamin kebebasan berkumpul dan berserikat yang dimuat dalam Pasal 28E ayat (3).

KESIMPULAN

Hak kebebasan berserikat dan berkumpul merupakan salah satu derivasi dari hak-hak sipil dan politik, yakni hak-hak manusia yang klasik. Pengakuan terhadap hak kebebasan berkumpul dan berorganisasi terafirmasi dalam Pasal 20 Piagam PBB, yang dikenal dengan *Universal Declaration of Human Rights*. Artikel 20 (1) DUHAM menyebutkan “*everyone has the rights to freedom of peaceful assembly and association*” ayat (2) “*No one may be compelled to belong to an association.*” Dalam Konstitusi Indonesia legitimasi terhadap kebebasan berkumpul dan berserikat dapat dilihat dalam Pasal 28 E ayat (3) yang menyatakan bahwa “setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul dan mengeluarkan pendapat.

Pembubaran Ormas dalam peraturan perundang-undangan terdapat dalam UU Nomor 8 Tahun 1985, UU Nomor 18 Tahun 2013, dan yang terbaru Perppu Nomor 2 Tahun 2017. Dalam UU Nomor 8 Tahun 1985 Ormas dapat dibubarkan secara sepihak oleh Pemerintah. Adapun dalam UU Nomor 18 Tahun 2013 Ormas hanya dapat dibubarkan, apabila sudah ada Putusan Pengadilan yang telah berkekuatan

⁵⁵ Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Jakarta: Sinar Grafika, 2012, h. 130.

⁵⁶ Hamdan Zoelva, *Mengawal Konstitusionalisme*, Jakarta: Konstitusi Press, 2016, h. 94.

tetap tentang perkara tersebut. Dalam Perppu Nomor 2 Tahun 2017 Pemerintah juga diberi wewenang secara sepihak untuk membubarkan Ormas, Pasal 62 ayat (2) Perppu ini Menteri dan menteri yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang hukum dan hak asasi manusia sesuai dengan kewenangannya melakukan pencabutan surat keterangan terdaftar atau pencabutan status badan hukum. Pencabutan status badan hukum Ormas sebagaimana dimaksud, menurut Pasal 80A, sekaligus dinyatakan bubar berdasarkan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang ini.

Secara substansi Pasal 61 dan 62 dalam Perppu Nomor 2 Tahun 2017 yang mengatur mekanisme pembubaran Ormas, ditinjau dari UUD 1945 adalah inkonstitusional. Pasal tersebut memungkinkan pemerintah secara sepihak mencabut status badan hukum ormas tanpa didahului oleh pemeriksaan di Pengadilan. Peniadaan *due process of law* dalam pembubaran Ormas mengarahkan pemerintah kepada Pemerintahan yang diktator. Hal ini bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 bahwa Negara Indonesia adalah Negara Hukum. Dimana salah satu ciri Negara hukum adalah adanya ciri pembatasan kekuasaan dalam penyelenggaraan kekuasaan Negara.

Agar pembekuan dan pembubaran ormas sesuai dengan prinsip Negara hukum dan demokrasi, serta tetap terjaminnya kebebasan berserikat di Indonesia, maka Perppu Nomor 2 Tahun 2017 harus dilakukan beberapa perubahan materi yang terdapat dalam Perppu tersebut. Mekanisme pembubaran tersebut Perppu tersebut harus tetap memuat *due process of law* untuk menghindari adanya kesewenang-wenangan Pemerintah.

Kewenangan dalam Pembubaran Ormas dapat diberikan kepada Mahkamah Agung maupun Mahkamah Konstitusi sebagai sebagai penafsir dan penjaga konstitusi (*the interpreter and the guardian of constitution*), Mahkamah Konstitusi dapat memberikan putusan terhadap penyimpangan terhadap hak kebebasan berserikat yang diatur dalam UUD 1945.

Untuk mengatasi masalah inefisiensi karena lamanya waktu yang dibutuhkan dalam pembubaran sebuah Ormas. Pemerintah dapat mempersingkat tahapan pembubaran Ormas seperti memberikan batasan waktu kepada Lembaga Peradilan dalam memeriksa, mengadili, dan memutus perkara pembubaran Ormas. Apabila dalam UU Nomor 17 Tahun 2013 proses di MA tidak memiliki batasan, sehingga menyebabkan perkara pembubaran Ormas bisa berlarut-larut dan menghabiskan

waktu bertahun-tahun. Dalam Perppu dapat diberikan waktu kepada Mahkamah Agung maupun Mahkamah Konstitusi dalam memeriksa perkara seperti 45 hari sehingga ada kepastian dari perkara tersebut.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Alim, Muhamad, 2001, *Demokrasi dan Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Madinah dan UUD 1945*, Yogyakarta: UII Press.
- Arinanto, Satya, et al., ed., 2008, *Hukum Hak Asasi Manusia*, Yogyakarta: Pusat Studi Hak Asasi Manusia UII.
- _____, 2015, *Hak Asasi Manusia dalam Transisi Politik di Indonesia*, Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara UI.
- Asshiddiqie, Jimly, 2008, *Hukum Tata Negara Darurat*, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada.
- _____, 2006, *Kemerdekaan Berserikat, Pembubaran Partai Politik, dan Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Konstitusi Press.
- _____, 2009, *Menuju Negara Hukum yang Demokratis*, Jakarta: PT Bhuana Ilmu Populer.
- _____, 2010, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jakarta: PT. Rajagrafindo Persada.
- _____, 2012, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Budiarjo, Miriam, 2008, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama.
- Buyung, Andan, 1997, *Instrumen International Pokok Hak-Hak Asasi Manusia*, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia.
- Indrati, Maria Farida, *Ilmu Perundang-Undangan 1: Jenis, Fungsi dan Materi Muatan*, Yogyakarta: Kanisius, 2007.
- Locke, John, 1993, *Two Treatises of Government*, London: Everyman.
- Hadjon, Philipus M., 2009, *Pengantar Hukum Administrasi Negara*, Jakarta: Rajawali Press.

- MD, Moh. Mahfud, 1998, *Politik Hukum di Indonesia*. Jakarta: LP3ES.
- Moleong, Lexi J, 2005, *Metode Penelitian Kualitatif*. Bandung: Remaja Rpsda Karya.
- Prodjodikoro, Wirjono, 1989, *Azaz-azaz Hukum Tata Negara di Indonesia*, Jakarta: Dian Rakyat.
- Sabine, George H.A., 1961, *History of Political Theory*, Third Edition, New York: Holt, Rinehart and Winston.
- Soekanto, Soerjono, 1986, *Pengantar Penelitian Hukum*. Jakarta: UI Press.
- Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji, 2004, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat, cet. 8*, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada.
- Sugono. Bambang, 2011, *Metode Penelitian Hukum*. Jakarta: Raja Grafindo Persada.
- Zoelva, Hamdan, 2016, *Mengawal Konstitusionalisme*, Jakarta: Konstitusi Press.

Jurnal

- Arwanto, Bambang, 2016, "Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Akibat Tindakan Faktual Pemerintah", *Jurnal Yuridika*, Vol. 31 No. 3 September, h. 358-383.
- Tarigan, Jefri Porkonanta, 2017, "Akomodasi Politik Hukum di Indonesia terhadap Hak Asasi Manusia Berdasarkan Generasi Pemikirannya", *Jurnal Konstitusi*, Vol. 14 No. 1 Maret, h. 168-187.
- Manunggal K. Wardaya, 2010, "Perubahan Konstitusi Putusan Mahkamah Konstitusi (Telaah atas Putusan Nomor 138/PUU-VII/2009)", *Jurnal Konstitusi*, Volume 7, Nomor 2, April, h. 19-45.
- Nalle, Victor Imanuel W., 2017, "Asas *Contrario Actus* pada Perpu Ormas: Kritik dalam Perspektif Hukum Administrasi Negara dan Hak Asasi Manusia", *Padjadjaran Jurnal Ilmu Hukum*, Vol. 4, Nomor 2, April, h. 244-262.

Peraturan Perundang-Undangan

- Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1985 tentang *Organisasi Kemasyarakatan* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1985 Nomor 44, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3298).
- Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005 tentang *Pengesahan International Covenant on Civil and Political Rights* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2005 Nomor 119, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4558).

Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2013 tentang *Organisasi Kemasyarakatan* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2013 Nomor 116, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5430).

Peraturan Pemerintah Nomor 18 Tahun 1986 tentang *Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1985 tentang Organisasi Kemasyarakatan* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1986 Nomor 24, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3331).

Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2017 tentang *Perubahan atas Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2013 tentang Organisasi Kemasyarakatan* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2017 Nomor 138, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6084).

Putusan Pengadilan

Putusan Mahkamah Konstitusi No. 138/PUU-VII/2009 tentang Pengujian Perppu Nomor 4 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 30

Internet

BEM KEMA UNPAD, 2018, "Perppu Ormas: Pemeriksaan terhadap Hukum", <https://www.selasar.com/jurnal/36674/Perppu-Ormas-Pemeriksaan-terhadap-Hukum>, diakses 15 Mei.

United Nations, 2017, <http://www.un.org/en/documents/udhr/>, diunduh 27 Juli.

Palupi Annisa Auliani, 2017, "Perppu Ormas dan Liku-Liku Perppu di Indonesia", <http://nasional.kompas.com/read/2017/07/13/15530971/perppu-ormas-dan-lika-liku-perppu-di-Indonesia>, diunduh 2 Agustus.

Problematika *Presidential Threshold*: Putusan Mahkamah Konstitusi dan Pengalaman di Negara Lain

Dispute on Presidential Threshold: Decisions of the Constitutional Court and Other Countries' Experiences

Abdul Ghoftar

Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara Mahkamah Konstitusi RI
Jl. Medan Merdeka Barat No.6 Jakarta Pusat
Email: abdulghoffarmk@gmail.com

Naskah diterima: 04/07/2018 revisi: 01/08/2018 disetujui: 29/08/2018

Abstrak

Soal syarat minimal dukungan pencalonan presiden (*presidential threshold*) di Indonesia terus diperdebatkan, terutama soal konstitusionalitas dari persyaratan tersebut. Artikel ini bertujuan untuk mengkaji Putusan MK terkait persoalan *presidential threshold* sekaligus melihat apakah negara lain juga menerapkan sistem tersebut. Kajian dilakukan dengan menggunakan metode yuridis normatif. Kajian ini menyimpulkan sebagai berikut. *Pertama*, MK telah dua kali memutuskan konstitusionalitas ambang batas pencalonan presiden. Dalam putusan Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008, MK menyatakan bahwa pengaturan ambang batas adalah *open legal policy*, yang kemudian dikuatkan kembali dalam Putusan Nomor 53/PUU-XV/2017. *Kedua*, di negara-negara yang menganut sistem presidensial, seperti Amerika, Brazil, Peru, Meksiko, Kolombia, dan Kyrgyzstan, ambang batas tidak dikenal. Mereka menerapkan sistem terbuka pencalonan tanpa dipersyaratkan dukungan. Meski demikian, sistem pemerintahan mereka juga tergolong stabil, seperti yang dicontohkan oleh Amerika Serikat.

Kata kunci: *Presidential Threshold*, Putusan Mahkamah Konstitusi, Indonesia.

Abstract

Dispute on presidential threshold required for the Presidential election in Indonesia remains intense, particularly in regard to the constitutionality of this requirement. This study examines decisions given by the Constitutional Court on the Presidential Threshold as well as analyses if other countries have applied a similar system. The method used in this study is juridical normative. It can be concluded that the Constitutional Court has made two decisions on the constitutionality of the Presidential Threshold. Stated on Decision Number 51-52-59/PUU-VI/2008, the Constitutional Court regarded the threshold requirement for the presidential election as an open legal policy, strengthened by Decision Number 53/PUU-XV/2017. Meanwhile, in other presidential countries such as United State of America (USA), Brazil, Peru, Mexico, Columbia, and Kyrgyzstan, there is no place for presidential threshold. They apply an open candidacy without setting any threshold of supports. Nevertheless, USA for example, has successfully demonstrated a stable form of the government under that system.

Keywords: *Presidential Threshold, Decision of the Constitutional Court, Indonesia*

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Setiap lima tahun sekali, bangsa Indonesia menyelenggarakan pemilihan Presiden dan Wakil Presiden (untuk selanjutnya disebut Pilpres). Sejak tahun 2004, Indonesia memiliki sistem pemilihan yang baru. Bila sebelumnya presiden dan wakil presiden dipilih oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR), maka sejak tahun itu, Presiden dan wakil presiden dipilih langsung oleh rakyat melalui pemilihan umum. Artinya, rakyat secara langsung bebas memilih calon pemimpinnya.

Sejak pemilihan presiden dilakukan secara langsung, persoalan ambang batas syarat mengajukan calon presiden dan wakil presiden selalu mengemuka tiap kali Pilpres akan diselenggarakan. Pada tahun 2004, misalnya, ambang batas pencalonan presiden sebanyak 10 persen. Angka ini kemudian bertambah menjadi 20 persen pada tahun 2009, dan terus berlanjut hingga saat ini.

Oleh sebagian kalangan, pemberlakuan ambang batas dalam pencalonan presiden ini sangat penting guna menciptakan sistem presidensil yang lebih kuat. Adanya dukungan awal di parlemen melalui ambang batas akan memudahkan calon terpilih dalam melaksanakan program-program kerjanya di kemudian hari.

Salah satu pihak yang mendukung diterapkannya ambang batas adalah Menteri Dalam Negeri Tjahjo Kumolo. Menurutnya, ambang batas untuk pemilihan presiden dinilai memperkuat partai. Presiden dan wakil yang terpilih, punya kekuatan politik terutama di parlemen, sehingga *presidential threshold* memperkuat sistem pemerintahan presidensial.¹

Namun demikian, sebagian pihak lain berpandangan berbeda. Syarat ambang batas dianggap mengurangi hak rakyat untuk memperoleh pemimpin yang diinginkan. Sebab dengan adanya ambang batas tersebut, di atas kertas maksimal ada 5 pasangan calon. Namun di lapangan, rasanya tidak mungkin ada 5 pasang. Maksimal 4 pasangan calon. Mengapa? Sebab partai-partai itu harus berkoalisi yang bisa dipastikan gabungan parpol tersebut akan menghasilkan dukungan 20 persen lebih, tidak bisa pas 20 persen. Bahkan dalam praktiknya, sejak ambang batas 20 persen tersebut diberlakukan tahun 2009, maksimal hanya ada 3 pasangan calon.²

Dengan adanya pembatasan tersebut, menurut Benny K Harman, akan membatasi munculnya tokoh alternatif dalam kontestasi Pilpres 2019. Pilihan rakyat dibatasi sehingga rakyat jadi apatis. Hukum atau UU Pemilu sejatinya harus memfasilitasi munculnya calon pemimpin alternatif supaya persaingan elektoral semakin meningkat. Termasuk meningkatkan partisipasi dan kualitas pemimpinnya.³

Pendapat hampir serupa juga disampaikan oleh Partai Islam Damai Aman (IDAMAN). Partai besutan Rhoma Irama ini merasa hak konstitusionalnya dirugikan atas diberlakukannya Pasal 222 UU Pemilu. Atas dasar itu, Partai Idaman kemudian mengajukan permohonan pengujian UU Pemilu ke Mahkamah Konstitusi (MK).

Secara umum ada dua persoalan yang diajukan oleh Partai Idaman. *Pertama*, persoalan verifikasi partai politik peserta Pemilu; *Kedua*, persoalan pemberlakuan syarat ambang batas minimum perolehan suara partai politik atau gabungan partai politik untuk dapat mengajukan pasangan calon Presiden dan Wakil Presiden.

¹ Alasan Pemerintah Pakai Ambang Batas Presiden 25 Persen. <https://www.viva.co.id/berita/politik/926377-alasan-pemerintah-pakai-ambang-batas-presiden-25-persen>. diunduh 6 Juni 2018.

² Menurut Fuqoha, Pasca amandemen UUD, mekanisme pengisian jabatan Presiden dan wakil Presiden diatur dalam Pasal 6A UUD 1945 yang mengharuskan calon Presiden dan wakil Presiden diusulkan oleh partai politik. Akan tetapi menurut Undang-Undang No. 7 Tahun 2017 pencalonan Presiden dan wakil Presiden oleh partai politik diharuskan memenuhi *presidential threshold*. Adanya ketentuan tersebut bertentangan dengan prinsip demokrasi konstitusional, yakni Pasal 6A UUD 1945 yang mana setiap orang mempunyai hak konstitusional untuk mencalonkan diri (*the right to be candidate*) sebagai Presiden dan/atau wakil Presiden. Fuqoha, "Pengisian Jabatan Presiden dan *Presidential Threshold* dalam Demokrasi Konstitusional di Indonesia", *Jurnal AJUDIKASI*, Vol. 1 No. 2 Desember 2017, h. 27.

³ Gibran Maulana Ibrahim, "Tolak *Presidential Threshold*, Demokrat: Membatasi Capres Alternatif", <https://news.detik.com/berita/d-3567236/tolak-presidential-threshold-demokrat-membatasi-capres-alternatif>, diunduh 28 Mei 2018.

Namun karena keterbatasan waktu, tulisan ini hanya akan membahas dan menganalisis terkait dengan pokok perkara yang kedua yaitu soal pemberlakuan syarat ambang batas minimum perolehan suara partai politik atau gabungan partai politik untuk dapat mengajukan pasangan calon Presiden dan Wakil Presiden.⁴

Terhadap hal tersebut, setidaknya ada 6 alasan yang diajukan oleh Pemohon dalam permohonannya. *Pertama*, meskipun Mahkamah Konstitusi dalam putusannya Nomor 14/PUU-XI/2013 menyatakan bahwa soal persyaratan perolehan suara partai politik untuk dapat mengajukan pasangan calon Presiden dan Wakil Presiden adalah *open legal policy* pembentuk undang-undang, namun Pasal 222 UU Pemilu tidak didukung secara bulat karena Partai Gerindra, Partai Demokrat, Partai Keadilan Sejahtera, dan Partai Amanat Nasional menyatakan menolak dan *walk out*. Pasal 222 UU Pemilu, menurut Pemohon, adalah manipulasi dan tarik-menarik kepentingan politik partai-partai pendukung pemerintah, partai-partai oposisi, dan pemerintah.⁵

Kedua, ketentuan *presidential threshold* dalam Pasal 222 UU Pemilu telah digunakan dalam Pemilu 2014 sehingga tidak relevan dan kedaluwarsa ketika diterapkan dalam Pemilu serentak 2019. *Ketiga*, ketentuan *presidential threshold* dalam Pasal 222 UU Pemilu bertentangan dengan logika keserentakan Pemilu 2019, yaitu bahwa Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD dilaksanakan serentak bersamaan dengan Pemilu Presiden dan Wakil Presiden, sebagaimana dinyatakan dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14/PUU-XI/2013.

Keempat, ketentuan *presidential threshold* dalam Pasal 222 UU Pemilu bertentangan dengan Pasal 6A ayat (2) dan Pasal 22E ayat (2) UUD 1945. Alasannya, istilah “sebelum pelaksanaan pemilihan umum” dalam Pasal 6A UUD 1945 merupakan satu tarikan nafas dengan Pasal 22E ayat (2) UUD 1945 yang merujuk pada pemilihan umum anggota DPR, DPD, dan DPRD yang dilaksanakan secara serentak dalam satu kontestasi dengan pemilihan Presiden dan Wakil Presiden, sehingga dalam keadaan demikian maka seluruh partai politik berada dalam posisi yang sama, yakni *zero %* kursi atau *zero %* suara sah.

⁴ Putusan Nomor 53/PUU-XV/2017 tentang Pengujian UU Nomor 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum bertanggal 11 Januari 2018, h. 106-107.

⁵ Menurut Lutfil Ansori, dalam perspektif konstitusi, menggunakan atau tidak menggunakan *presidential threshold* tidak bertentangan dengan konstitusi. Menurutnya, *presidential threshold* adalah kebijakan hukum terbuka dari pembentuk Undang-Undang. Meski demikian, pembentuk Undang-Undang perlu memikirkan kembali konsekuensi dari *presidential threshold* terutama dalam kaitannya dengan pemilu serentak, agar tujuan untuk memperkuat sistem presidensial tercapai. Lutfil Ansori, “Telaah terhadap Presidential Threshold Dalam Pemilu Serentak 2019”, *Jurnal Yuridis*, Vol. 4 No. 1, Juni 2017, h. 15.

Kelima, ketentuan *presidential threshold* dalam Pasal 222 UU Pemilu merusak sistem presidensial dan mengeliminasi fungsi evaluasi penyelenggaraan Pemilu. *Keenam*, ketentuan Pasal 222 UU Pemilu bertentangan dengan prinsip *One Person, One Vote, One Value (OPOVOV)* dari Pemilu 2014. Alasannya, konversi suara pemilih menjadi kursi dalam Pemilu 2014 telah digunakan untuk mencalonkan Presiden dan Wakil Presiden Tahun 2014.⁶

Berawal dari perbedaan pendapat tersebut, penulis tertarik untuk melakukan penelitian lebih lanjut terkait dengan persoalan ambang batas dalam pemilihan presiden dan wakil presiden di Indonesia. Penelitian ini akan menggunakan metode yuridis normatif.

Perumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang masalah di atas, ada dua hal yang ingin dijawab oleh peneliti, yaitu: *pertama*, bagaimana pendapat Mahkamah Konstitusi dalam persoalan ambang batas pencalonan presiden di Indonesia? *Kedua*, apakah negara lain juga menerapkan aturan ambang batas dalam persyaratan calon Presidennya?

Metode Penelitian

Untuk menjawab dua rumusan masalah di atas, peneliti akan menggunakan metode penelitian hukum normatif. Menurut Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, penelitian model ini akan memusatkan pada perhatian pada persoalan-persoalan asas-asas hukum, sistematik hukum, sinkronisasi hukum secara vertikal dan horisontal, perbandingan hukum, dan sejarah hukum.⁷ Selain itu, penelitian ini juga akan menggunakan tiga pendekatan, yaitu pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan kasus (*case approach*), dan pendekatan perbandingan (*comparative approach*).⁸

PEMBAHASAN

1. Pendapat MK Dalam Persoalan *Presidential Threshold*

Permohonan pengujian tentang ambang batas pencalonan presiden yang diajukan oleh Partai Idaman, bukanlah pengujian yang pertama. Jauh sebelumnya, tepatnya tahun 2008, MK juga telah mengeluarkan putusan terkait dengan hal

⁶ *Ibid.*

⁷ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif; Suatu Tinjauan Singkat*, cet. ke-6, Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2003, h. 14. Lihat pula Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta: UI Press, 1986. Lihat juga Burhan Ashshofa, *Metode Penelitian Hukum*, cet. ke-4, Jakarta: Rineka Cipta, 2004, h. 12.

⁸ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Edisi Pertama, Cetakan ke-4, Jakarta: Prenada Media Group, 2008, h. 93.

tersebut. Untuk itu, agar memudahkan pemahaman dalam melihat bagaimana pendapat MK dalam persoalan ini, penulis akan menyajikan dua putusan yang terkait dengan persoalan ambang batas, yakni putusan Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008 tentang Pengujian UU Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum, bertanggal 18 Februari 2009, dan Putusan Nomor 53/PUU-XV/2017 tentang Pengujian UU Nomor 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum bertanggal 11 Januari 2018.

a. Putusan Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008⁹

Dalam Putusan ini, pada pokoknya MK berpendapat bahwa persoalan ambang batas pencalonan presiden dan wakil presiden sebagai berikut. *Pertama*, terhadap dalil Pemohon yang menyatakan bahwa aturan ambang batas sangat diskriminatif dan mematikan kesempatan untuk diusulkan oleh Partai Politik atau gabungan Partai Politik dan penerapannya menimbulkan ketidakadilan, sehingga bertentangan dengan konstitusi, menurut MK adalah tidak benar. Sebab untuk menentukan Pemohon dapat diusulkan oleh Partai Politik atau gabungan Partai Politik dalam Pemilu Presiden dan Wakil Presiden akan lebih dahulu ditentukan oleh rakyat dalam Pemilu legislatif yang akan datang, yang berlaku secara sama bagi semua Pasangan Calon Presiden dan Wakil Presiden;

Kedua, MK melihat bahwa pengaturan ambang batas (Pasal 9 UU 42/2008) merupakan satu norma konkret yang merupakan penjabaran Pasal 6A ayat (2) UUD 1945. Kebijakan syarat perolehan suara 20% (dua puluh perseratus) dari kursi DPR atau 25% (dua puluh lima perseratus) perolehan suara sah nasional dalam Pemilu DPR, sebagaimana telah menjadi pendapat Mahkamah dalam putusan-putusan terdahulu, merupakan kebijakan hukum (*legal policy*) yang terbuka yang didelegasikan oleh Pasal 6A ayat (5) UUD 1945 yang menentukan, "Tata cara pelaksanaan pemilihan Presiden dan Wakil Presiden lebih lanjut diatur dalam undang-undang", dan Pasal 22E ayat (6) UUD 1945 yang menentukan, "Ketentuan lebih lanjut tentang pemilihan umum diatur dengan undang-undang".

Ketiga, terhadap pendapat pemohon yang bahwa ambang batas sebagaimana diatur dalam Pasal 9 UU 42/2008 berpotensi menyebabkan

⁹ Putusan Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008 Tentang Pengujian UU Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum, bertanggal 18 Februari 2009. http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/public/content/persidangan/putusan/putusan_sidang_PUTUSAN%2051-52-59%2018-2-092.pdf, diunduh 8 Juni 2018.

tidak terselenggaranya Pemilu yang demokratis, langsung, umum, bebas, rahasia, jujur, dan adil, menurut MK tidak ada korelasi yang logis antara syarat dukungan 20% (dua puluh perseratus) kursi DPR atau 25% (dua puluh lima perseratus) suara sah secara nasional yang harus diperoleh Partai untuk mengusulkan Pasangan Calon Presiden dan Wakil Presiden dengan Pemilihan umum yang demokratis, langsung, umum, bebas, rahasia, jujur, dan adil, karena justru pencapaian partai atas syarat tersebut diperoleh melalui proses demokrasi yang diserahkan pada rakyat pemilih yang berdaulat. Hal demikian juga untuk membuktikan apakah partai yang mengusulkan Calon Presiden dan Wakil Presiden mendapat dukungan yang luas dari rakyat pemilih;

Lagipula, lanjut MK, syarat dukungan partai politik atau gabungan partai politik yang memperoleh 20% (dua puluh perseratus) kursi di DPR atau 25% (dua puluh lima perseratus) suara sah nasional sebelum pemilihan umum Presiden, menurut Mahkamah, merupakan dukungan awal; sedangkan dukungan yang sesungguhnya akan ditentukan oleh hasil Pemilu Presiden dan Wakil Presiden, terhadap Calon Presiden dan Wakil Presiden yang kelak akan menjadi Pemerintah sejak awal pencalonannya telah didukung oleh rakyat melalui partai politik yang telah memperoleh dukungan tertentu melalui Pemilu.

b. Putusan Nomor 53/PUU-XV/2017¹⁰

Dalam putusan ini, MK berpendapat sebagai berikut. *Pertama*, terhadap dalil Pemohon yang menyatakan bahwa ketentuan *presidential threshold* dalam Pasal 222 UU Pemilu adalah manipulasi dan tarik-menarik kepentingan politik partai-partai pendukung pemerintah, partai-partai oposisi, dan pemerintah dengan merujuk pada adanya sejumlah fraksi di DPR yang *walk out* pada saat disahkannya pengambilan putusan terkait UU Pemilu, MK berpendapat bahwa pembentukan suatu UU adalah keputusan politik dari suatu proses politik lembaga negara yang oleh Konstitusi diberi kewenangan membentuk UU, dalam hal ini DPR bersama Presiden.

Oleh sebab itu, MK tidak berwenang menilai praktik dan dinamika politik yang terjadi selama berlangsungnya proses pembentukan suatu UU selama tata cara pembentukan UU dimaksud tidak bertentangan dengan tata cara atau prosedur yang ditentukan dalam UUD 1945, khususnya sebagaimana

¹⁰ Putusan Nomor 53/PUU-XV/2017 tentang Pengujian UU Nomor 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum bertanggal 11 Januari 2018. http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/public/content/persidangan/putusan/53_PUU-XV_2017.pdf, diunduh 8 Juni 2018.

diatur dalam Pasal 20 ayat (2), ayat (3), ayat (4) dan ayat (5) UUD 1945. Fakta tentang adanya sejumlah fraksi yang *walk out* dimaksud tidaklah menyebabkan substansi atau materi muatan suatu UU menjadi inkonstitusional melainkan hanya menunjukkan tingkat penerimaan materi muatan undang-undang yang bersangkutan dalam pengertian bahwa persetujuan terhadap materi muatan UU tersebut tidak diperoleh secara aklamasi.¹¹

Kedua, terhadap dalil Pemohon bahwa ketentuan *presidential threshold* dalam Pasal 222 UU Pemilu telah digunakan dalam Pemilu 2014 sehingga tidak relevan dan kedaluwarsa ketika diterapkan dalam Pemilu serentak 2019, MK berpendapat bahwa UU yang mengatur tentang Pemilu 2014 bukanlah UU Nomor Nomor 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum melainkan UU 8/2012 yang tidak atau belum memberlakukan ketentuan tentang *presidential threshold* dalam proses pengusulan pasangan calon Presiden dan Wakil Presiden. Lagi pula, bagaimana mungkin undang-undang yang lahir belakangan dikatakan kedaluwarsa terhadap suatu keadaan atau peristiwa yang terjadi sebelumnya yang tunduk pada undang-undang yang berbeda.¹²

Ketiga, terhadap dalil Pemohon yang menyatakan ketentuan *presidential threshold* dalam Pasal 222 UU Pemilu bertentangan dengan logika keserentakan Pemilu 2019, yaitu bahwa Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD dilaksanakan serentak bersamaan dengan Pemilu Presiden dan Wakil Presiden, sebagaimana dinyatakan dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14/PUU-XI/2013, Mahkamah berpendapat sebagai berikut: Mahkamah Konstitusi dalam putusan sebelumnya, yaitu Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008, bertanggal 18 Februari 2009, dalam pengujian Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum (UU 42/2008), telah menegaskan bahwa penentuan ambang batas minimum perolehan suara partai politik (atau gabungan partai politik) untuk dapat mengusulkan calon Presiden dan Wakil Presiden adalah kebijakan hukum pembentuk undang-undang.

Keempat, MK kembali mempertegas Putusan sebelumnya yaitu Putusan Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008 dengan penjelasan:¹³

- 1) pertimbangan hukum mengenai ambang batas minimum perolehan suara partai politik (atau gabungan partai politik) untuk dapat mengusulkan

¹¹ *Ibid.*, h. 130.

¹² *Ibid.*, h. 131.

¹³ *Ibid.*, h. 132.

- calon Presiden dan Wakil Presiden (yang saat itu diatur dalam Pasal 9 UU 42/2008) sebagai kebijakan pembentuk undang-undang (*legal policy*) sama sekali tidak dikaitkan dengan keberadaan norma Undang-Undang yang mengatur tentang dipisahkannya penyelenggaraan Pemilu untuk memilih Presiden dan Wakil Presiden dengan Pemilu untuk memilih anggota DPR, DPD, dan DPRD [sebagaimana diatur dalam Pasal 3 ayat (5) UU 42/2008], yang juga dimohonkan pengujian konstitusionalitasnya pada saat itu.
- 2) argumentasi teoretik konstitusionalitas persyaratan mengenai ambang batas minimum perolehan suara partai politik (atau gabungan partai politik) untuk dapat mengusulkan calon Presiden dan Wakil Presiden bukanlah diturunkan dari logika disatukan atau dipisahkannya Pemilu untuk memilih Presiden/Wakil Presiden dengan Pemilu untuk memilih anggota DPR, DPD, dan DPRD melainkan dari argumentasi teoretik untuk memperkuat sistem Presidensial dalam pengertian mewujudkan sistem dan praktik pemerintahan yang makin mendekati ciri/syarat ideal sistem pemerintahan Presidensial sehingga tercegahnya praktik yang justru menunjukkan ciri-ciri sistem Parlemerter.
 - 3) sementara itu, argumentasi sosio-politik konstitusionalitas persyaratan mengenai ambang batas minimum perolehan suara partai politik (atau gabungan partai politik) untuk dapat mengusulkan calon Presiden dan Wakil Presiden adalah memperkuat lembaga Kepresidenan sebagai lembaga yang mencerminkan legitimasi sosio-politik representasi masyarakat Indonesia yang berbhinneka.
 - 4) Terhadap dalil Pemohon bahwa ketentuan *presidential threshold* dalam Pasal 222 UU Pemilu merusak sistem Presidensial dan mengeliminasi fungsi evaluasi penyelenggaraan Pemilu, pertimbangan Mahkamah sebagaimana diuraikan pada angka 1 sampai dengan angka 5 di atas telah menegaskan bahwa ketentuan yang termuat dalam Pasal 222 UU Pemilu justru bersesuaian dengan gagasan penguatan sistem Presidensial yang menjadi desain konstitusional UUD 1945. Sementara itu, jika yang dimaksud dengan “mengeliminasi evaluasi penyelenggaraan Pemilu” adalah anggapan Pemohon tentang adanya ketidakpuasan rakyat terhadap kinerja DPR dan Presiden-Wakil Presiden yang terpilih dalam Pemilu 2014 dengan asumsi bahwa rakyat akan dihadapkan pada pasangan calon

Presiden dan Wakil Presiden yang sama yang akan berkompetisi dalam Pemilu 2019 sebagaimana ditegaskan Pemohon dalam Permohonannya, anggapan demikian terlalu prematur sebab belum tentu pasangan calon Presiden dan Wakil Presiden yang akan berkompetisi dalam Pemilu 2019 adalah pasangan calon Presiden dan Wakil Presiden yang sama dengan mereka yang berkontestasi dalam Pemilu 2014. Anggapan demikian baru akan terbukti secara *post factum*. Lagi pula, walaupun anggapan demikian benar, *quod non*, hal itu tidaklah serta-merta menjadikan norma yang terkandung dalam Pasal 222 UU Pemilu menjadi tidak konstitusional.¹⁴

- 5) terhadap dalil Pemohon bahwa ketentuan *presidential threshold* dalam Pasal 222 UU Pemilu bersifat diskriminatif karena memangkas hak Pemohon sebagai partai politik peserta Pemilu untuk mengusulkan ketuanya (*in casu* Rhoma Irama) sebagai calon Presiden, Mahkamah berpendapat bahwa dalil diskriminasi tidak tepat digunakan dalam hubungan ini karena tidak setiap perbedaan perlakuan serta-merta berarti diskriminasi. Diskriminasi baru dikatakan ada atau terjadi manakala terhadap hal yang sama diperlakukan secara berbeda dan perbedaan itu semata-mata didasari oleh perbedaan manusia atas dasar agama, suku, ras, etnik, kelompok, golongan, status sosial, status ekonomi, jenis kelamin, bahasa, keyakinan politik yang berakibat pengurangan, penyimpangan atau penghapusan, pengakuan, pelaksanaan atau penggunaan hak asasi manusia dan kebebasan dasar dalam kehidupan, baik individual maupun kolektif, dalam bidang politik, ekonomi, hukum, sosial, budaya, dan aspek kehidupan lainnya, sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 1 angka 3 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Dalam kasus tersebut, perbedaan perlakuan yang dialami Pemohon bukanlah didasarkan pada alasan-alasan yang terkandung dalam pengertian diskriminasi sebagaimana diuraikan di atas melainkan karena Pemohon adalah partai politik baru yang baru akan berkontestasi dalam Pemilu 2019 sedangkan norma yang terkandung dalam Pasal 222 UU Pemilu adalah diberlakukan terhadap partai-partai politik yang telah pernah mengikuti Pemilu dan telah memperoleh dukungan suara tertentu. Bahkan, andaikataupun terhadap partai-partai politik yang telah pernah mengikuti Pemilu itu diberlakukan ketentuan yang berbeda, hal itu juga tidak serta-

¹⁴ *Ibid.*, h. 133.

merta dapat dikatakan sebagai diskriminasi sepanjang perbedaan itu tidak didasari semata-mata oleh alasan-alasan sebagaimana termaktub dalam pengertian diskriminasi di atas.¹⁵

2. Ambang Batas Calon Presiden di Negara Lain

Dalam negara yang menganut sistem presidensial seperti Indonesia, tidak gampang mencari contoh negara-negara yang menerapkan ambang batas dalam persyaratan calon presiden-nya. Yang ada justru sebaliknya. Dari penelusuran peneliti, justru yang muncul adalah negara-negara yang tidak menerapkan ambang batas. Berikut ini akan disampaikan negara-negara yang tidak menerapkan *presidential threshold*.

Amerika Serikat

Sebagai sebuah negara yang sangat besar dengan sistem presidensial yang paling mapan, Amerika tidak menerapkan ambang batas.¹⁶ Pada Pilpres 2016, misalnya, selain Hillary Clinton dan Tim Kaine dari Partai Demokrat, serta Donald Trump dan Mike Pence dari Partai Republik. Selain itu juga terdapat banyak pasangan dari Partai Ketiga (sebutan untuk partai-partai kecil dan independen)¹⁷. Misalnya, pasangan Gary Johnson dan Bill Weld dari Partai Liberal (*Libertarian Party*), pasangan Jill Stein dan Ajamu Baraka dari Partai Hijau (*Green Party*), serta kandidat dari partai-partai lain dan independen¹⁸ yang total terdapat sekitar 24 calon yang terdaftar di surat suara di beberapa negara bagian atau menjadi calon tertulis. Meski demikian, tidak ada calon dari partai ketiga tersebut, yang mendominasi sebuah negara bagian pada pemilihan presiden tahun 2016 maupun pemilihan presiden apapun sejak tahun 1968.¹⁹

Brazil

Tidak ada pengaturan mengenai ambang batas dalam sistem ketatanegaraan Brazil. Pasal 77 Konstitusi Brazil menjelaskan bagaimana mekanisme pemilihan presiden dan wakil presiden. Disebutkan bahwa Presiden dan Wakil Presiden Republik akan dipilih secara bersamaan pada hari Minggu pertama bulan Oktober,

¹⁵ *Ibid.*, h. 135.

¹⁶ Ken Kollman, *The American Political System Second Core Edition, 2014 Election Update* (New York: W. W. Norton & Company, Inc., 2012), h. 45 dan h. 444-446.

¹⁷ "An independent candidate is one who runs for office with no formal party affiliation", lihat lebih lanjut di United States third-party and independent presidential candidates, 2016. https://en.wikipedia.org/wiki/United_States_third-party_and_independent_presidential_candidates_2016, diunduh 28 Mei 2018.

¹⁸ Presidential candidates, 2016, https://ballotpedia.org/Presidential_candidates_2016, diunduh 28 Mei 2018.

¹⁹ United States third-party and independent presidential candidates, 2016. https://en.wikipedia.org/wiki/United_States_third-party_and_independent_presidential_candidates_2016, diunduh 28 Mei 2018.

dan jika harus ada putaran kedua maka akan dilakukan pada hari minggu terakhir bulan Oktober sebelum berakhirnya tahun masa jabatan Presiden yang sedang menjabat saat itu.²⁰

Setelah calon Presiden dan Wakil Presiden didaftarkan oleh partai politik, calon yang mendapatkan suara mayoritas mutlak, akan dianggap sebagai Presiden terpilih. Jika tidak ada calon yang mencapai mayoritas mutlak pada pemungutan suara pertama, pemilihan putaran kedua akan diadakan dalam waktu dua puluh hari setelah pengumuman hasil antara dua kandidat yang memperoleh jumlah suara terbanyak. Selanjutnya salah satu dari pasangan yang memperoleh suara sah mayoritas akan dianggap sebagai pasangan terpilih.²¹

Dalam Bab V yang mengatur khusus soal partai politik, juga tidak menyebutkan sama sekali soal ambang batas pengajuan calon presiden. dalam bab tersebut hanya mengatur soal pendirian, peleburan, penggabungan, pembubaran partai politik adalah gratis dengan mendasarkan pada kedaulatan nasional, pemerintahan demokratis, keberagaman politik dan hak asasi manusia.²²

Atas dasar itu, maka setiap partai memiliki kebebasan untuk mengajukan calon presiden-nya. Pada Pilpres tahun 2014, misalnya, diikuti oleh 11 (sebelas) pasang calon presiden dan wakil presiden. Bukan hanya tidak memberlakukan ambang batas pencalonan presiden, Brazil membolehkan calon independen untuk bertarung dalam pilpres.²³

Bahkan pada Pilres yang akan digelar pada oktober 2018 ini, sedikitnya sudah ada 16 kandidat yang mengumumkan pencalonannya. Para calon ini berasal dari berbagai macam *background*, mulai dari senator, deputi, mantan menteri, mantan Hakim Agung, bahkan mantan Presiden yang pernah diturunkan (*impeachment*). Pada Oktober 2018 lebih dari 144 juta pemilih akan memilih calon presidennya. Jika tidak ada satu pun calon yang mendapatkan suara lebih dari 50 persen suara sah, maka akan dilakukan putaran kedua pada akhir oktober dengan dua kandidat yang mendapat suara terbanyak pertama dan kedua.²⁴ Keharusan mendapat 50 persen lebih ini mirip dengan di Indonesia.

²⁰ Pasal 77 Ayat (1) Konstitusi Brazil. *Brazil's Constitution of 1988 with Amendments through 2014*. https://www.constituteproject.org/constitution/Brazil_2014.pdf, diunduh 28 Mei 2018.

²¹ Pasal 77 Ayat 2, ayat 3, ayat 4, dan ayat 5 Konstitusi Brasil. *Brazil's Constitution of 1988 with Amendments through 2014*. https://www.constituteproject.org/constitution/Brazil_2014.pdf, diunduh 28 Mei 2018.

²² Lihat Bab V Tentang Partai Politik Konstitusi Brazil. *Brazil's Constitution of 1988 with Amendments through 2014*. https://www.constituteproject.org/constitution/Brazil_2014.pdf. Lihat juga Dana de la Fontaine, Thomas Stehnen (Editors), *The Political System of Brazil*, Berlin: Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2016, h. 27-35.

²³ Brazilian general election, 2014. https://en.wikipedia.org/wiki/Brazilian_general_election,_2014.

²⁴ Lise Alves, *Brazil May Have Over 16 Candidates for President in 2018* <http://riotimesonline.com/brazil-news/rio-politics/brazil-may-have-over-16-candidates-for-president-in-2018/>, diunduh 28 Mei 2018.

Peru

Berdasarkan Pasal 111 Konstitusi Peru, dikatakan bahwa Presiden Republik dipilih melalui hak pilih langsung. Calon yang mendapat suara lebih dari separuh suara pemilih dinyatakan sebagai calon terpilih. Suara yang tidak sah atau kosong tidak dihitung.²⁵

Dalam hal tidak ada calon yang mendapatkan suara mayoritas mutlak, pemilihan dilakukan dengan putaran kedua dalam waktu tiga puluh sejak pengumuman hasil pemilihan secara resmi. Putaran kedua diikuti oleh 2 calon yang mendapatkan suara tertinggi pertama dan kedua. Sementara dua Wakil Presiden dipilih bersama dengan pemilihan Presiden, dengan cara yang sama.²⁶ Masa jabatan presiden selama 5 tahun. Presiden petahana bisa mencalonkan diri lagi untuk satu kali masa jabatan.²⁷

Pada tahun 2016, tepatnya pada tanggal 10 April, Peru menyelenggarakan pemilihan presiden putaran pertama. dalam ajang demokrasi itu diikuti oleh 10 calon, yaitu Keiko Fujimori, Pedro Pablo Kuczynski, Veronika Mendoza, Alfredo Barnechea, Alan Garcia, Gregorio Santos, Fernando Olivera, Alejandro Toledo, Miguel Hilario, Antero Flores-Araoz.

Keluar pemenang pertama dan kedua adalah Keiko Fujimori (anak perempuan dari mantan Presiden Peru Alberto Fujimori) dan Pedro Pablo Kuczynski. Keiko mendapatkan 39.0 persen suara, sementara Pedro mendapatkan 21 persen suara. Pemilihan kemudian dilanjutkan dalam putaran kedua yang dilangsungkan pada 5 Juni 2016. Dalam pemilihan yang kedua tersebut, Pedro menang tipis dari rivalnya. Pedro mendapat 50.1 persen suara, sementara yaitu Keiko hanya mendapatkan 49.9 persen suara.²⁸

Meksiko

Pemilihan presiden meksiko dilakukan secara langsung. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 81 Konstitusi Meksiko, yang menyatakan "*The President of the United Mexican States is directly elected by the people according to the electoral law.*" Pasal 82 konstitusi mengatur tentang syarat untuk bisa menjadi presiden meksiko, yaitu calon Presidensi harus menjadi warga negara yang lahir alami, dan mempunyai

²⁵ Pasal 111 Konstitusi Peru. Peru's Constitution of 1993 with Amendments through 2009. https://www.constituteproject.org/constitution/Peru_2009.pdf?lang=en, diunduh 7 Juni 2018.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Pasal 112 Konstitusi Peru. *Ibid.*

²⁸ Peru Reports: 2016 Presidential Elections. <https://perureports.com/2016-elections-peru/>, diunduh 6 Juni 2018.

hak hukum untuk melaksanakan haknya, lahir dari ayah atau ibu Meksiko dan harus telah tinggal atau hidup di negara Meksiko setidaknya selama 20 tahun.

Selain itu, masih berdasar pada pasal 81, calon Presidensi harus sudah berusia 35 tahun pada tanggal pemilihan; calon Presidensi harus hidup di negara Meksiko secara penuh setahun sebelumnya sebelum hari pemilihan. Absen hingga 30 hari tidak mengganggu syarat tinggal tersebut; calon Presidensi tidak bisa menjadi pimpinan agama apa pun; calon tidak sedang aktif bertugas di militer setidaknya enam bulan sebelum hari pemilihan; Calon seharusnya tidak menjadi Menteri Negara atau wakil menteri negara, jaksa agung federal, gubernur atau kepala pemerintahan distrik federal, kecuali dia mengundurkan diri dari jabatannya enam bulan sebelum tanggal pemilihan.

Tahun 2018 ini, tepatnya pada tanggal 1 Juli, Meksiko akan menyelenggarakan pemilihan umum yang digambarkan sebagai pemilihan umum terbesar dalam sejarah negara itu. Menurut *National Electoral Institute* (INE) atau Komisi Penyelenggara Pemilu Meksiko, dari 88 juta pemilih terdaftar akan memilih Presiden baru untuk 6 tahun masa jabatan, juga akan memilih 500 anggota *the Chamber of Deputies*, dan 128 anggota Senat. Pada hari yang sama, 30 dari 32 negara bagian juga akan melangsungkan pemilihan lokal.²⁹

Dalam pemilihan kali ini, setidaknya sudah ada 4 calon presiden yang sudah resmi terdaftar, yaitu Andres Manuel Lopez Obrador, Ricardo Anaya, and Jose Antonio Meade, dan Margarita Zavala.

Dari empat kandidat ini, terdapat satu calon yang maju lewat jalur independen yaitu Margarita Zavala. Perempuan kelahiran 25 Juli 1967 ini bernama lengkap Margarita Ester Zavala Gómez del Campo. Sehari-hari Margarita berprofesi sebagai seorang ahli hukum (lawyer) and politisi. Dia adalah istri mantan Presiden Meksiko, Felipe Calderón, dan menjadi Ibu negara selama suaminya menjabat sebagai Presiden. Margarita sudah terdaftar sebagai calon independen untuk calon presiden sejak tanggal 12 oktober 2017.³⁰

Sedangkan calon yang lain, Andres Manuel Lopez Obrador diusung oleh *National Regeneration Movement* (MORENA), sebuah partai politik sayap kiri yang secara formal terdaftar sebagai partai politik pada tahun 2014. MORENA didirikan oleh López Obrador sebagai organisasi lintas-partai yang mendukung

²⁹ Mexico elections: Why are they important?. <https://www.aljazeera.com/news/2018/03/mexico-elections-important-180330081303766.html>, diunduh 7 Juni 2018.

³⁰ Margarita Zavala. https://en.wikipedia.org/wiki/Margarita_Zavala, diunduh 7 Juni 2018.

pencalonannya untuk Kepresidenan dalam pemilihan umum 2012. Setelah pemilihan, López Obrador meninggalkan bekas partainya yaitu Partai Revolusi Demokratis (PRD). Selanjutnya MORENA berubah dari 'gerakan' tidak resmi menjadi partai politik dengan López Obrador sebagai pemimpinya

Ricardo Anaya adalah calon yang diusung oleh PAN (*National Action Party*), salah satu dari tiga partai politik utama di Meksiko. Berdiri sejak tahun 1939, partai ini sejak tahun 1980-an menjadi partai politik penting yang memenangkan pemilihan lokal, negara bagian, dan nasional. Pada tahun 2000, kandidat PAN Vicente Fox terpilih sebagai Presiden untuk masa jabatan enam tahun; pada tahun 2006, kandidat PAN Felipe Calderón menggantikan Fox dalam kepresidenan. Selama periode 2000-2012, kedua majelis legislatif memiliki keragaman PAN, tetapi partai itu tidak memiliki mayoritas di salah satu kamar Kongres. Dalam pemilihan legislatif 2006 partai memenangkan 207 dari 500 kursi di Kamar Deputi dan 52 dari 128 Senator. Dalam Pemilihan Legislatif 2012, PAN memenangkan 38 kursi di Senat, dan 114 kursi di Kamar Deputi.³¹

Sementara Jose Antonio Meade adalah mantan menteri keuangan dan diusulkan oleh sebuah koalisi yang disebut *Todos por Mexico (Everyone for Mexico)*, dan dia mewakili PRI (Institutional Revolutionary Party). Sebuah partai politik yang didirikan pada tahun 1929 dan telah memegang kekuasaan tanpa terputus di negara itu selama 71 tahun sejak 1929 hingga 2000.³²

Kyrgyzstan

Kyrgyzstan adalah negara pecahan Uni Soviet. Negara ini dipimpin oleh Presiden sebagai kepala negara yang dipilih melalui pemilihan umum dengan masa jabatan 6 tahun dan hanya dapat memimpin untuk satu periode saja. Sejak diadopsinya pemerintahan parlementer hasil referendum nasional pada 27 Juni 2010, sebagian wewenang Presiden diserahkan kepada Perdana Menteri dan Parlemen untuk menciptakan *checks and balances*. Pemilu terakhir Presiden pada 30 Oktober 2017.³³

Di negara modern yang baru berkembang ini, tidak dikenal istilah *presidential threshold*. Sebab di negara bekas pecahan Uni Soviet itu, setiap warga negara, dengan syarat tertentu, memiliki hak untuk mencalonkan diri sebagai Presiden.

³¹ Clare Ribando Seelke, *Mexico's 2012 Elections*, 4 September, 2012. Congressional Research Service. <https://fas.org/sgp/crs/row/R42548.pdf>, diunduh 7 Juni 2012.

³² Untuk lebih lengkap bisa dilihat di Samuels, David J. Shugart, Matthew S. *Presidents, Parties, and Prime Ministers: How the Separation of Powers Affects Party Organization and Behavior*, New York: Cambridge University Press, 2010, h. 141

³³ Republik Kyrgyzstan. <https://www.kemlu.go.id/tashkent/id/Pages/REPUBLIK-KYRGYZSTAN.aspx>, diunduh 28 Mei 2018.

Berdasarkan Konstitusi Kyrgyzstan, tepatnya pasal 62 Ayat (1) dikatakan, *“A citizen of the Kyrgyz Republic, no younger than 35 years of age and not older than 70 years of age, who has a command of the state language and who has been resident in the republic for no less than 15 years in total may be elected President.”*

Lebih lanjut ayat (2) menyatakan, *“There shall be no limit on the number of candidates for the office of the President. A person who has collected not less than 30,000 voters’ signatures may be registered as a presidential candidate. The procedure for presidential elections shall be defined by the constitutional law.”*³⁴

Dalam praktiknya, setiap pemilihan presiden, banyak kandidat yang mendaftar. Pada pemilihan tahun 2011, tepatnya pada tanggal 30 Oktober 2011, terpilih Almazbek Atambaev sebagai Presiden dengan suara sebanyak 63.2% dalam satu kali putaran. Selain Atambaev, ada 12 calon lain yang maju dalam perhelatan tersebut, dengan rincian 4 calon diusung oleh masing-masing satu partai politik, dan 8 lainnya maju lewat jalur independen.³⁵

Di negara ini, masa jabatan seorang Presiden hanya 6 tahun untuk satu kali masa jabatan. Tidak bisa dipilih kembali. Oleh sebab itu, pada pemilihan yang diselenggarakan pada tanggal 15 Oktober 2017, Almazbek Atambaev, sudah tidak bisa mencalonkan diri lagi.

Dalam pemilihan terbaru itu, sebenarnya ada 13 calon Presiden yang telah tertulis di kertas suara. Namun ada 3 yang mengundurkan diri, atau bergabung dengan calon lain. Sehingga total yang maju dan dipilih ada 10 calon, dengan perincian 7 calon berasal dari jalur perseorangan, sementara sisanya dari partai politik. Pemilihan tersebut akhirnya dimenangkan oleh Sooronbay Jeenbekov, mantan Perdana Menteri, dari *Social Democratic Party of Kyrgyzstan*.

Kolombia

Berdasarkan Pasal 115 Konstitusi Kolombia, Presiden adalah Kepala Negara, kepala pemerintahan, dan otoritas administrasi tertinggi. Pemerintah nasional terdiri dari Presiden Republik, Menteri Kabinet, dan direktur departemen administrasi. Presiden dan menteri atau direktur departemen dapat mewakili pemerintah dalam bidangnya.

Para gubernur, walikota, perusahaan publik, dan perusahaan industri atau komersial milik negara adalah bagian dari Cabang Eksekutif.

³⁴ Kyrgyzstan's Constitution of 2010 . https://www.constituteproject.org/constitution/Kyrgyz_Republic_2010.pdf?lang=en, diunduh 6 November 2017.

³⁵ Election Guide: Democracy Assistance & Election News. <http://www.electionguide.org/elections/id/3025/>, diunduh 6 November 2017.

Presiden dipilih secara langsung untuk masa jabatan 4 tahun dengan perolehan suara mayoritas 50 persen plus satu suara dari surat suara yang sah. Pemilihan dilakukan secara langsung dan rahasia dengan tanggal yang ditentukan menurut hukum. Jika tidak ada kandidat yang mendapatkan suara mayoritas 50 persen plus satu, maka akan dilangsungkan putaran kedua tiga minggu kemudian yang diikuti oleh 2 calon yang memperoleh suara terbanyak pertama dan kedua di pemilihan putaran pertama. Kandidat dengan perolehan suara terbanyak akan dinyatakan sebagai Presiden.

Dalam hal terjadi kematian atau ketidakmampuan fisik permanen dari salah satu dari dua calon yang menerima suara mayoritas, partainya atau gerakan politiknya memasukkan calon baru untuk maju dalam pemilihan putaran kedua itu. Jika Partai atau gerakan politiknya gagal melakukannya atau jika lowongan akibat alasan lain, calon itu akan digantikan oleh siapa pun yang memenangkan tempat ketiga di babak pertama dan seterusnya secara berurutan ke bawah. Jika kekosongan terjadi kurang dari dua (2) minggu sebelum putaran kedua pemungutan suara, putaran kedua akan ditunda 15 hari.³⁶ Untuk menjadi Presiden, seorang individu harus warga negara Kolombia sejak lahir, warga negara yang bereputasi baik, dan berusia lebih dari 30 tahun.³⁷

Tahun 2018 ini, Kolombia menyelenggarakan pemilihan presiden. Putaran pertama dilangsungkan pada tanggal 27 Mei 2018. Dalam pemilihan kali ini *Incumbent* President Juan Manuel Santos tidak bisa mencalonkan diri lagi karena sudah menjabat dua periode. Ada banyak calon yang berlaga dalam putaran pertama ini. Mereka adalah van Duque Marquez yang diusung oleh partai atau aliansi *Grand Alliance for Colombia*,³⁸ Gustavo Petro dari *List of Decency*,³⁹ Sergio Fajardo diusung oleh *Colombia Coalition*,⁴⁰ German Vargas Lleras dari Mejer

³⁶ Pasal 190 Konstitusi Kolombia. Colombia's Constitution of 1991 with Amendments through 2005. https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2005.pdf, diunduh 8 Juni 2018.

³⁷ Pasal 191 Konstitusi Kolombia. *Ibid*.

³⁸ Duque, masih berusia 41, berasal dari Uribe's Democratic Center Party, menjabat sebagai seorang senator selama 4 tahun dan menjadi penasihat menteri keuangan dan Bank Pembangunan Inter-American. Dia juga adalah seorang profesor dan penulis, turut menulis buku *The Orange Economy*. Elliott C. McLaughlin, *Colombia's presidential election heads to runoff*, May 28, 2018. <https://edition.cnn.com/2018/05/27/americas/colombia-elections/index.html>, diunduh 8 Juni 2018.

³⁹ Petro, pria berusia 58 tahun ini adalah mantan gerilyawan dan ekonom yang mendirikan Gerakan Progresif (*Progressive Movement*) menjelang pencalonan walikota Bogota, dan ia menang dalam pemilihan pada 2011 itu. Sebelumnya anggota M-19, kelompok gerilya lain yang menjadi partai politik. Petro telah menjabat tiga periode sebagai anggota kongres dan satu periode sebagai senator. *Ibid*.

⁴⁰ Fajardo, berusia 61 pada saat pencalonan. Ia adalah seorang matematikawan dan anggota partai Koalisi Kolonial konservatif (*conservative Colombia Coalition party*). Mantan gubernur departemen Antioquia di barat laut Kolombia dan mantan walikota Medellin. *Ibid*.

Vargas Lleras,⁴¹ Humberto De la Calle dari PLC-ASI,⁴² Jorge Antonio Trujillo dari *We Are All Colombia*.⁴³

Karena tidak ada yang mendapatkan suara mayoritas mutlak, maka pada tanggal 17 Juni 2018 akan diselenggarakan putaran kedua dengan peserta pemilihan yang mendapat suara terbanyak pertama dan kedua. Dari delapan peserta pemilihan tersebut yang mendapatkan suara terbanyak adalah Van Duque Marquez dengan perolehan 7,569,693 suara (39.14 persen), dan Gustavo Petro mendapat 4,851,254 atau 25.09 persen suara.⁴⁴ Sampai tulisan ini dibuat, putaran kedua belum diselenggarakan sehingga hasilnya pun belum diketahui.

3. Perlu-Tidaknya Ambang Batas

Menurut peneliti, ambang batas persyaratan calon presiden tidak diperlukan. Sebab dengan diberlakukannya ambang batas seperti saat ini, maka akan meminimalisir pilihan rakyat untuk menemukan pemimpinnya. Rakyat harus diberikan pilihan sebanyak-banyaknya agar didapat pemimpin yang bagus.

Pengalaman Pilpres pertama kali tahun 2004, misalnya, pasangan Soesilo Bambang Yudhoyono-Jusuf Kalla hanya didukung oleh partai-partai kecil yakni Partai Demokrat (yang baru lahir), Partai Bulan Bintang, dan PKPI. Sementara rivalnya saat itu didukung oleh partai-partai besar. Meski demikian, rakyat nyatanya memilih pasangan SBY-Kalla.⁴⁵

Dengan demikian, pengalaman seperti itu menandakan bahwa rakyat memilih Presiden bukan karena partai pengusungnya, tetapi karena figur atau sosok calon yang diusulkan oleh partai politik. Oleh karena itu, memperbanyak calon akan memperbanyak pilihan bagi rakyat untuk menentukan pilihannya. Semakin sedikit calon yang tertera dalam kertas suara akan semakin mengecilkan peluang terpilihnya pemimpin yang baik.

Soal kekhawatiran akan banyak muncul jika tidak diterapkan ambang batas, menurut Djayadi Hanan, hal demikian tidak benar. Belajar dari negara lain, meski

⁴¹ German Vargas Lleras, berusia 56 tahun. Ia adalah kandidat kanan-tengah yang didukung oleh *Radical Change Party*. Dia adalah Wakil Presiden di bawah Santos, memenangkan empat kali sebagai senator, dan menjabat sebagai menteri dalam negeri dan menteri perumahan, kota dan wilayah. *Ibid.*

⁴² Humberto de la Calle berusia 71 tahun, didukung oleh koalisi antara Partai Liberal dan Aliansi Sosial Pribumi (*Liberal Party and Indigenous Social Alliance*). Mantan wakil presiden dan Menteri Dalam Negeri. *Ibid.*

⁴³ Jorge Antonio Trujillo adalah kandidat dari *We Are All Colombia Party*. Seorang pendeta Kristen dengan gelar doktor di bidang teologi, ia menjabat sebagai senator antara tahun 2006 dan 2010. *Ibid.*

⁴⁴ Elliott C. McLaughlin, "Colombia's Presidential Election Heads To Runoff", 28 Mei 2018. <https://edition.cnn.com/2018/05/27/americas/colombia-elections/index.html>, diunduh 8 Juni 2018.

⁴⁵ "SBY-Kalla Deklarasikan Pencalonan.Tempo.co". Kamis, 7 Juni 2018. <https://nasional.tempo.co/read/42410/sby-kalla-deklarasikan-pencalonan>, diunduh 7 Juni 2018.

tidak berlaku ambang batas pencalonan presiden, tidak mesti pasangan capres dan cawapres akan selalu banyak. Di beberapa negara, misalnya, di Mexico pada tahun 2012, Pilpres hanya diikuti oleh empat pasangan calon. Di Kolumbia pada 2014 juga hanya diikuti lima pasangan calon. Menurutnya, ada tidaknya ambang batas pencalonan presiden tidak menjadi penentu pasti banyaknya jumlah kandidat, tapi juga faktor lain seperti sistem pemilihan umum, popularitas petahana, dan banyak faktor lain.⁴⁶

Sistem yang ada di Indonesia, mirip dengan sistem pemilihan umum presiden di kebanyakan negara Amerika Latin yakni sistem dua putaran (*majority run-off*): pemenang harus memperoleh minimal lebih dari 50 persen suara atau diadakan putaran kedua yang diikuti oleh peserta dengan perolehan suara terbanyak pertama dan kedua. Umumnya pemilu legislatif dan eksekutif di Amerika Latin juga berlangsung serentak dan tidak ada pemberlakuan ambang batas pencalonan presiden.⁴⁷

KESIMPULAN

Dari uraian di atas bisa disimpulkan sebagai berikut. *Pertama*, Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga pengawal konstitusi, telah memutuskan soal konstitusionalitas dari ambang batas pencalonan presiden. Dalam putusan Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008 tentang Pengujian UU Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum, bertanggal 18 Februari 2009, MK menegaskan bahwa persoalan pengaturan ambang batas adalah *open legal poliicy*. Hal demikian dikuatkan kembali dalam Putusan Nomor 53/PUU-XV/2017 tentang Pengujian UU Nomor 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum bertanggal 11 Januari 2018.

Kedua, di negara-negara yang menganut sistem presidensial, seperti Amerika, Brazil, Peru, Meksiko, Kolombia, dan Kyrgyzstan, ambang batas tidak dikenal. Mereka menerapkan sistem terbuka pencalonan tanpa dipersyaratkan dukungan. Meski demikian, sistem pemerintahan mereka juga tergolong stabil, seperti yang dicontohkan oleh Amerika Serikat.

⁴⁶ Ambang Batas Pencalonan Presiden (Naskah Keterangan Ahli oleh Djayadi Hanan). <http://rumahpemilu.org/ambang-batas-pencalonan-presiden-naskah-keterangan-ahli-oleh-djayadi-hanan/>, diunduh 7 Juni 2018. Lihat juga Djayadi Hanan, *Menakar Presidensialisme Multipartai di Indonesia: Upaya Mencari Format Demokrasi yang Stabil dan Dinamis dalam Konteks Indonesia*, Bandung: Al-Mizan, 2014, h. 17-35.

⁴⁷ *Ibid.*

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Hanan, Djayadi, 2014, *Menakar Presidensialisme Multipartai di Indonesia: Upaya Mencari Format Demokrasi Yang Stabil dan Dinamis dalam Konteks Indonesia*, Bandung: Al-Mizan.
- Samuels, David J. Shugart, Matthew S., 2010, *Presidents, Parties, and Prime Ministers: How the Separation of Powers Affects Party Organization and Behavior*, New York: Cambridge University Press.
- Dana de la Fontaine, Thomas Stehnen (Editors), 2016, *The Political System of Brazil* Berlin: Springer-Verlag Berlin Heidelberg
- Ken Kollman, 2012, *The American Political System Second Core Edition*, 2014 Election Update, New York: W. W. Norton & Company, Inc.

Jurnal

- Fuqoha, 2017, "Pengisian Jabatan Presiden dan Presidential Threshold Dalam Demokrasi Konstitusional di Indonesia", *Jurnal AJUDIKASI*, Vol. 1 No. 2, Desember, h. 27-37.
- Lutfil Ansori, 2017, "Telaah Terhadap Presidential Threshold Dalam Pemilu Serentak 2019", , Vol. 4 No. 1, Juni, h. 15-27.

Peraturan Perundang-Undangan

- Konstitusi Brazil. *Brazil's Constitution of 1988 with Amendments through 2014*.
- Konstitusi Peru. *Peru's Constitution of 1993 with Amendments through 2009*.
- Konstitusi Kolombia. *Colombia's Constitution of 1991 with Amendments through 2005*.
- Konstitusi Kyrgyzstan. *Kyrgyzstan's Constitution of 2010*.

Putusan Pengadilan

- Putusan Nomor 53/PUU-XV/2017 tentang Pengujian UU Nomor 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum bertanggal 11 Januari 2018
- Putusan Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008 Tentang Pengujian UU Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum, bertanggal 18 Februari 2009.

Internet

Alasan Pemerintah Pakai Ambang Batas Presiden 25 Persen. <https://www.viva.co.id/berita/politik/926377-alasan-pemerintah-pakai-ambang-batas-presiden-25-persen>, diunduh 6 Juni 2018.

Gibran Maulana Ibrahim, *Tolak Presidential Threshold, Demokrat: Membatasi Capres Alternatif*, <https://news.detik.com/berita/d-3567236/tolak-presidential-threshold-demokrat-membatasi-capres-alternatif>, diunduh 28 Mei 2018.

"An independent candidate is one who runs for office with no formal party affiliation", lihat lebih lanjut di United States third-party and independent presidential candidates, 2016. https://en.wikipedia.org/wiki/United_States_third-party_and_independent_presidential_candidates,_2016, diunduh 28 Mei 2018.

Presidential candidates, 2016, https://ballotpedia.org/Presidential_candidates,_2016, diunduh 28 Mei 2018.

United States third-party and independent presidential candidates, 2016. https://en.wikipedia.org/wiki/United_States_third-party_and_independent_presidential_candidates,_2016, diunduh 28 Mei 2018.

Brazilian general election, 2014. https://en.wikipedia.org/wiki/Brazilian_general_election,_2014, diunduh 28 Mei 2018.

Lise Alves, *Brazil May Have Over 16 Candidates for President in 2018* <http://riotimesonline.com/brazil-news/rio-politics/brazil-may-have-over-16-candidates-for-president-in-2018/>, diunduh 28 Mei 2018.

Peru Reports: 2016 Presidential Elections. <https://perureports.com/2016-elections-peru/>, diunduh 6 Juni 2018.

Mexico elections: Why are they important?. <https://www.aljazeera.com/news/2018/03/mexico-elections-important-180330081303766.html>, diunduh 7 Juni 2018.

Margarita Zavala. https://en.wikipedia.org/wiki/Margarita_Zavala, diunduh 7 Juni 2018.

Clare Ribando Seelke, *Mexico's 2012 Elections*, 4 September, 2012. Congressional Research Service. <https://fas.org/sgp/crs/row/R42548.pdf>, diunduh 7 Juni 2012.

Republik Kyrgystan. <https://www.kemlu.go.id/tashkent/id/Pages/REPUBLIK-KYRGYZSTAN.aspx>, diunduh 28 Mei 2018.

https://www.constituteproject.org/constitution/Kyrgyz_Republic_2010.pdf?lang=en, diunduh 6 November 2017.

<http://www.electionguide.org/elections/id/3025/>, diunduh 6 November 2017.

Eliott C. McLaughlin, *Colombia's Presidential Election Heads To Runoff*, 28 Mei 2018. <https://edition.cnn.com/2018/05/27/americas/colombia-elections/index.html>, diunduh 8 Juni 2018.

SBY-Kalla Deklarasikan Pencalonan. Tempo.co. Kamis, 7 Juni 2018. <https://nasional.tempo.co/read/42410/sby-kalla-deklarasikan-pencalonan>, diunduh 7 Juni 2018.

Ambang Batas Pencalonan Presiden (Naskah Keterangan Ahli oleh Djayadi Hanan). <http://rumahpemilu.org/ambang-batas-pencalonan-presiden-naskah-keterangan-ahli-oleh-djayadi-hanan/>, diunduh 7 Juni 2018. Lihat juga Djayadi Hanan, *Menakar Presidensialisme Multipartai Di Indonesia: Upaya Mencari Format Demokrasi Yang Stabil dan Dinamis Dalam Konteks Indonesia*, Bandung: Al-Mizan, 2014, h. 17-35.

https://www.constituteproject.org/constitution/Kyrgyz_Republic_2010.pdf?lang=en, diunduh 6 November 2017.

Election Guide: Democracy Assistance & Election News. <http://www.electionguide.org/elections/id/3025/>, diunduh 6 November 2017.

Perubahan Makna terhadap Pasal 2 dan 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi

Amendment to Meaning of Article 2 and 3 Law Number 31 Year 1999 After Constitutional Court Decision

Vidya Prahassacitta

Fakultas Humaniora Universitas Bina Nusantara
Kampus Kijang Jalan Kemanggisan Ilir III No. 45 Jakarta 11480,
E-mail: vidya.prahassacitta@binus.ac.id/vidya@prahassacitta.com

Naskah diterima: 14/03/2017 revisi: 19/04/2018 disetujui: 08/06/2018

Abstrak

Permasalahan dalam penelitian ini, *pertama*: makna Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 pra dan pasca dikeluarkannya Putusan Mahkamah Konstitusi No. 25/PUU-XIV/2016. *Kedua*, penerapan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 pra Putusan Mahkamah Konstitusi No. 25/PUU-XIV/2016. *Ketiga*, efek dikeluarkannya putusan Mahkamah Konstitusi tersebut dalam meminimalisir kriminalisasi perbuatan pegawai negeri sipil atau pejabat publik. Penelitian ini merupakan penelitian hukum dengan pendekatan yuridis normatif. Sebagai penelitian kualitatif maka data yang dipergunakan merupakan data sekunder yang terdiri dari data hukum primer, sekunder dan tertier yang diperoleh dari studi kepustakaan. Hasil penelitian menunjukkan bahwa putusan mahkamah konstitusi tersebut telah mengubah rumusan delik dari formil menjadi materiil yang menjadikan makna pasal tersebut semakin menjauh dari makna awalnya. Pada akhirnya, keluarnya putusan mahkamah konstitusi tersebut tidak dapat memecahkan permasalahan hukum yang telah ada sebelumnya bahkan putusan tersebut berpotensi menimbulkan permasalahan baru yang dapat menghambat proses penegakan hukum dalam pemberantasan tindak pidana korupsi di Indonesia.

Kata kunci: Korupsi, Melawan Hukum, Kerugian Negara.

Abstract

The problems on this research are, first: the meaning of Article 2 paragraph (1) and Article 3 UU No. 31 Year 1999 before and after Constitutional Court Decision Number 25/PUU-XIV/2016. Second, the application of Article 2 paragraph (1) and Article 3 UU No. 31 Year 1999 before Constitutional Court Decision Number 25/PUU-XIV/2016. Third, the effects of Constitutional Court Decision in minimizing criminal actions conducted by civil servants and public officials. This research is a legal research using normative legal approach. As qualitative research, this research uses secondary data consist of primary, secondary, tertiary legal data collected from literature study. The results show that the constitutional court decision has changed the formulation of the offense from formal to material which makes the meaning of the article different from its original meaning. At last, the constitutional court decision could not solve the existing legal problem, but contrary it potentially creates a new problem which obstructs law enforcement process in combating corruption in Indonesia.

Keywords: *Corruption, Unlawful, State Financial Loss*

PENDAHULUAN*

A. Latar Belakang

Mahkamah Konstitusi telah menerima permohonan pengujian undang-undang (*judicial review*) terhadap Pasal 2 dan 3 Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (UU No. 31 Tahun 1999) sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang No. 20 Tahun 2001 (UU No. 20 Tahun 2001), melalui putusan No. 25/PUU-XIV/2016. Sebelumnya pada tahun 2007, Mahkamah Konstitusi telah menerima permohonan pengujian atas pasal yang sama melalui putusan Mahkamah Konstitusi No. 003/PUU-IV/2006. Melalui putusan tersebut, Mahkamah Konstitusi telah memberikan makna baru bagi Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999. Untuk dapat memidana pelaku tindak pidana korupsi dengan menggunakan Pasal 2 ayat (1) ataupun Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999, disyaratkan adanya kerugian keuangan negara atau perekonomian negara yang nyata atau *actual loss*.

* Tulisan dikembangkan dari Makalah yang berjudul "Putusan Mahkamah Konstitusi No. 25/PUU-XIV/2016, Solusi atau Permasalahan Hukum Baru? Suatu Catatan atas Penerapan Pasal 2 Ayat (1) dan Pasal 3 Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi" yang telah disampaikan pada acara Bincang Jantera *Membongkar Putusan MK Tentang Pasal 2 dan 3 UU Tipikor* di Kampus STIH Jantera, Jakarta 21 Februari 2017.

Tabel 1
Perbandingan Isi Putusan Mahkamah Konstitusi

Putusan Mahkamah Konstitusi No. 003/PUU-IV/2006	Putusan Mahkamah Konstitusi No. 25/PUU-XIV/2016
Menyatakan Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU No. 31 Tahun 1999 sebagaimana telah diubah dengan UU No. 20 Tahun 2001 sepanjang frasa yang berbunyi, "Yang dimaksud dengan 'secara melawan hukum' dalam Pasal ini mencakup perbuatan melawan hukum dalam arti formil maupun dalam arti materil, yakni meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, namun apabila perbuatan tersebut dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan sosial dalam masyarakat, maka perbuatan tersebut dapat dipidana" bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;	Menyatakan frasa "dapat" dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 sebagaimana telah diubah dengan UU No. 20 Tahun 2001 bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat

Sebelum dikeluarkannya putusan Mahkamah Konstitusi No. 25/PUU-XIV/2016, dalam praktiknya penerapan kedua pasal tersebut menimbulkan permasalahan. Rumusan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 yang hampir sama dan luas menyebabkan kedua pasal tersebut dipergunakan sebagai pasal "keranjang sampah" bagi pelaku yang dipandang memiliki perbuatan yang korup. Akibatnya banyak pegawai negeri sipil atau pejabat publik yang takut mengambil kebijakan yang dikategorikan sebagai tindak pidana korupsi sehingga merugikan keuangan negara. Demikian pula dengan kata "dapat" dalam frasa "merugikan keuangan negara atau perekonomian negara" pada Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 yang dalam praktiknya menimbulkan permasalahan. Hal ini dipandang menimbulkan ketidakadilan dan ketidakpastian hukum bagi terdakwa.

Putusan Mahkamah Konstitusi No. 25/PUU-XIV/2016 memberikan angin segar bagi pegawai negeri sipil atau pejabat publik. Adanya putusan Mahkamah Konstitusi ini dipandang sebagai usaha untuk meminimalisir kriminalisasi atas perbuatan aparatur sipil negara. Terlebih Mahkamah Konstitusi kemudian mengkaitkan putusan ini dengan dikeluarkannya Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (UU No. 30 Tahun 2014).

B. Perumusan Masalah

Terkait hal tersebut terdapat tiga permasalahan hukum yang hendak diteliti, yaitu sebagai berikut:

1. Bagaimana makna Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 pra dan pasca dikeluarkannya Putusan Mahkamah Konstitusi No. 25/PUU-XIV/2016?
2. Bagaimana permasalahan penerapan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 sebelum dikeluarkannya Putusan Mahkamah Konstitusi No. 25/PUU-XIV/2016?
3. Apakah dengan dikeluarkannya Putusan Mahkamah Konstitusi No. 25/PUU-XIV/2016 dapat meminimalisir kriminalisasi perbuatan pegawai negeri sipil atau pejabat publik?

C. Metode Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian kualitatif dimana penelitian mencakup kegiatan penyusunan dan perancangan penelitian, pengumpulan data dan pengolahan data serta melakukan analisis terhadap data-data yang telah terkumpul untuk kemudian disusun dalam suatu laporan penelitian.¹ Data-data yang dipergunakan dalam penelitian ini merupakan data-data yang bersumber dari data sekunder yaitu data-data yang diperoleh melalui metode penelitian kepustakaan dengan menelaah bahan-bahan kepustakaan atau dengan melakukan studi dokumen.²

Dalam penelitian ini akan digunakan data sekunder yang terdiri dari. *Pertama* bahan hukum primair, yaitu bahan-bahan yang isinya mempunyai kekuatan mengikat pada masyarakat dan terdiri dari norma-norma dasar seperti undang-undang dan peraturan perundang-undangan lainnya dan putusan pengadilan. *Kedua* Bahan hukum sekunder, yaitu bahan-bahan yang memberikan informasi atau hal-hal yang berkaitan dengan isi sumber primair dan implementasinya, antara lain buku, majalah hukum, jurnal hukum maupun non hukum baik dari jurnal nasional maupun jurnal internasional, hasil karya ilmiah penelitian yang ditulis makalah seminar, tesis, disertasi, serta artikel dan berita yang berasal dari website maupun portal yang isinya dapat dipertanggungjawabkan. *Ketiga*, bahan hukum tersier, yaitu bahan-bahan yang memberikan petunjuk-petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder.³

¹ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Jakarta: Kencana, 2010, h. 35.

² Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Jakarta: Rajawali Press, 2011, h. 35

³ *Ibid.*

Sebagai suatu penelitian hukum, penelitian ini juga merupakan penelitian normatif hukum dengan menggunakan pendekatan yuridis normatif. Penelitian didasarkan pada norma-norma hukum dalam peraturan perundang-undangan terkait yang ditekankan pada analisis masalah hukum dengan menarik asas-asas hukum dan melakukan sinkronisasi pada peraturan perundang-undangan.

PEMBAHASAN

A. Menafsirkan Kembali Ketentuan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi No. 25/PUU-XIV/2016

Berbicara Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 tidak dapat dipisahkan dari Undang-Undang No. 3 Tahun 1971 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (UU No. 3 Tahun 1971). Secara historis ketentuan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 berasal dari norma hukum yang terdapat dalam Pasal 1 ayat (1) huruf a dan huruf b UU No. 3 Tahun 1971 yang kemudian diadopsi dalam UU No. 31 Tahun 1999 dengan melakukan perubahan minor pada beberapa frasa.

Tabel 2
Perbandingan Rumusan Tindak Pidana

UU No. 3 Tahun 1971	UU No. 31 Tahun 1999
Pasal 1 ayat (1) Dihukum karena tindak pidana korupsi ialah: a. barangsiapa dengan melawan hukum melakukan perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain, atau suatu Badan, yang secara langsung atau tidak langsung merugikan keuangan negara dan atau perekonomian negara, atau diketahui atau patut disangka olehnya bahwa perbuatan tersebut merugikan keuangan negara atau perekonomian negara;	Pasal 2 (1) Setiap orang yang secara melawan hukum melakukan perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain yang suatu korporasi yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara, dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 4 (empat) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun dan denda paling sedikit Rp. 200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah) dan paling banyak Rp. 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).

<p>b. barangsiapa dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu Badan, menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan, yang secara langsung atau tidak langsung dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara;</p>	<p>Pasal 3 Setiap orang yang dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi, menyalahgunakan kewenangan, kesempatan, atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara, dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 1 (satu) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun dan atau denda paling sedikit Rp. 50.000.000 (lima puluh juta rupiah) dan paling banyak Rp. 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah)</p>
--	---

Secara historis baik ketentuan dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 ditujukan kepada subjek yang merupakan seorang pegawai negeri atau pejabat publik yang memiliki kekuasaan, meskipun dalam UU No. 31 Tahun 1999 sebagaimana telah diubah dengan UU No. 20 Tahun 2001 tidak secara tegas menyatakan demikian. Dalam rumusan kedua pasal tersebut menggunakan frasa “barang siapa” namun bukan berarti kedua pasal tersebut merupakan *communa delict* tetapi merupakan *delict propria*. Oemar Seno Adji, Menteri Kehakiman pada saat itu yang menjadi wakil Pemerintah dalam pembahasan dengan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) menyatakan bahwa ketentuan Pasal 1 ayat (1) huruf a dan b UU No. 3 Tahun 1971 harus ditujukan kepada pegawai negeri sipil atau kedudukan istimewa yang dimiliki seseorang di dalam jabatan publik sebagaimana dimaksud dalam Penjelasan Pasal 1 UU No. 3 Tahun 1971. Apabila non pegawai negeri atau swasta yang melakukan tindak pidana yang dapat merugikan keuangan atau perekonomian negara akan dikenakan berbagai peraturan perundang-undangan khusus yang menempatkan non pegawai negeri atau swasta sebagai subjek tindak pidana seperti undang-undang tindak pidana ekonomi.⁴

⁴ Oemar Seno Adji, *Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi dan Penerapannya* dalam Albert Hasibuan, ed., *Dua Guru Besar Berbicara tentang Hukum*, Bandung: Alumni, 1985, h. 49.

Pasal 2 ayat (1) UU No. 31 Tahun 1999 memiliki tiga unsur yaitu (a) memperkaya diri sendiri, orang lain, atau korporasi; (b) melawan hukum; (c) dapat merugikan keuangan atau perekonomian negara.⁵ Perbuatan yang dilarang dalam pasal tersebut adalah perbuatan yang memperkaya diri sendiri atau orang lain atau korporasi dengan menggunakan sarana melawan hukum tanpa perlu dibuktikan apakah dari perbuatannya tersebut timbul kerugian keuangan atau perekonomian negara benar-benar dirugikan. Pasal tersebut merupakan *formeel delict* karena perbuatan yang hendak pidana adalah manifestasi dari perbuatan seorang pegawai negeri atau kedudukan seorang pejabat publik yang secara tidak patut menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau korporasi dengan segala akibat hukumnya.⁶

Dalam Penjelasan Umum UU No. 3 Tahun 1971 dinyatakan bahwa “sarana “melawan hukum”, yang mengandung pengertian formil maupun materil”. Pada rancangan awal Penjelasan Umum UU No. 3 Tahun 1971 yang disampaikan kepada DPR, melawan hukum yang dimaksudkan dalam rancangan undang-undang tersebut ditulis dengan kalimat “seperti dalam hukum perdata”. Dalam Jawaban Pemerintah atas Pandangan Umum Babak 1 kepada DPR, menyatakan bahwa “*wederrechtelijk*” dalam hukum pidana mengandung pula pengertian “*maatschappelijk onbetamelijk*” yang juga mencakup pengertian “*onreumatigedaad*” sebagai suatu perbuatan yang bertentangan dengan keharusan dalam pergaulan hidup untuk bertindak cermat terhadap orang lain, barangnya maupun haknya dimana pada prinsipnya perbuatan tersebut adalah perbuatan-perbuatan yang dipandang tercela oleh masyarakat. Lebih lanjut dinyatakan bahwa dalam hukum pidana perbuatan-perbuatan yang dipandang tercela oleh masyarakat dirumuskan “*onreumatigedaad*” dalam hukum perdata tidak memiliki perbedaan dari unsur “*maatschappelijk onbetamelijk*” dalam rumusan Pasal 1 ayat (1) huruf a tersebut mencakup pengertian “*wederrechtelijk*” dalam hukum pidana.

Dalam Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU No. 31 Tahun 1999 secara melawan hukum tersebut juga meliputi perbuatan melawan hukum dalam arti formil maupun dalam arti materil. Perbuatan melawan hukum dalam arti materil ini dalam Penjelasan tersebut diartikan sebagai perbuatan melawan hukum materil dalam fungsi positif atau memperluas ruang lingkup cakupan delik, dimana meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan,

⁵ Shinta Agustina, et al., *Penjelasan Hukum Unsur Melawan Hukum Penafsiran Unsur Melawan Hukum Dalam Pasal 2 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi*, Jakarta: Judicial Sector Support Program, 2016, h. 72.

⁶ Oemar Seno Adji, *Hukum Pidana Pengembangan*, Jakarta: Erlangga, 1985, h. 261.

namun apabila perbuatan tersebut dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan sosial dalam masyarakat, maka perbuatan tersebut dapat dipidana. Hal ini berbeda dengan UU No. 3 Tahun 1971, dimana menurut Oemar Seno Adji "*materiele wederrechtelijk*" yang diakui tersebut dalam fungsi negatif sebagai alasan pembenar pidana di luar undang-undang.⁷ Hal tersebut juga telah diakui dalam putusan Mahkamah Agung yang telah menjadi yurisprudensi di Indonesia seperti dalam putusan Mahkamah Agung No. 42K/Kr/1965 tanggal 8 Januari 1996 dengan nama terdakwa Machroes Effendi, putusan Mahkamah Agung No. 81K/Kr/1973 tanggal 30 Maret 1977 dengan nama terdakwa Moch. Otjo Danaatmadja bin Danaatmadja dan putusan Mahkamah Agung No. 97K/Kr/1973 tanggal 21 November 1973 dengan nama terdakwa Sabar Soediman bin Hadiprodjo.⁸

Pasca putusan Mahkamah Konstitusi No. 003/PUU-IV/2006 terjadi penafsiran baru tentang unsur melawan hukum. Dengan adanya putusan tersebut dapat ditafsirkan bahwa perbuatan melawan hukum materil dalam arti positif bertentangan dengan asas legalitas sehingga dipandang tidak belaku lagi. Sedangkan perbuatan melawan hukum materil dalam arti positif masih diterima,⁹ hal ini berarti pengertian perbuatan melawan hukum materil kembali pada tafsiran awal pada UU No. 3 Tahun 1971 sebagaimana dikemukakan oleh Oemar Seno Adji. Pandangan lain menyatakan bahwa penafsiran atas unsur melawan hukum tersebut diserahkan kepada hakim yang memutus perkara untuk memberikan makna dari frasa secara melawan hukum tersebut karena yang dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat merupakan bagian penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU No. 31 Tahun 1999 sehingga terhadap frasa secara melawan hukum dalam Pasal 2 ayat (1) UU No. 31 Tahun 1999 tidak memiliki penafsiran otentik.¹⁰

Pasal 3 UU No. 31 Tahun 2001 yang juga memiliki tiga unsur yaitu (a) dengan tujuan menguntungkan diri sendiri, atau orang lain, atau suatu korporasi; (b) menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan; (c) dapat merugikan keuangan atau perekonomian negara.¹¹ Dari rumusan deliknya, pasal ini ditujukan kepada pegawai negeri atau

⁷ *Ibid*, h. 262

⁸ Indriyanto Seno Adji, *Korupsi dan Perbuatan Melawan Hukum Materil*, Jakarta: Rizkita, 2001, h. 44.

⁹ Abdul Latif, "Tafsir Unsur Melawan Hukum Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi," *Jurnal Konstitusi*, Vol. 7 No. 3 2010, h. 64.

¹⁰ RB. Budi Prastowo, "Delik Formil/Materil, Sifat Melawan Hukum Formil/Materil dan Pertanggungjawaban Pidana Dalam Tindak Pidana Korupsi Kajian Teori Hukum Pidana terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi RI Perkara No. 003/PUU-IV/2006," *Jurnal Pro Justisia*, Vol. 24 No. 3, 2006, h. 220.

¹¹ Shinta Agustina, et al., *Op.Cit.*

pejabat publik yang memiliki kewenangan tertentu. Hal tersebut dapat ditafsirkan dari adanya unsur “menyalahgunakan kewenangan” yang dimana frasa tersebut secara *inherent* selalu menggandung sifat melawan hukum.¹² Selain itu dalam Penjelasan Pasal 1 Ayat (1) huruf b UU No. 3 Tahun 1971 yang mengaitkan unsur menyalahgunakan kewenangan dengan ketentuan Pasal 52 Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP), yang juga hanya berlaku bagi pegawai negeri. Dalam Pasal ini harus dibuktikan terlebih dahulu bahwa pegawai negeri atau pejabat publik tersebut memiliki kewenangan untuk kemudian dibuktikan bahwa ada kewenangan yang diselewengkan sebagai sarana dan tujuan untuk menguntungkan diri sendiri atau orang lain. Sama halnya dengan rumusan Pasal 2 ayat (1) UU No. 31 Tahun 1999, perumusan tindak pidana korupsi pada Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 juga dirumuskan secara formil (*formeel delict*).

Baik penerapan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 tersebut harus dipertimbangkan adanya kesengajaan dan kausalitas antara subjek tindak pidana, unsur melawan hukum dan unsur memperkaya diri sendiri atau orang lain. Harus ada hubungan kausalitas yang nyata bahwa perbuatan yang dilakukan oleh seorang pegawai negeri atau pejabat publik yang dilakukan dengan sarana melawan hukum atau menyalahgunakan kewenangan kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan tersebut mengakibatkan pegawai negeri atau pejabat publik atau orang lain yang terkait tersebut memperoleh kekayaan yang tidak wajar. Jika tidak bisa dibuktikan maka perbuatan tersebut tidak dapat dikualifikasikan sebagai tindak pidana korupsi.

Putusan Mahkamah Konstitusi No. 25/PUU-XIV/2016 telah menghapuskan frase “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999. Dengan dihapuskannya frase “dapat” tersebut maka terjadi perubahan penafsiran atas kedua pasal tersebut dimana pasal tersebut menjadi delik materil. Artinya harus ada kerugian negara atas perbuatan seorang pegawai negeri atau pejabat publik yang memperkaya diri sendiri atau orang lain atau korporasi yang dilakukan dengan sarana melawan hukum atau menyalahgunakan kewenangan yang dimilikinya tersebut. Kerugian negara yang dimaksud adalah *actual loss* atau kerugian yang benar-benar nyata yang menurut Penjelasan Pasal 32 Ayat (1) UU No. 31 Tahun 1999, kerugian negara didefinisikan sebagai kerugian yang sudah dapat dihitung jumlahnya berdasarkan hasil temuan instansi yang berwenang atau akuntan

¹² Hotasi Nababan, *Hukum Tanpa Takaran Penjara Korupsi Bagi Korban Penipuan*, Jakarta: Q Communication, 2015. h. 164.

publik yang ditunjuk. Keberadaan unsur kerugian negara dipandang menjadi penting untuk menghindari Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 menjadi pasal “keranjang sampah” bagi pegawai negeri atau pejabat publik yang lalai, melanggar atau tidak sesuai dengan kepatutan dikualifikasi sebagai tindak pidana korupsi. Tanpa adanya kerugian negara yang nyata maka niat jahat untuk memperkaya diri dengan cara tercela yang melanggar ketentuan peraturan perundang-undangan tidak dapat dikualifikasikan sebagai tindak pidana korupsi dalam Pasal 2 ayat (1) maupun Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 apabila tidak ada kerugian negara yang nyata yang didasarkan pada perhitungan atau hasil temuan instansi yang berwenang.

Terkait dengan permasalahan pembuktian kerugian negara maka mencangkup siapa yang berwenang untuk menerbitkan laporan mengenai kerugian negara tersebut. Putusan Mahkamah Konstitusi No. 31/PUU-X/2012 menyatakan bahwa pembuktian mengenai kerugian negara dapat dilakukan sendiri di luar dari temuan Badan Pemeriksa Keuangan (BPK) dan Pemeriksa Keuangan dan Pembangunan (BPKP) misalnya dengan mengundang ahli atau dengan meminta bahan dari inspektorat jenderal atau badan yang mempunyai fungsi yang sama dengan itu, termasuk dari perusahaan juga dapat dimintakan untuk dapat menunjukkan kebenaran materiil dalam penghitungan kerugian keuangan negara. Akan tetapi pada tahun 2016, putusan tersebut dimentahkan oleh Mahkamah Agung melalui Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) No. 4 Tahun 2016 yang menyatakan hanya BPK sebagai instansi yang berwenang untuk menyatakan ada tidaknya kerugian negara. Badan-badan audit lain selain BPK tidak berwenang menyatakan ada atau tidaknya kerugian negara. Badan-badan audit lainnya termasuk BPKP, hanya berwenang mengaudit dan memeriksa pengelolaan keuangan negara.

B. Permasalahan Penerapan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 dalam Praktik Sebelum Putusan Mahkamah Konstitusi No. 25/PUU-XIV/2016

Dalam praktik terdapat permasalahan dalam penerapan unsur-unsur pada Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999. Beberapa diantara permasalahan tersebut terdapat dalam enam putusan Mahkamah Agung yang telah berkekuatan tetap sebagai berikut:

Tabel 3
Posisi Perkara Putusan Mahkamah Agung

Putusan	Perkara
Mahkamah Agung No. 334 K/Pid.Sus/2009	John Darwin Bin H. Malison menyalahgunakan kewenangan sebagai Kepala Bagian Keuangan Sekretariat Daerah Kabupaten OKU Selatan yang merugikan negara sebesar Rp. 743.649.816,-
Mahkamah Agung No. 936K/Pid.Sus/2009	ST. Widagdo merupakan Direkur Utama PT Giri Jaladhi Wahan (PT GJW) yang melakukan penandatanganan perjanjian kerja sama pembangunan dan pengelolaan Pasar Sentra Antasari dengan Pemerintah Kota Banjarmasin yang kemudian diselewengkan dalam pelaksanaannya sehingga mengakibatkan Pemerintahan kota Banjarmasin kehilangan pendapatan uang hasil dari pengelolaan Pasar Sentra Antasari sebesar Rp.7.650.143.645,-
Mahkamah Agung No. 97 PK/Pid.Sus/2012	Sudjiono Timan selaku Direktur Utama PT (Persero) Bahana Pembinaan Usaha Indonesia (PT BPUI) memberikan pinjaman kredit dan perjanjian kerjasama dengan Kredit Asia Finance Limited, Festival Company Inc maupun Penta Investment Ltd yang merugikan keuangan negara sebesar USD 178,942,801,93 dan Rp.369.446.905.115,56.
Mahkamah Agung No. 417 K/Pid.Sus/2014	Hotasi D.P. Nababan selaku mantan Direktur Utama PT (Persero) Merpati Nusantara Airlines (PT MNA) melakukan tindak pidana korupsi karena melakukan tindakan penyewaan pesawat Boeing 737-400 dan Boeing 737-500 yang menimbulkan kerugian pada keuangan negara sebesar USD 1 juta.
Mahkamah Agung No. 787 K/PID. Sus/2014	Indar Atmanto selaku Direktur Utama PT Indosat Mega Media (PT IM2) melakukan tindak pidana korupsi karena menyelewengkan perjanjian kerja sama antara PT IM2 dengan PT Indosat, Tbk (PT I) untuk mempergunakan frekuensi 3G milik PT I sehingga pelayanan akses internet PT IM2 dapat lebih cepat, bergerak, dan mencapai segmen pengguna residensial yang merugikan keuangan negara sebesar Rp1.358.343.346.674,-

Terkait dengan penerapan subjek tindak pidana, terdapat perdebatan mengenai perbedaan ketentuan Pasal 2 ayat (1) dengan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999. Menurut Indriyanto Seno Adji, hubungan antara Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 merupakan hubungan *genus delict* dengan *species delict*. Dalam hal ini unsur melawan hukum dalam Pasal 2 ayat (1) UU No. 31 Tahun 1999 merupakan *genus delict* sedangkan unsur menyalahgunakan kewenangan dalam Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 merupakan *species delict*.¹³ Akan tetapi beberapa sarjana hukum tidak sependapat karena apabila hubungan kedua pasal tersebut adalah *genus delict* dan *species delict*, maka dalam bentuk delik yang dikualifikasi (*gekwalficeerd delict*) dengan delik yang diperingan (*geprivilegieerd delict*) seharusnya ancaman pidana pada Pasal 2 ayat (1) lebih berat dari Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999.¹⁴

Terkait hal ini Mahkamah Agung telah menerbitkan SEMA No. 7 Tahun 2012 mengenai kriteria kerugian negara untuk membedakan penggunaan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999. Para Hakim Agung sepakat bahwa kerugian negara kurang dari Rp. 100.000.000,- maka yang dipergunakan adalah Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 dan jika kerugian negara lebih dari nilai tersebut maka Pasal 2 ayat (1) UU No. 31 Tahun 1999 yang dipergunakan. Akan tetapi hal ini tidak tepat dan tidak menyelesaikan perdebatan yang ada.¹⁵

Dalam praktiknya Pasal 2 ayat (1) UU No. 31 Tahun 1999 diterapkan kepada subjek tindak pidana korupsi dari pihak non pegawai negeri atau pihak swasta,¹⁶ sedangkan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 diterapkan kepada subjek tindak pidana korupsi dari pihak pegawai negeri atau pejabat publik. Seperti dalam putusan Mahkamah Agung No. 334 K/Pid.Sus/2009, yang Majelis Kasasi membatalkan putusan Pengadilan Negeri Baturaja No. 146/Pid.B/2007/PN.BTA. yang menyatakan terdakwa terbukti bersalah telah memenuhi dakwaan primair Pasal 2 ayat (1) Jo Pasal 18 ayat (2) dan (3) UU No. 31 Tahun 1999 sebagaimana dirubah UU No. 20 Tahun 2001 Jo Pasal 55 ayat (1) ke-1 KUHP, untuk kemudian mengadili sendiri dengan menyatakan bahwa terdakwa terbukti telah memenuhi dakwaan subsidair Pasal 3 Jo Pasal 18 ayat (1) dan (2) UU No. 31 Tahun 1999 sebagaimana dirubah UU No. 20 Tahun 2001.

¹³ Indriyanto Seno Adji, *Korupsi, Kebijakan Aparatur Negara dan Hukum Pidana*, Jakarta: Diadit Media, 2009, h. 172.

¹⁴ Shinta Agustina, et. al., *Op.Cit.*

¹⁵ *Ibid*, h. 14-15.

¹⁶ Darwan Prinst, *Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi*, Bandung: Pt. Citra Aditya Bakti, 2002, h. 29.

Terkait dengan penerapan Pasal 2 ayat (1) UU No. 3 Tahun 1999, tersebut terjadi kerancuan karena penerapan pasal tersebut tidak dapat diterapkan kepada pihak non pegawai negeri atau kepada pihak swasta. Akan tetapi dalam praktiknya sebaliknya bahkan perkembangannya pasal ini pun diterapkan untuk menjerat korporasi yang melakukan tindak pidana korupsi. Penerapan tersebut tidak bisa lepas dari pengertian pegawai negeri dalam UU No. 31 Tahun 1999 sendiri. Terjadi perluasan makna pegawai negeri dalam Pasal 1 angka 2 UU No. 31 Tahun 1999 yang meliputi orang yang menerima gaji atau upah dari korporasi lain yang mempergunakan modal atau fasilitas dari negara atau masyarakat. Inilah yang kemudian ditarik untuk diterapkan oleh Majelis Hakim dalam putusan Mahkamah Agung No. 936K/Pid.Sus/2009 dan Putusan Mahkamah Agung No. 787 K/PID. Sus/2014.

Memang Majelis Hakim dalam pertimbangan hukumnya tidak menyinggung mengenai hal ini, namun hal ini perlu menjadi catatan. Dalam putusan Mahkamah Agung No. 787 K/PID. Sus/2014, Majelis Hakim tidak mempertimbangkan kedudukan terdakwa Indar Atmanto selaku Direktur Utama PT IM2 yang tidak dapat dikualifikasikan sebagai pegawai negeri sipil meskipun negara memiliki penyertaan saham sebesar 14,29% di PT I yang merupakan perusahaan induk atau *holding company* dari PT IM2.¹⁷ Demikian pula dalam putusan Mahkamah Agung No. 936K/Pid.Sus/2009 baik terdakwa ST. Widagdo dan PT GJW tidak dapat dikualifikasikan sebagai pegawai negeri sipil karena PT GJW bukan Badan Usaha Milik Negara (BUMN) atau pun Badan Usaha Milik Daerah (BUMD). Pintu masuk yang dipergunakan oleh Penuntut Umum adalah fakta bahwa dalam menjalankan perjanjian kerjasama pembangunan dan pengelolaan Pasar Sentra Antarasi dengan Pemerintah Kota Banjarmasin, PT GJW melalui ST Widagdo selaku Direktur Utamanya telah menandatangani perjanjian fasilitas kredit modal kerja dengan PT (Persero) Bank Mandiri, Tbk yang merupakan BUMN senilai Rp. 199.536.064.675,65.

Mengenai penerapan unsur melawan hukum, dalam beberapa putusan Mahkamah Agung pasca diterbitkannya putusan Mahkamah Konstitusi No. 003/PUU-IV/2006, ternyata terdapat dualisme dalam putusan-putusan Mahkamah Agung mengenai unsur melawan hukum dalam Pasal 2 ayat (1) UU No. 31 Tahun 1999. Dari beberapa putusan yang diteliti, Mahkamah Agung masih menafsirkan

¹⁷ Vidya Prahassacitta, "Menyoal Pertanggungjawaban Pidana PT IM2 dalam Perkara Tindak Pidana Korupsi Kajian Atas Putusan Mahkamah Agung Nomor:787k/Pid.Sus/2014", *Jurnal Yudisial*, Vol. 9, No. 1, April 2016, h. 109.

dan menerapkan pengertian melawan hukum sebagai perbuatan melawan hukum materiil dalam arti yang positif namun tidak demikian dengan beberapa putusan Mahkamah Agung lainnya.

Tabel 4

Pertimbangan Hukum Mengenai Unsur Melawan Hukum dalam Putusan Mahkamah Agung Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi No. 003/PUU-IV/2006

Putusan Mahkamah Agung	Pertimbangan Hakim
No. 2608 K/Pid/2006	Perbuatan yang bertentangan dengan kepatutan masyarakat, oleh karena itu perbuatan-perbuatan tersebut merupakan perbuatan melawan hukum materiil dalam fungsi positifnya
No. 103 K/Pid/2007	Berdasarkan <i>la doctrine du sens clair</i> , pengertian 'melawan hukum' dalam Pasal 2 ayat (1) haruslah dimaknai dalam arti formil dan materiil
No. 334 K/Pid. Sus/2009	Unsur perbuatan melawan hukum, sesuai dengan penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU No.31 Tahun 1999 yang dimaksud dengan secara melawan hukum adalah merupakan perbuatan melawan hukum dalam arti formil maupun materiil, yang berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi No.003/PUU 4/2006 tanggal 25 Juli 2006 dalam putusannya telah menyatakan penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU No. 31 Tahun 1999 tentang perbuatan melawan hukum dalam arti materiil dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945, dengan demikian perbuatan melawan hukum yang diakui adalah perbuatan melawan hukum dalam arti formil.
No. 97 PK/Pid. Sus/2012	Bahwa penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU No. 31 Tahun 1999 khususnya tentang perbuatan melawan hukum materiil, berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 tanggal 25 Juli 2006 dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan dinyatakan tidak mempunyai kekuatan mengikat, sehingga berdasarkan Pasal 1 ayat (2) KUHP ketentuan perbuatan melawan hukum secara materiil dengan fungsi positif sudah tidak tepat lagi diterapkan dalam perkara Pemohon Peninjauan kembali

No. 787 K/PID. Sus/2014	Perbuatan Terdakwa selaku Direktur Utama PT. IM2 menandatangani perjanjian kerjasama dengan PT. I dan sejak penandatanganan perjanjian kerjasama tersebut PT. IM2 telah menggunakan tanpa hak frekuensi 2,1 GHz (3G) milik PT. I, penggunaan frekuensi 2,1 GHz (3G) oleh IM2 merupakan perbuatan melawan hukum karena bertentangan dengan Pasal 17 Peraturan Pemerintah Nomor 53 Tahun 2000, Pasal 2 ayat (2) Peraturan Menteri Komunikasi dan Informatika Nomor 7 Tahun 2006, Pasal 25 ayat (1) Peraturan Pemerintah Nomor 53 Tahun 2000, Pasal 29 ayat (1) dan Pasal 30 Peraturan Pemerintah Nomor 53 Tahun 2000
No. 837 K/Pid. Sus/2015	Memperkuat pertimbangan hukum Pengadilan Tindak Pidana Korupsi Padang No. 16/Pid.Sus/TPK/2014/PN.PDG yang mempergunakan pengertian melawan hukum dalam unsur melawan hukum tindak pidana korupsi adalah perbuatan yang bertentangan dengan hukum, bertentangan dengan hak orang lain, ataupun bertentangan dengan kewajibannya." Hakim mengacu kepada pendapat Van Hattum dan Yurisprudensi Putusan MA RI No. 275 K/Pid/1983, tanggal 15 Desember 1983, dalam perkara R.S. Nata Legawa.

Selain itu permasalahan lainnya adalah terkait dengan penerapan unsur melawan hukum pada Pasal 2 ayat (1) UU No. 31 Tahun 1999 terletak pada permasalahan apakah perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh pelaku dapat dikualifikasikan sebagai unsur melawan hukum dalam pengertian hukum pidana. Pengertian melawan hukum "*wederrechtelijk*" dalam hukum pidana sering dicampuradukkan dengan pengertian melawan hukum "*onrechmatigedaad*" dalam hukum perdata. Akibatnya perbuatan dipandang tercela dalam masyarakat yang seharusnya masih dalam area hukum perdata kemudian dikualifikasikan sebagai melawan hukum dalam hukum pidana. Contohnya dalam putusan Mahkamah Agung No. 936K/Pid.Sus/2009 dan putusan Mahkamah Agung No. 417 K/Pid.Sus/2014.

Dualisme pandangan mengenai hal ini terlihat dalam dua putusan Mahkamah Agung. Dalam putusan Mahkamah Agung No. 97 PK/Pid.Sus/2012 Majelis Hakim pada tingkat Peninjauan Kembali menyatakan bahwa perbuatan terdakwa Sudjiono Timan selaku Direktur Utama PT BPUI kaitan dengan kegiatan perusahaan

dalam transaksi bisnis dengan Kredit Asia Finance Limited, Festival Company Inc maupun Penta Investment Ltd dan penggunaan dana Rekening Dana Investasi masih dalam koridor hukum perdata. Oleh karenanya Majelis Hakim menyatakan bahwa perbuatan terdakwa tersebut bukan merupakan suatu tindak pidana. Hal ini berbeda dengan Putusan Mahkamah Agung No. 417 K/Pid.Sus/2014, yang membatalkan Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 36/PID.B/TPK/2012/JKT.PST yang membebaskan terdakwa Hotasi D.P. Nababan untuk kemudian mengadili sendiri dan menyatakan bahwa perbuatan terdakwa terdakwa Hotasi D.P. Nababan selaku Direktur Utama PT MNA telah secara melawan hukum yang telah menyewakan pesawat Boeing 737-400 dan Boeing 747-500.

Sedangkan mengenai penerapan unsur memperkaya diri sendiri atau orang lain atau badan terjadi akibat dari perumusan pasal yang luas tersebut perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain dengan menggunakan sarana melawan hukum mengakibatkan banyak perbuatan yang sesungguhnya tidak masuk dalam kualifikasi tindak pidana korupsi dapat dimasukkan dalam rumusan Pasal 2 ayat (1) UU No. 31 Tahun 1999.¹⁸ Salah satunya dalam Putusan Mahkamah Agung No. 787 K/PID. Sus/2014.

Selain itu, dalam unsur memperkaya diri sendiri, orang lain atau korporasi secara tersirat terdapat unsur kesalahan. Akibatnya ketika Penuntut Umum atau Hakim membuktikan unsur ini harus dapat dibuktikan bahwa adanya niat jahat dari seorang pegawai negeri sipil atau pejabat publik yang memperkaya diri sendiri atau orang lain atau korporasi tersebut. Akan tetapi hal tersebut tidak dibuktikan sebagaimana dalam putusan Mahkamah Agung No. 417 K/Pid. Sus/2014, Majelis Hakim Kasasi tidak membuktikan apakah perbuatan terdakwa Hotasi D.P Nababan yang memperkaya orang lain atau korporasi yang dilakukan secara melawan hukum tersebut dilakukan dengan keinsyafan untuk memperkaya orang lain atau badan.¹⁹

Dalam praktik terdapat dua permasalahan yang timbul dari penerapan unsur dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara. *Pertama*, mengenai definisi dari keuangan negara atau perekonomian negara yang tidak jelas. *Kedua*, mengenai perhitungan dan pembuktian dari kerugian keuangan negara atau perekonomian negara yang tidak ada standarnya.

Penjelasan Umum UU No. 31 Tahun 1999 telah memberikan definisi yang panjang mengenai keuangan negara dan perekonomian negara. Terkait dengan

¹⁸ Oemar Seno Adji, *Op.Cit.* h. 50.

¹⁹ Shinta Agustina, *Op.Cit.* h. 69.

pengertian keuangan negara yang berada dalam penguasaan Badan Usaha Milik Negara (BUMN), masih terdapat silang pendapat apakah termasuk dalam cakupan keuangan negara dalam kaitannya dengan aspek hukum keuangan negara. Menurut Arifin P. Soeria Atmadja, negara atau lembaga negara tidak memiliki kewenangan publik dalam BUMN karena telah terjadi transformasi status kekayaan atau keuangan dari status uang negara menjadi uang privat. Hal tersebut didasari pandangan bahwa tata kelola dan tanggung jawab BUMN memiliki kapasitas hukum privat di mana ketentuan yang mengaturnya adalah peraturan perundang-undangan yang bersifat privat. Negara, dalam kedudukannya pada BUMN adalah badan hukum privat, yang tindakan dan pengelolaannya dalam badan hukum privat. Ketika terjadi transformasi status hukum uang negara dalam BUMN menjadi berstatus hukum privat. Negara dalam kedudukannya sebagai badan hukum publik menetapkan keputusan memisahkan keuangan negaranya untuk menjadi modal pendirian BUMN. Selanjutnya ketika uang tersebut masuk ke dalam BUMN, kedudukan negara tidak dapat dikatakan mewakili negara sebagai badan hukum publik. Dengan demikian terputus beban dan tanggung jawab negara sebagai badan hukum publik di dalam BUMN.²⁰ Oleh karenanya apabila terjadi kerugian dalam pengelolaan BUMN tidak dapat dikualifikasi sebagai tindak pidana korupsi. Faktanya, tidak adanya kesamaan pandangan terkait hal ini menyebabkan terjadi dualisme dalam praktik seperti dalam Putusan Mahkamah Agung No. 97 PK/Pid. Sus/2012, dan Putusan Mahkamah Agung No. 417 K/PID.SUS/2014.

Permasalahan selanjutnya adalah tidak ada standar mengenai bentuk audit dan bagaimana perhitungan kerugian negara tersebut yang terdapat di dalam perkara-perkara tindak pidana korupsi. Hal tersebut terlihat dalam putusan-putusan sebagai berikut:

Tabel 5

Matrik Bukti Perhitungan Kerugian Keuangan

Putusan	Bukti Perhitungan Kerugian Keuangan Negara
Mahkamah Agung No. 334 K/Pid.Sus/2009	Audit Investigasi atas Realisasi Rencana Pembiayaan Kegiatan Kabupaten (RPKK) Kabupaten OKU Selatan BPKP Perwakilan Propinsi Sumatera Selatan Tahun Anggaran 2004

²⁰ Arifin P. Soeria Atmadja, "Transformasi Status Hukum Uang Negara sebagai Teori Keuangan Publik yang Berdimensi Penghormatan terhadap Badan Hukum," *Paparan Ilmiah Disampaikan pada Acara Syukuran Pemberian Penghargaan Guru Besar Pengabdian Pendidikan Anugerah Sewaka Winayaroha*, Jakarta: Universitas Indonesia, 2007, h. 3-5.

Mahkamah Agung No. 936K/Pid.Sus/2009	Perhitungan Badan BPKP Perwakilan Propinsi Kalimantan Selatan No. S-1911/PW.16/5/2008 tanggal 19 Mei 2008
Mahkamah Agung No. 97 PK/Pid.Sus/2012	Laporan Audit Independen BPKP terhadap PT BPUI tahun 1995 sampai dengan 1999
Mahkamah Agung No. 417 K/Pid.Sus/2014	Laporan Audit BPK terhadap PT MNA Tahun 2006
Mahkamah Agung No. 787 K/PID. Sus/2014	Laporan Hasil Perhitungan Keuangan Negara BPKP tahun 2012

Padahal hanya tidak semua audit yang dilakukan oleh BPK maupun BPKP dapat dijadikan bukti dalam tindak pidana korupsi. Hanya audit investigatif saja yang dilakukan oleh BPK yang dapat dijadikan acuan untuk menghitung adanya kerugian keuangan negara yang merupakan unsur dari tindak pidana korupsi. Hal tersebut sesuai dengan ketentuan Pasal 13 Undang-Undang No. 15 Tahun 2004 tentang Pemeriksaan Pengelolaan dan Tanggung Jawab Keuangan Negara.

C. Dampak Putusan Mahkamah Konstitusi No. 25/PUU-XIV/2016 terhadap Kriminalisasi Perbuatan Pegawai Negeri Sipil dan Pejabat Publik

Putusan Mahkamah Konstitusi No. 25/PUU-XIV/2016 memberikan dampak dalam upaya penegakan hukum. Akan tetapi sayangnya adanya putusan ini dipandang tidak menyelesaikan berbagai permasalahan yang timbul atas penerapan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999. Sebagaimana telah dikemukakan sebelumnya, sejumlah permasalahan terhadap penerapan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 telah terjadi sebelum dikeluarkannya Putusan Mahkamah Konstitusi No. 25/PUU-XIV/2016. Jika ditelaah lebih lanjut maka akar permasalahan tersebut adalah aparat penegak hukum yang melihat unsur-unsur pada kedua pasal tersebut secara parsial tanpa menarik unsur kesalahan dan kausalitas antara satu unsur dengan unsur yang lainnya.

Majelis Hakim Konstitusi sendiri tidak memahami bahwa permasalahan yang ada tersebut bukan terletak pada ada atau tidak adanya kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 tersebut. Hal ini juga terlihat dari pertimbangan hukum Majelis Hakim Konstitusi pada Putusan No. 25/PUU-XIV/2016 menyatakan bahwa seorang pegawai negeri atau pejabat negara

memungkinkan untuk dipidana korupsi walaupun seorang pegawai negeri atau pejabat negara tersebut mengeluarkan suatu kebijakan dengan itikad baik dan menguntungkan negara atau rakyat namun di saat lain menguntungkan orang lain atau korporasi padahal kebijakan tersebut bukan merupakan perbuatan jahat. Terkait dengan hal tersebut terdapat dua hal yang menjadi perhatian. *Pertama*, terpenuhi perbuatan yang memperkaya orang lain atau korporasi harus diikuti dengan terpenuhinya kehendak jahat (*mens rea*) yang dimiliki oleh pegawai negeri atau pejabat publik. *Kedua*, apabila kebijakan tersebut bukan merupakan perbuatan jahat atau bukan perbuatan tercela maka hakim dapat menggunakan sifat melawan hukum materil dalam fungsi yang negatif. Oleh karenanya ketika ada perbuatan seorang pegawai negeri atau pejabat publik yang memperkaya diri sendiri atau orang lain atau korporasi yang dilakukan dengan kehendak jahat (*mens rea*) maka harus ada hubungan akibat bahwa atas perbuatan melawan hukum atau menyalahgunakan kewenangan tersebut mengakibatkan terjadinya penambahan kekayaan pada pelaku, orang lain ataupun korporasi.

Lebih lanjut, pertimbangan Majelis Hakim Konstitusi pada putusan No. 25/PUU-XIV/2016 yang menerima permohonan *judicial review* atas frasa “dapat” pada Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 karena adanya UU No. 30 Tahun 2014 tidaklah tepat. Bahwa dengan adanya UU No. 30 Tahun 2014 memberikan perlindungan kepada pegawai negeri sipil atau pejabat publik karena tidak semua perbuatan pegawai negeri sipil atau pejabat negara yang menyalahgunakan kewenangan yang mengakibatkan kerugian negara tidak selalu dikualifikasi tindak pidana korupsi, karena ada atau tidaknya kewenangan yang disalahgunakan dilakukan pengujian melalui Pengadilan Tata Usaha Negara, sedangkan ada atau tidaknya penyalahgunaan kewenangan yang menimbulkan kerugian negara dapat diputuskan oleh pengawasan aparat interen. Terkait dengan hal ini, perlu ditegaskan bahwa kualifikasi perbuatan melawan hukum dalam hukum pidana berbeda dengan kualifikasi dengan perbuatan melawan hukum perdata maupun dalam hukum administrasi negara. Menurut Auditor Utama BPK, I Nyoman Wara²¹ melalui audit investigatif yang dilakukan oleh BPK sebenarnya akan terlihat apakah perbuatan yang dilakukan oleh pegawai negeri sipil atau pejabat publik tersebut ada unsur pidananya ataukah hanya perbuatan melawan hukum dalam ranah hukum perdata atau administrasi negara.

²¹ Disampaikan ketika I Nyoman Wara menjadi narasumber acara Bincang Jantera “Membongkar Putusan MK Tentang Pasal 2 dan 3 UU Tipikor” di Kampus STIH Jantera, Jakarta 21 Februari 2017.

Memang dalam praktiknya terjadi permasalahan mengenai Hakim yang akan menilai apakah perbuatan yang dilakukan oleh terdakwa dikualifikasikan sebagai melawan hukum dalam ranah hukum pidana atau tidak dengan kemudian memperhatikan unsur kesalahan terdakwa. Akan tetapi dalam beberapa perkara yang telah disampaikan sebelumnya, dalam praktiknya hakim kerap kali mencampuradukkan antara perbuatan melawan hukum dalam hukum pidana dengan hukum perdata maupun administrasi negara. Terlebih lagi dalam beberapa perkara audit yang dipergunakan sebagai bukti di pengadilan bukanlah audit investigatif yang dilakukan oleh BPK seperti laporan audit independen, padahal laporan audit independent bukan bentuk akuntansi forensik tidak memiliki fungsi untuk melakukan identifikasi atas adanya unsur pidana.

Sebaliknya dengan adanya putusan Mahkamah Konstitusi ini akan membuat tujuan awal dirumuskannya Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 semakin menyimpang dari tujuan awal. Adanya frase “dapat” merupakan bentuk perumusan bahwa kedua pasal tersebut merupakan delik formal dan keberadaan frase “dapat” tersebut diperlukan untuk penegakan hukum terhadap perkara tindak pidana korupsi guna untuk mempermudah beban pembuktian. Tidak diperlukan pembuktian yang akurat berapa jumlah kerugian negara namun cukup dibuktikan unsur memperkaya diri sendiri atau orang lain atau korporasi dengan cara melawan hukum.

Pada akhirnya adanya putusan Mahkamah Konstitusi ini berpotensi menimbulkan permasalahan baru. *Pertama*, terkait dengan perubahan delik dari formil menjadi delik materil, bagaimana jika tersangka atau terdakwa mengembalikan uang hasil dugaan korupsi tersebut sehingga negara tidak mengalami kerugian? Sebelum adanya putusan Mahkamah Konstitusi No. 25/PUU-XIV/2016 hal ini telah menjadi polemik ketika Majelis Hakim menyatakan terdakwa La Nyalla Mataliti tidak terbukti melakukan tindak pidana dana hibah Pemerintah Provinsi Jawa Timur kepada Kadin Jawa Timur sebesar Rp 1,1 miliar. Dalam salah satu pertimbangannya terdakwa dinyatakan tidak terlibat dalam dugaan korupsi karena telah mengembalikan dana hibah tersebut.²² *Kedua*, dalam kaitannya SEMA No. 4 Tahun 2016, apakah BPK memiliki sumberdaya dan kemampuan untuk melakukan audit investigatif terhadap seluruh perkara tindak pidana korupsi? Hal ini akan berpengaruh dalam proses penegakan pemberantasan tindak pidana

²² Maya Ayu Puspitasari, “La Nyalla Divonis Bebas, Ini Pertimbangan Hakim”, <https://m.tempo.co/read/news/2016/12/27/078830753/la-nyalla-divonis-bebas-ini-pertimbangan-hakim> diunduh 16 Februari 2017.

korupsi. Penyidik tidak dapat memproses lebih lanjut adanya dugaan tindak pidana korupsi tanpa adanya perhitungan kerugian negara. Beberapa perkara dugaan tindak pidana korupsi yang ditangani oleh Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) yang masih menunggu hasil perhitungan kerugian negara yang dilakukan oleh BPK, salah satunya perkara korupsi pengadaan *quay container crane* padahal KPK melakukan penetapan tersangka sejak 18 Desember 2015. Putusan ini akan memicu permohonan praperadilan atas penetapan sah tersangka yang tidak sah dengan alasan belum adanya kepastian mengenai perhitungan kerugian negara.²³ Akan tetapi bisa terjadi sebaliknya apabila perbuatan yang dilakukan oleh pelaku sudah memenuhi bukti permulaan yang cukup dimana perbuatan tersebut dipandang sebagai perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau korporasi dengan cara melawan hukum akan tetapi BPK tidak mengeluarkan laporan perhitungan kerugian negara karena dalam pandangan BPK tidak ada kerugian yang dialami oleh negara. Bukan tidak mungkin Penuntut Umum kemudian melakukan perhitungan sendiri atas kerugian negara sebagaimana yang dilakukan oleh Kejaksaan Negeri Samarinda dalam beberapa perkara dugaan tindak pidana korupsi gardu induk PLN di Pulau Atas pada tahun 2007 dan hal tersebut terbukti di pengadilan.²⁴

KESIMPULAN

Pembahasan atas rumusan permasalahan-permasalahan hukum yang telah dilakukan, diperoleh tiga kesimpulan sebagai berikut: *Pertama*, Putusan Mahkamah Konstitusi No. 25/PUU-XIV/2016 memberikan penafsiran baru atas ketentuan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999. Dari perumusan delik maka terjadi perubahan dari delik formil menjadi delik materil. Hal ini justru membuat makna dari Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 semakin jauh dari tujuan awal dibentuknya kedua pasal tersebut yaitu yang hendak pidana adalah manifestasi dari perbuatan seorang pegawai negeri sipil atau kedudukan seorang pejabat publik yang secara tidak patut menguntungkan diri sendiri atau orang lain dengan segala akibat hukumnya.

Kedua, sebelum adanya putusan Mahkamah Konstitusi No. 25/PUU-XIV/2016 telah terjadi berbagai permasalahan mengenai penerapan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999. Akar permasalahan tersebut adalah aparat penegak

²³ Aradila Caesar Irmayni Idris, "Memaknai Ulang Unsur Kerugian Negara", <http://www.jawapos.com/read/2017/02/01/106444/memaknai-ulang-unsur-kerugian-negara> diunduh 16 Februari 2017.

²⁴ "Jaksa Jaksa Hitung Kerugian Negara, Tersangka Protes Dinilai Tak Kompeten dan Berpotensi Ada Permainan", <http://kaltim.prokal.co/read/news/267899-jaksa-hitung-kerugian-negara-tersangka-protes.html> diunduh 16 Februari 2017.

hukum yang melihat unsur-unsur pada kedua pasal tersebut secara parsial tanpa menarik unsur kesalahan dan kausalitas antara satu unsur dengan unsur yang lainnya, bukan pada ada atau tidaknya frasa “dapat” pada Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999.

Ketiga, Adanya putusan Mahkamah Konstitusi No. 25/PUU-XIV/2016 tidak meminimalisir kriminalisasi perbuatan pegawai negeri sipil atau pejabat publik. Memang adanya UU No. 30 Tahun 2014 memberikan kepastian hukum bagi pegawai negeri sipil atau pejabat publik karena tidak semua perbuatan pegawai negeri sipil atau pejabat negara yang menyalahgunakan kewenangan yang mengakibatkan kerugian negara tidak selalu dikualifikasi tindak pidana korupsi. Akan tetapi kedua undang-undang tersebut tidak saling bertentangan karena kualifikasi perbuatan melawan hukum yang diatur berbeda. Justru adanya putusan Mahkamah Konstitusi tersebut berpotensi menimbulkan permasalahan baru yang dapat menghambat proses penegakan hukum dalam pemberantasan tindak pidana korupsi di Indonesia.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Agustina, Shinta, et al., 2016, *Penjelasan Hukum Unsur Melawan Hukum Penafsiran Unsur Melawan Hukum Dalam Pasal 2 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi*, Jakarta: Judicial Sector Support Program.
- Atmadja, Arifin P. Soeria, 2007, “*Transformasi Status Hukum Uang Negara sebagai Teori Keuangan Publik yang Berdimensi Penghormatan terhadap Badan Hukum*”. (Paparan Ilmiah Disampaikan pada Acara Syukuran Pemberian Penghargaan Guru Besar Pengabdian Pendidikan Anugerah Sewaka Winayaroha, Jakarta.
- Marzuki, Peter Mahmud, 2010, *Penelitian Hukum*, Jakarta: Kencana.
- Nababan, Hotasi, 2015, *Hukum Tanpa Takaran Penjara Korupsi bagi Korban Penipuan*. Jakarta: Q Communication.
- Prinst, Darwan, 2002, *Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2002.
- Soekanto, Soerjono, dan Sri Mamudji, 2011, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Jakarta: Rajawali Press.

Seno Adji, Indriyanto, 2001, *Korupsi dan Perbuatan Melawan Hukum Materil*.
Jakarta: Rizkita.

-----, 2009, *Korupsi, Kebijakan Aparatur Negara dan Hukum Pidana*.
Jakarta: Diadit Media.

Seno Adji, Oemar, 1985, "*Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi dan Penerapannya*" dalam Albert Hasibuan, ed.. Dua Guru Besar Berbicara tentang Hukum, Bandung: Alumni.

-----, 1985, *Hukum Pidana Pengembangan*, Jakarta: Erlangga.

Jurnal

Latif, Abdul. "Tafsir Unsur Melawan Hukum Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi"
Jurnal Konstitusi, Vol. 7 No. 3 2010, h. 49-68.

Prahassacitta, Vidya, 2016, "Menyoal Pertanggungjawaban Pidana PT IM2 dalam Perkara Tindak Pidana Korupsi Kajian Atas Putusan Mahkamah Agung Nomor:787k/Pid.Sus/2014", *Jurnal Yudisial* Vol. 9, No. 1 April, h. 93-112.

Prastowo, RB Budi. "Delik Formil/Materil, Sifat Melawan Hukum Formil/Materil dan Pertanggungjawaban Pidana Dalam Tindak Pidana Korupsi Kajian Teori Hukum Pidana terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi RI Perkara No. 003/PUU-IV/2006" *Jurnal Pro Justisia*, Vol. 24 No. 3, 2006, h. 212-226.

Internet

Idris, Aradila Caesar Ifmaini, 2017, "*Memaknai Ulang Unsur Kerugian Negara*", tersedia dalam <http://www.jawapos.com/read/2017/02/01/106444/memaknai-ulang-unsur-kerugian-negara> , diunduh 16 Februari.

Pro Kaltim, 2017, "*Jaksa Jaksa Hitung Kerugian Negara, Tersangka Protes Dinilai Tak Kompeten dan Berpotensi Ada Permainan*". tersedia dalam <http://kaltim.prokal.co/read/news/267899-jaksa-hitung-kerugian-negara-tersangka-protes.html>, diunduh 16 Februari.

Puspitasari, Maya Ayu, 2017, "*La Nyalla Divonis Bebas, Ini Pertimbangan Hakim*". tersedia dalam <https://m.tempo.co/read/news/2016/12/27/078830753/la-nyalla-divonis-bebas-ini-pertimbangan-hakim>, diunduh 16 Februari.

Penetapan Harga Eceran Tertinggi Komoditas Pangan sebagai Hak Konstitusional dalam Perspektif Negara Kesejahteraan

Determination of the Highest Retail Price of Food Commodities as a Constitutional Right in Welfare State Perspective

Isharyanto

Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret
Jl. Ir. Sutami 36 A, Ketingan, Jebres, Surakarta, Jawa Tengah 57126
E-mail: masis_uns@yahoo.com

Naskah diterima: 15/04/2017 revisi: 15/03/2018 disetujui: 09/04/2018

Abstrak

Penelitian ini mengkaji tentang penetapan harga eceran tertinggi sebagai intervensi pemerintah untuk mewujudkan hak konstitusional atas kedaulatan pangan dalam perspektif Negara Kesejahteraan. Pangkal argumentasi adalah ketersediaan pangan yang cukup akan menentukan kualitas sumber daya manusia dan stabilitas sosial politik sebagai prasyarat untuk melaksanakan pembangunan. Pangan merupakan variabel penting yang bisa digunakan untuk memperkuat basis material negara, sebagai sarana menjalankan fungsi reproduksi sosial sekaligus penentu keberlangsungan hidup sebuah bangsa. Dengan memperhatikan peraturan perundang-undangan, pemerintah mempunyai pedoman dalam menetapkan kebijakan harga dengan tujuan untuk stabilisasi harga termasuk terhadap komoditas pangan. Pembahasan dilakukan dengan menggunakan penelitian hukum normatif, yang merupakan sebuah penelitian yang mengkaji studi dokumen, yakni menggunakan berbagai data sekunder seperti peraturan perundang-undangan, putusan pengadilan, teori hukum, dan dapat berupa pendapat para sarjana. Hasil

penelitian menunjukkan bahwa tindakan pemerintah dalam menetapkan harga eceran tertinggi merupakan perbuatan pemerintah (*bestuurhandeling*) sebagai salah satu contoh intervensi negara dalam rangka mewujudkan hak konstitusional atas kedaulatan pangan. Kebijakan tersebut bertujuan menstabilkan harga pangan, mengurangi ketidakpastian petani, dan menjamin konsumen. Dalam hal ini, setiap warga negara akan memperoleh pangan yang cukup dengan harga yang wajar.

Kata kunci: Intervensi Harga, Pangan, Kedaulatan Pangan.

Abstract

*This paper discusses the determination of the highest retail price as a government intervention to realize the constitutional right to food sovereignty in the perspective of the Welfare State. The basis of the argument is that sufficient food availability will determine the quality of human resources and socio-political stability as a prerequisite for carrying out development. Food is an important variable that can be used to strengthen the country's material base, as a means of carrying out the function of social reproduction as well as determining the survival of a nation. By paying attention to the laws and regulations, the government has guidelines in setting price policies with the aim of stabilizing prices including food commodities. The discussion was conducted using normative legal research, which is a study that examines the study of documents, namely using various secondary data such as legislation, court decisions, legal theories, and can be in the form of opinions of scholars. The results of the discussion show that the government's actions in determining the highest retail price are the government's actions (*bestuurhandeling*) as one example of state intervention in order to realize the constitutional rights to food sovereignty. The policy aims to stabilize food prices, reduce farmers' uncertainty, and guarantee consumers. In this case, every citizen will get enough food at a reasonable price.*

Keywords: Price Intervension, Food, Food Sovereignty.

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Pemerintah sebagai salah satu pelaku ekonomi (rumah tangga pemerintah), memiliki fungsi penting dalam perekonomian yaitu berfungsi sebagai stabilisasi, alokasi, dan distribusi.¹ Dari sudut pandang ilmu negara, fungsi stabilitasi merupakan ciri negara yang utama.² Di antara fungsi stabilitasi ini adalah untuk

¹ Sumarni, "Intervensi Pemerintah' Antara Kebutuhan dan Penolakan di Bidang Ekonomi", *Journal of Economic and Economic Education*, Vol.1, No.2, 2013, h. 184.

² Soehino, *Ilmu Negara*, Yogyakarta: Penerbit Liberty, 2000, h. 3-4.

mencegah kegagalan pasar (*market failure*), yang dapat berefek tergerusnya pemenuhan kebutuhan rakyat.³

Pemerintah membuat gebrakan program untuk menstabilkan harga pangan menjelang bulan Puasa dan Idul Fitri tahun 2017 dengan membuat Harga Eceran Tertinggi (HET) untuk komoditas gula, minyak goreng, dan daging guna menjaga stabilitas harga ketiga bahan pokok tersebut. Komoditas gula sebesar Rp12.500/kg, minyak goreng kemasan sederhana Rp11.000/liter, dan daging beku dengan harga maksimal Rp80.000/kg. Masyarakat dapat memperoleh komoditas pangan tersebut di ritel modern mulai 10 April 2017.⁴ Penetapan HET ini dimaksudkan untuk membuat titik keseimbangan harga yang baru untuk kepentingan konsumen dan rakyat, tanpa merugikan pelaku usaha.

Sejak 2005, langkah pemerintah yang gencar mengintervensi pasar menyebabkan harga komoditas pangan relatif stabil. Tidak seperti masa-masa sebelumnya hampir seluruh komoditas pangan mengalami kenaikan signifikan saat menjelang Lebaran, tetapi dalam kurun waktu 2 tahun terakhir kondisi tersebut tidak terjadi.⁵ Operasi pasar yang lebih banyak dilakukan pemerintah dibanding pemerintah-pemerintah sebelumnya, blusukan ke pasar-pasar tradisional yang dilakukan Presiden Joko Widodo dan para menteri terkait, serta perbaikan sistem distribusi, membuat harga-harga tidak mengalami gejolak berlebihan.

Ketersediaan pangan yang cukup akan menentukan kualitas sumber daya manusia dan stabilitas sosial politik sebagai prasyarat untuk melaksanakan pembangunan. Karena itu, pemerintah sangat berkepentingan terhadap masalah pangan, apalagi proporsi pengeluaran rumah tangga untuk pangan masih di atas 60%.⁶ Dalam perspektif ini, pangan merupakan kebutuhan dasar manusia yang paling hakiki bagi penduduk suatu negara.

Dalam praktik kenegaraan, pangan merupakan variabel penting yang bisa digunakan untuk memperkuat basis material negara, sebagai sarana menjalankan fungsi reproduksi sosial sekaligus penentu keberlangsungan hidup sebuah bangsa.⁷ Karena itu, sejak berdirinya Negara Republik Indonesia, UUD 1945 telah mengamanatkan bahwa, negara wajib menjalankan kedaulatan pangan (hak

³ Sumarni, *Op.Cit.*, h. 186.

⁴ Lihat antara lain, <https://databoks.katadata.co.id/datapublish/2017/05/29/kemendag-berlakukan-harga-eceran-tertinggi-bahan-pokok>

⁵ Lihat <http://www.pikiran-rakyat.com/ekonomi/2015/12/27/355084/akhir-tahun-harga-telur-melonjak-melebihi-lebaran>

⁶ Agustina Arida, Sofyan, dan Keumala Fadhiela, "Analisis Ketahanan Pangan Rumah Tangga Berdasarkan Proporsi Pengeluaran Pangan Dan Konsumsi Energi (Studi Kasus Pada Rumah Tangga Petani Peserta Program Desa Mandiri Pangan di Kecamatan Indrapuri Kabupaten Aceh Besar)", *Agrisep*, Vol. 16, No. 1, 2015.

⁷ Pada tanggal 27 April 1952, dalam pidato pada acara peletakan batu pertama pembangunan gedung Fakultas Pertanian, Universitas Indonesia di Bogor, Presiden Sukarno mengatakan dengan tegas bahwa persoalan pangan adalah persoalan hidup-matinya sebuah bangsa.

rakyat atas pangan)⁸ dan mengupayakan terpenuhinya kebutuhan pangan bagi penduduk.⁹ Kewajiban dimaksud mencakup kewajiban menjamin ketersediaan, keterjangkauan, dan pemenuhan konsumsi pangan yang cukup, aman, bermutu, dan bergizi seimbang. Dengan demikian, secara konstitusional kedaulatan pangan terekam sebagai prasyarat untuk mewujudkan hak konstitusional setiap orang untuk menikmati kesejahteraan lahir dan batin.¹⁰

Indonesia telah memiliki banyak peraturan perundang-undangan yang terkait dengan kedaulatan pangan yaitu (i) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 1992 tentang Sistem Budidaya Tanaman; (ii) Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan; (iii) Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2000 tentang Perlindungan Varietas Tanaman; (iv) Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2009 tentang Perlindungan Lahan Pertanian Pangan Berkelanjutan; (v) Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2012 tentang Pangan; (vi) Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2013 tentang Perlindungan dan Pemberdayaan Petani; (vii) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2014 tentang Perkebunan; (viii) Peraturan Pemerintah Nomor 28 Tahun 2004 tentang Keamanan, Mutu, dan Gizi Pangan; (ix) Peraturan Pemerintah Nomor 21 Tahun 2005 tentang Keamanan Hayati Produk Rekayasa Genetika; (x) Peraturan Pemerintah Nomor 1 Tahun 2011 tentang Penetapan dan Alih Fungsi Lahan Pertanian Pangan Berkelanjutan; (xi) Peraturan Pemerintah Nomor 12 Tahun 2012 tentang Insentif Perlindungan Lahan Pertanian Pangan; (xii) Peraturan Pemerintah Nomor 25 Tahun 2012 tentang Sistem Informasi Lahan Pertanian Pangan Berkelanjutan; (xiii) Peraturan Pemerintah Nomor 30 Tahun 2012 tentang Pembiayaan Perlindungan Lahan Pertanian Pangan Berkelanjutan; (xiv) Peraturan Pemerintah Nomor 17 Tahun 2015 tentang Ketahanan Pangan dan Gizi; dan (xv) Peraturan Presiden No. 83 Tahun 2006 tentang Dewan Ketahanan Pangan. Berbagai peraturan perundang-undangan itu akan menjadi identitas baru atau aransemen kelembagaan baru bagi pembangunan pertanian dan pangan Indonesia.

Mahkamah Konstitusi telah memperkuat kelembagaan pembangunan pertanian dan pangan itu melalui sejumlah putusan pengujian undang-undang (*constitutional*

⁸ Hak atas pangan sebagai salah satu hak yang paling mendasar, dapat diartikan sebagai hak untuk mendapatkan akses yang teratur, tetap, dan bebas, baik secara langsung atau dengan membeli, atas pangan yang memadai dan cukup baik secara kualitatif dan kuantitatif, yang berhubungan secara langsung pada tradisi masyarakat di mana suatu konsumsi itu berasal. Dan dengan itu memastikan bahwa kehidupan fisik maupun mental, individu maupun kolektif, yang penuh serta bermartabat, yang bebas dari ketakutan. Lihat: Komentar Umum Nomor 12 Komite Hak Ekosob PBB (E/C.12/1999/5) tentang Hak Atas Pangan yang Layak.

⁹ Soekarno, dalam pidatonya tanggal 15 Agustus 1945 di BPUPKI, dengan sangat jelas menyebut keharusan negara (Indonesia yang akan terbentuk), untuk mengakhiri kondisi kemiskinan serta kelaparan rakyat. Lihat: Pidato Sukarno tanggal 15 Agustus 1945 di BPUPKI, berdasarkan naskah yang dihimpun oleh R.M. A.B. Kusuma, *Lahirnya Undang-Undang Dasar 1945*, Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2004, h. 352.

¹⁰ Pasal 28H ayat (1) UUD 1945, "Setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan".

review), seperti, *pertama*, Putusan MK No. 99/PUU-X/2012 yang menyatakan tidak mengikat Pasal 9 dan Pasal 12 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 1992 tentang Sistem Budidaya Tanaman. *Kedua*, Putusan MK No. 35/PUU-X/2012 yang menyatakan tidak mengikat Pasal 1 angka 6, Pasal 4 ayat (3), dan Pasal 5 ayat (1), (2) dan (3) UU No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan. *Ketiga*, Putusan MK No. 87/PUU-XI/2013 yang Pasal 59, Pasal 70 dan Pasal 71 UU NO. 19 Tahun 2013 tentang Perlindungan dan Pemberdayaan Petani.

Tulisan ini ingin mendeskripsikan penetapan HET tersebut sebagai bagian dari perbuatan pemerintah untuk mewujudkan hak konstitusional atas kedaulatan pangan. Perspektif negara kesejahteraan digunakan mengingat hal ini relevan dengan argumen sikap tindak negara yang harus aktif untuk melakukan intervensi demi kemaslahatan kepentingan masyarakat akan pangan sebagai salah satu sektor komoditas yang vital bagi sebuah negara. Optik yuridis mendominasi pembahasan dilengkapi dengan uraian-uraian nonlegal yang menyangkut konsep kedaulatan pangan dan intervensi pemerintah. Pembahasan dilakukan dengan menggunakan penelitian hukum normatif, yang merupakan sebuah penelitian yang mengkaji studi dokumen, yakni menggunakan berbagai data sekunder seperti peraturan perundang-undangan, putusan pengadilan, teori hukum, dan dapat berupa pendapat para sarjana.

B. Perumusan Masalah

Adapun permasalahan dalam penelitian ini adalah mengapa penetapan harga eceran tertinggi merupakan intervensi pemerintah untuk mewujudkan hak konstitusional atas kedaulatan pangan dalam perspektif Negara Kesejahteraan?

PEMBAHASAN

A. Hak Konstitusional, Kedaulatan Pangan, dan Negara Kesejahteraan

Dari berbagai literatur hukum tata negara maupun ilmu politik kajian tentang ruang lingkup paham konstitusi (konstitusionalisme) terdiri dari; (a) anatomi kekuasaan (kekuasaan politik) tunduk pada hukum, (b) jaminan dan perlindungan hak-hak asasi manusia, (c) peradilan yang bebas dan mandiri, dan (d) pertanggungjawaban kepada rakyat (akuntabilitas publik) sebagai sendi utama dari asas kedaulatan rakyat.¹¹ Secara garis besar, konstitusi memuat 3 (tiga) hal,

¹¹ Dahlan Thaib dkk, *Teori dan Hukum Konstitusi*, Jakarta: PT Rajawali Pers, 2008, h. 2.

yaitu pengakuan hak konstitusional, struktur ketatanegaraan yang mendasarkan dan pemisahan atau pembatasan kekuasaan. Selain itu dalam konstitusi juga harus terdapat pasal mengenai perubahan konstitusi.¹² Miriam Budiardjo menambahkan bahwa hak asasi manusia adalah salah satu materi yang lazim dijumpai dalam setiap konstitusi.¹³

Pemikiran hak konstitusional tidak dapat dilepaskan dari tradisi Barat tentang hak-hak individu (*individual rights*).¹⁴ Hak ini merupakan hak-hak alamiah (*natural rights*), sementara doktrin ini termaktub dalam ajaran hukum alam (*natural law*).¹⁵ Pasca Perang Dunia II, hak-hak alamiah ini berkembang menjadi Hak Asasi Manusia (HAM).¹⁶ Jabaran HAM dalam konstitusi melahirkan hak konstitusional yang sekaligus diakui juga sebagai hak-hak fundamental.¹⁷ Dalam konteks ini, perlindungan yang dijamin oleh konstitusi merupakan perlindungan terhadap pelanggaran oleh perbuatan negara dan bukan terhadap pelanggaran oleh individu lain.¹⁸

Sehubungan dengan konseptualisasi di atas, maka hak konstitusional dapat diartikan sebagai hak asasi manusia yang telah tercantum dengan tegas dalam UUD Tahun 1945, sehingga juga telah resmi menjadi hak konstitusional setiap warga negara. Perbedaan antara hak konstitusional dengan hak legal, bahwa hak konstitusional adalah hak-hak yang dijamin di dalam dan oleh UUD Tahun 1945, sedangkan hak-hak hukum (*legal right*) timbul berdasarkan jaminan Undang-Undang dan Peraturan Perundang-undangan di bawahnya (*subordinate legislations*).¹⁹ Hak-hak dan kebebasan tersebut ada yang tercantum dalam UUD Tahun 1945 dan ada pula yang tercantum hanya dalam undang-undang tetapi memiliki kualitas yang sama pentingnya secara konstitusional sehingga dapat disebut memiliki "*constitutional importance*" yang sama dengan yang disebut eksplisit dalam UUD Tahun 1945.²⁰

Masuknya aspek kedaulatan pangan merupakan konsekuensi bahwa Indonesia telah meratifikasi Kovenan Internasional tentang hak ekonomi, sosial, dan budaya melalui UU Nomor 11 Tahun 2005 tentang Pengesahan *International Covenant on*

¹² Soetandyo Wignjosebroto., *Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Jakarta: Elsam-HuMa, 2002, h. 47.

¹³ Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 1998, h. 101.

¹⁴ Louis Henkin, dkk, *Human Rights*, New York: Foundation Press, 1999, h. 16.

¹⁵ I Dewa Palguna, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint) Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-Hak Konstitusional Warga Negara*, Jakarta: Sinar Grafika, 2013, h. 113.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*, h. 133.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Jimly Asshidiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara Jilid 2*, Jakarta: Konstitusi Press, 2006, h. 134.

²⁰ *Ibid.*, h. 224.

Economic, Social and Cultural Rights (biasanya disingkat *ECOSOC Rights*). Basis argumennya adalah bahwa selama ini, negara belum secara sistematis mampu mengakui hak atas pangan warganya. Dengan kedaulatan pangan, diharapkan tidak lagi dijumpai persoalan-persoalan dasar tentang pangan, seperti gizi buruk, kelaparan, rawan pangan, dan sebagainya.

Wacana tentang kedaulatan pangan masih baru di Indonesia dan hampir tidak ada referensi ilmiah yang bisa diacu, termasuk hasil-hasil penelitian. Pada aras ilmiah, objek ini pun belum memperoleh perhatian, sehingga belum ada seminar serius yang membicarakannya. Namun, persoalan ini sangat penting disampaikan, karena telah hampir tiga tahun semenjak UU No. 18 Tahun 2012 dikeluarkan dan pemahaman terhadap konsep “kedaulatan pangan” masih lemah.²¹

Dalam perspektif perundang-undangan, konsep kedaulatan pangan dapat dilacak dalam Undang-Undang No. 18 Tahun 2012 tentang Pangan. Jika ditelusuri baris per baris dari seluruh pasal dalam UU Pangan, kata “kedaulatan pangan” muncul sebanyak 8 (delapan) kali dalam pasal-pasal dan 3 (tiga) kali dalam Penjelasan. Pada pasal-pasal terlihat dalam ketentuan Pasal 2, Pasal 3, Pasal 6, Pasal 23 ayat (1), Pasal 117, Pasal 125, Pasal 126, dan Pasal 130 ayat (1). Dari keseluruhan kalimat dalam UU ini, kata “kedaulatan pangan” selalu muncul bersama-sama dengan “ketahanan pangan” dan “kemandirian pangan”. Ketiganya selalu muncul bersamaan, atau tidak pernah sendirian. Kata “kedaulatan pangan” berada di depan, lalu diikuti dua yang lainnya. Hal ini bisa dimaknai bahwa kedaulatan pangan merupakan hal yang harus dicapai terlebih dahulu, sebagai jalan untuk mencapai tujuan akhirnya yakni “ketahanan pangan”.

Meskipun dalam Pasal 1 ketiga konsep ini telah dijelaskan dan dibedakan satu sama lain, namun sesungguhnya tidak ada ditemui penjelasan yang memadai bagaimana misalnya cara mencapai kedaulatan pangan, dan apa bedanya dengan upaya mencapai ketahanan pangan. Juga tidak ada kejelasan bagaimana mencapai kemandirian pangan. Namun demikian, hal ini juga bisa dimaknai bahwa “kedaulatan pangan” merupakan sebuah konsep yang masih terbuka untuk dirumuskan dan diisi oleh semua pihak. Dapat dilihat bahwa apa dan bagaimana kedaulatan pangan belum terlalu jelas, apalagi indikator bagaimana mengukur kedaulatan pangan. Jika hanya bertolak dari UU ini, maka tidak akan dapat dirumuskan jalan bagaimana cara mencapai kedaulatan pangan.

²¹ Sunarsih Syahyuti, Sri Wahyuni, Wahyuning K. Sejati, dan Miftahul Azis, “Kedaulatan Pangan Sebagai Basis Untuk Mewujudkan Ketahanan Pangan Nasional”, *Forum Penelitian Agro Ekonomi*, Vol. 33 No. 2, Desember 2015, h. 96.

Dalam UU Pangan, ketahanan pangan didefinisikan sebagai “kondisi terpenuhinya pangan bagi negara sampai dengan perseorangan, yang tercermin dari tersedianya pangan yang cukup, baik jumlah maupun mutunya, aman, beragam, bergizi, merata, dan terjangkau serta tidak bertentangan dengan agama, keyakinan, dan budaya masyarakat, untuk dapat hidup sehat, aktif, dan produktif secara berkelanjutan” (Pasal 1). Penyediaan pangan dalam negeri yang pada hakekatnya dalam rangka kedaulatan pangan dilakukan melalui pengembangan produksi pangan yang bertumpu pada sumber daya, kelembagaan, dan budaya lokal (Pasal 12). Pada Pasal 42 dan Pasal 43 disebutkan bahwa peningkatan ketahanan pangan juga dapat diwujudkan dengan penganekaragaman pangan yang berbasis potensi sumber daya lokal. Ketahanan pangan juga berkaitan dengan ancaman produksi pangan (Pasal 22) sehingga membutuhkan cadangan pangan (Pasal 44 dan 45).

Selanjutnya, dalam dokumen Rencana Kerja Pembangunan Jangka Menengah 2015–2019²² Bab Perkuatan Kedaulatan Pangan menyebutkan bahwa sasaran pembangunan berupa peningkatan produksi komoditas utama. Dalam 5 (lima) tahun ke depan, produksi padi akan diarahkan untuk meningkatkan surplus produksi beras, jagung difokuskan untuk keragaman pangan dan pakan lokal, dan kedelai difokuskan untuk mengamankan kebutuhan pengrajin dan kebutuhan konsumsi tahu dan tempe. Selanjutnya, untuk gula, daging sapi, dan garam fokus pada pemenuhan konsumsi rumah tangga masyarakat.

Dalam tingkat yang lebih teknokratik, dapat dilihat Rencana Kerja Kementerian Pertanian. Dalam dokumen Kebijakan dan Program Pembangunan Pertanian 2015-2019 yang disampaikan pada Musrenbangtan 2014, ada belasan *entry* ketahanan pangan, namun tidak ada untuk kata “kemandirian pangan” dan “kedaulatan pangan.” Disebutkan bahwa sasaran strategis pembangunan pertanian 2015–2019 adalah meningkatnya ketahanan pangan dengan penyediaan bahan pangan pokok (no. 1), dan meningkatnya kesejahteraan petani (no. 4), serta memberikan perlindungan dan pemberdayaan petani.²³ Dapat ditambahkan, bahwa UU No.

²² Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional (RPJMN) 2015-2019 merupakan tahap ketiga dari pelaksanaan Rencana Pembangunan Jangka Panjang Nasional (RPJPN) 2005-2025 yang ditetapkan melalui Peraturan Presiden No. 2 Tahun 2015 yang telah ditandatangani tanggal 8 Januari 2015. RPJMN 2015-2019 ini selanjutnya menjadi pedoman bagi kementerian/lembaga dalam menyusun Rencana Strategis kementerian/lembaga (Renstra-KL) dan menjadi bahan pertimbangan bagi pemerintah daerah dalam menyusun/menyesuaikan rencana pembangunan daerahnya masing-masing dalam rangka pencapaian sasaran pembangunan nasional.

²³ Ide dasar kedaulatan pangan adalah mengangkat kesejahteraan petani kecil yang selama ini masih terpinggirkan. Pendekatan kedaulatan pangan lebih menghargai budaya lokal, sehingga petani dapat menanam varietas sendiri yang disukainya, dengan cara sendiri, dan memasak dengan selera sendiri karena menjunjung tinggi prinsip diversifikasi pangan sesuai dengan budaya lokal yang ada. Kedaulatan pangan mendukung sepenuhnya pola-pola pertanian yang berbasis keluarga, di mana mereka menanam sendiri dan memakan sendiri dari lahannya (*land to mouth*). Lihat: Syahyuti, Sunarsih, Sri Wahyuni, Wahyuning K. Sejati, dan Miftahul Azis, *Op.Cit.*, h. 103.

19 Tahun 2013 tentang Perlindungan dan Pemberdayaan Petani mendukung pencapaian kedaulatan pangan.²⁴

Seluruh dokumen yang diacu merupakan dokumen yang disusun setelah keluarnya UU Pangan, yakni setelah tahun 2012. Dengan kata lain, seluruh penyusunnya tentu telah membaca apa makna kedaulatan pangan dalam UU ini. Dengan demikian, dapat dimaknai bahwa telah berkembang berbagai variasi pemahaman tentang apa itu kedaulatan pangan. Penyebabnya diduga karena kurang tegasnya pembatasan di dalam UU Pangan.

Definisi negara kesejahteraan (*welfare state*) sangatlah luas dan beragam. Di satu sisi definisi negara kesejahteraan adalah keterlibatan negara dalam menyediakan pekerjaan penuh bagi rakyat. Pekerjaan adalah sumber pendapatan rakyat, jika negara dapat menyediakan pekerjaan secara penuh maka kemiskinan rakyat akan berkurang dan rakyat akan sejahtera. Secara etimologis istilah negara kesejahteraan ini dapat dimaknai sebagai suatu negara yang memberikan jaminan berupa tunjangan sosial (*social security benefits*) yang luas seperti pelayanan kesehatan oleh negara, pensiun atau tunjangan hari tua, tunjangan sakit dan pengangguran, dan lain sebagainya.²⁵

Secara singkat, istilah negara kesejahteraan didefinisikan sebagai suatu negara yang mana pemerintahan negara dianggap bertanggung jawab menjamin standar kesejahteraan hidup minimum bagi setiap warga negaranya.²⁶ Negara kesejahteraan ini merupakan 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. Negara yang dimaksud di sini adalah suatu *agency* (alat) yang mengatur suatu masyarakat yang mempunyai kekuasaan untuk mengatur hubungan hubungan antar manusia.²⁷

Peran yang lebih penting kepada negara tersebut diwujudkan dalam 5 (lima) bentuk intervensi terhadap kehidupan masyarakat. *Pertama*, operasi langsung (*direct operation*). *Kedua*, pengendalian langsung (*direct control*). *Ketiga*,

²⁴ Pada bagian Penjelasan undang-undang ini antara lain disebutkan bahwa "petani sebagai pelaku pembangunan pertanian perlu diberi perlindungan dan pemberdayaan untuk mendukung pemenuhan kebutuhan pangan yang merupakan hak dasar setiap orang guna mewujudkan kedaulatan pangan, kemandirian pangan, dan ketahanan pangan secara berkelanjutan."

²⁵ Ariza Fuadi, "Negara Kesejahteraan (*Welfare State*) Dalam Pandangan Islam dan Kapitalisme", *Jurnal Ekonomi Syariah Indonesia*, Vol. 5, No.1, Juni 2015, h. 14.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*, h. 15-16.

pengendalian tak langsung (*indirect control*). Keempat, pemengaruhan langsung (*direct influence*). Kelima, pemengaruhan tidak langsung (*indirect influence*).²⁸

Dengan demikian, fokus utama negara hukum kesejahteraan adalah peningkatan kesejahteraan dengan memberikan peran aktif kepada negara untuk menyelenggarakan kesejahteraan umum (*bestuurzorg*) melalui pelayanan publik, sekaligus berperan untuk menjaga ketertiban dan keamanan rakyat dalam rangka mewujudkan tujuan negara yaitu kemakmuran dan kesejahteraan rakyat banyak (*bonum publicum*), bukan kesejahteraan kelompok tertentu (*bonum coetuum particulare*) atau orang perorangan (*bonum privatum*).²⁹

B. Penetapan Harga Eceran Tertinggi

Saat ini, sistem perdagangan pangan dunia yang semakin terbuka atau pasar bebas menyebabkan produk pangan di dalam negeri sulit dikendalikan sebagai akibat transmisi dari situasi dan kondisi harga internasional. Kondisi ini serta berbagai permasalahan di dalam negeri seperti produksi dan distribusi menyebabkan harga pangan terutama bahan kebutuhan pangan pokok seperti beras, kedelai, daging ayam, cabai dan bawang merah menjadi berfluktuasi. Selain itu, secara tahunan momen Hari Besar Keagamaan Nasional (HBKN) memunculkan adanya spekulasi harga yang menyebabkan harga bahan kebutuhan pangan pokok setiap tahun cenderung naik. Secara teori, harga produk pertanian khususnya produk pangan ditentukan oleh pasokan (lokal atau impor), permintaan, situasi harga pangan di pasar internasional serta ekspektasi masyarakat.³⁰

Ketentuan Undang-Undang No 7 Tahun 2014 tentang Perdagangan Pasal 26 ayat (3) mengamanatkan bahwa “dalam menjamin pasokan dan stabilisasi harga barang kebutuhan pokok dan barang penting, Menteri menetapkan kebijakan harga, pengelolaan stok dan logistik serta pengelolaan ekspor dan impor”. Dalam UU tersebut tersirat bahwa pemerintah mempunyai pedoman dalam menetapkan kebijakan harga dengan tujuan untuk stabilisasi harga. Pemerintah dalam hal ini Kementerian Perdagangan mempunyai indikator besaran stabilisasi harga pangan, yaitu pada kisaran 5-9%.³¹

Kisaran nilai tersebut mempunyai pengertian bahwa jika harga komoditi pangan secara nasional mengalami fluktuasi harga pada kisaran tersebut maka

²⁸ Muchsan, *Sistem Pengawasan terhadap Perbuatan Aparat Pemerintah dan Pengadilan Tata Usaha Negara*, Yogyakarta: Penerbit Liberty, 2007, h. 9-10.

²⁹ I Gde Pantja Astawa, *Memahami Ilmu Negara dan Teori Negara*, Bandung: Refika Aditama, 2009, h. 120.

³⁰ Lihat dalam William G. Tomek dan Kenneth L. Robinson, *Agricultural Product Prices*, Second Edition, Ithaca: Cornell University Press, 1990.

³¹ Renstra Kementerian Perdagangan 2010-2014.

masih dianggap wajar dan jika lebih dari kisaran yang ditargetkan perlu dilakukan intervensi. Demikian halnya untuk menjaga stabilitas harga antar wilayah (disparitas harga) kisaran harga yang menjadi patokan ditetapkan pada kisaran 1,5-2,5%. Dengan pengertian bahwa perbedaan harga antar wilayah di Indonesia tidak boleh lebih dari 2,5%.

Secara umum dapat dikatakan bahwa harga komoditi pangan di Indonesia cenderung fluktuatif dan terus mengalami peningkatan. Pengaruh musim dan siklus produksi sangat mempengaruhi perkembangan harga komoditi pangan di tingkat eceran. Kebijakan harga yang ditetapkan pada komoditi pangan berlaku sepanjang tahun, padahal karakteristik produksi pangan memiliki pola dalam setiap tahun terutama untuk beras, gula, cabai merah, dan bawang merah.

Dalam menentukan komoditi berdasarkan kepentingan konsumen ada tiga hal yang perlu menjadi pertimbangan, yaitu andil inflasi, koefisien variasi harga di tingkat konsumen, pangsa pengeluaran rumah tangga. Andil inflasi dan pangsa pengeluaran rumah tangga sebagai kombinasi yang sangat eksplisit sebagai faktor untuk menggambarkan tingkat daya beli masyarakat. Semakin tinggi hasil perkalian nilai kedua variabel tersebut, maka urgensi komoditi tersebut bagi kepentingan masyarakat juga semakin besar. Sedangkan koefisien variasi harga di tingkat konsumen sebagai indikator untuk menunjukkan apakah pemerintah perlu intervensi dalam menstabilkan harga komoditi tertentu.³²

Dalam praktik, pengembangan sistem logistik komoditas pangan lebih rumit daripada komoditas lainnya. Hal ini disebabkan komoditas pangan bersifat musiman, daya simpannya relatif rendah, dan cenderung meruah (*bulky*) sehingga biaya pengangkutan dari produsen ke konsumen menjadi lebih mahal. Untuk komoditas pangan yang sama, daya simpan komoditas pangan di wilayah tropis juga cenderung lebih singkat daripada di wilayah sub tropis karena iklim tropis lebih hangat dan lebih lembab sehingga serangga maupun mikroba lebih banyak dan lebih cepat berkembang. Kesemuanya itu menyebabkan biaya logistik per unit produk pangan di negara yang terletak di wilayah tropika seperti halnya Indonesia menjadi lebih mahal.³³

Undang-Undang No. 18 Tahun 2012 tentang Pangan dan Undang-Undang No. 7 Tahun 2014 tentang Perdagangan merupakan kebijakan terkait upaya stabilisasi

³² Kementerian Perdagangan, *Laporan Akhir Kajian Kebijakan Harga Pangan*, Jakarta: Pusat Kebijakan Perdagangan Dalam Negeri Badan Pengkajian dan Pengembangan Kebijakan Perdagangan Kementerian Perdagangan, 2015, h. 79-80.

³³ *Ibid.*, h. 93.

harga komoditi di Indonesia. Melalui UU ini, pemerintah diberikan hak untuk melakukan intervensi harga terhadap 28 komoditas. Aksi tersebut bisa dilakukan oleh pemerintah tatkala harga pada 28 komoditas tersebut mengalami kenaikan. Adapun 28 komoditas tersebut dibagi menjadi dua yaitu 18 barang pokok dan 10 barang penting. Komoditas barang pokok antara lain beras, telur, daging ayam, kedelai, susu, minyak goreng, mentega, tepung terigu, daging sapi, jagung, garam, gula kristal putih, bawang merah dan putih, cabai, ikan (bandeng, kembung dan tongkol), obat generik dan gas LPG 3 kg. Sementara komoditas barang penting antara lain besi baja konstruksi, baja ringan, semen, aspal, pupuk, BBM dan gas, rotan, triplek, dan benih (jagung, padi, kedelai).

Secara umum dapat dikatakan bahwa harga komoditi pangan di Indonesia cenderung fluktuatif dan terus mengalami peningkatan. Pengaruh musim dan siklus produksi sangat mempengaruhi perkembangan harga komoditi pangan di tingkat eceran. Kebijakan harga yang ditetapkan pada komoditi pangan berlaku sepanjang tahun, padahal karakteristik produksi pangan memiliki pola dalam setiap tahun terutama untuk beras, gula, cabai merah, dan bawang merah.

Perubahan atau guncangan harga pangan bukanlah ditentukan oleh tingkat konsumsi rumah tangga serta pasar domestik. Sebagian kalangan berpendapat bahwa konsumsi rumah tangga merupakan faktor penentu indeks harga *volatile food*. Untuk mencegah terjadinya volatilitas pangan yang berlebihan, pemerintah perlu memperbaiki kebijakan kredit pertanian sehingga lebih berpihak kepada petani dan mengontrol *exchange rate* sebagai refleksi dari kebijakan harga pangan.

Tingkat pendidikan petani juga semakin meningkat seiring dengan meningkatnya upaya pendidikan di Indonesia dan inilah yang harus didukung dengan pengetahuan dan pemahaman yang benar. Selama ini, Pemerintah selalu mengatakan bahwa kearifan lokal (*local wisdom*) dan sains petani (*farmers knowledge*) harus dilestarikan, sehingga teknologi tepat guna yang berkembang dan dikembangkan oleh masyarakat. Ini berarti, secara nyata harus dilakukan apresiasi terhadap apa yang telah dihasilkan petani dan terhadap apa yang telah dilakukan petani, terlebih jika mereka memang menunjang kesejahteraannya sendiri.

Akan tetapi, dalam skala makro, permasalahan dalam penerapan kebijakan harga di Indonesia diantaranya adalah masih rendahnya komitmen politik dan ekonomi dalam mendukung kebijakan yang sudah ditetapkan sehingga

pelaksanaannya menjadi kurang komprehensif, sistematis dan konsisten. Banyaknya kebijakan-kebijakan yang dikeluarkan oleh Kementerian/ Lembaga terkait terkadang menjadi masalah sebab ada yang saling tidak sejalan dan tidak harmonis sehingga menghambat implementasi kebijakan. Misalnya kebijakan peningkatan produksi dengan kebijakan alih fungsi lahan, Contoh kasus pada padi, jagung, kedelai dan gula. Masalah lain yang juga menghambat pelaksanaan kebijakan harga adalah masalah infrastruktur yang dalam hal ini adalah sistem logistik yang belum baik yang menyebabkan masih terdapat disparitas harga antar wilayah dan belum adanya kelembagaan pangan sebagai *leading agency* dalam implementasi regulasi harga dan pangan di Indonesia sehingga kelembagaan sistem pangan yang ada terlihat masih kurang solid, tidak fokus dan cenderung parsial.

Hal lain yang sangat penting, setiap kebijakan terkait pengendalian harga pangan tidak akan pernah berjalan apabila sisi produksi tidak dibenahi. India mampu melakukan pengendalian harga beras melalui pelarangan ekspor beras non-Basmati sehingga terjadi peningkatan stok domestik. Di Indonesia, stok beras justru terus menurun selama 3 (tiga) tahun terakhir ini, dari 7,4 juta ton (awal tahun 2013), 6,45 juta ton (2014), menjadi 5,5 juta ton (2015), dan pernah menurun lagi sebesar 15 persen pada akhir tahun 2015.³⁴ Selama ini pembenahan sisi produksi selalu *top-down* dan bersifat *charity* melalui bagi-bagi pupuk, benih, traktor, pompa air, serta alat dan mesin pertanian (alsintan) lainnya. Kebijakan tersebut terbukti tidak efektif, yang dicirikan dengan stagnasi produksi dan impor yang membesar. Kebijakan perlu fokus ke peningkatan kesejahteraan dan kedaulatan petani, serta memperhatikan kecukupan kebutuhan pangan pokok masyarakat, khususnya pada setiap hari-hari besar (Lebaran, Natal, Tahun Baru, dan hari besar lainnya).

Pada sisi lain, peningkatan produktivitas pertanian di Indonesia masih terkendala oleh beberapa permasalahan paradigma, produksi, distribusi, konsumsi, koordinasi, dan keuangan.³⁵ *Pertama*, permasalahan dari aspek paradigma mencakup (i) sistem agribisnis yang kurang berorientasi pada petani, (ii) kurangnya peran fasilitator pemerintah (terutama di tingkat daerah), dan (iii) pendekatan yang digunakan masih bersifat sektoral. *Kedua*, dari aspek produksi mencakup (i) skala usaha petani masih kecil, (ii) alih fungsi lahan pertanian ke non-pertanian

³⁴ Dwi Andreas Santosa, "Buruknya Tata Kelola Beras", *Kompas*, 2 Agustus 2017.

³⁵ Biro Analisa Anggaran dan Pelaksanaan APBN, *Permasalahan Dan Upaya Peningkatan Produktivitas Pertanian*, Jakarta, Sekretariat Jenderal Dewan Perwakilan Rakyat, 2011, h. 111-112.

masih tinggi, (iii) rusaknya infrastruktur pertanian di berbagai daerah, (iv) melemahnya sistem penyuluhan pertanian, (v) suplai air semakin berkurang, (vi) laju pertumbuhan penduduk relatif tinggi, (vii) ketergantungan masyarakat terhadap beras masih tinggi, (viii) produksi beras cenderung berfluktuasi, (ix) adopsi inovasi teknologi relatif rendah, (x) pemilikan lahan sangat kecil, (xi) kelembagaan petani masih lemah, (xii) pascapanen tergantung alam, serta (xiii) keadaan cuaca dan keadaan geografi setempat. *Ketiga*, dari aspek distribusi mencakup (i) fluktuasi harga/inflasi relatif tinggi, (ii) pengelolaan distribusi yang belum merata di seluruh wilayah, (iii) permintaan dari luar daerah sangat tinggi, (iv) cadangan pangan beras belum terdata dengan baik, dan (v) biaya koleksi dan distribusi yang relatif tinggi. *Keempat*, dari aspek konsumsi mencakup (i) keamanan pangan, kerawanan pangan dan gizi, (ii) diversifikasi pangan serta (iii) daya beli masyarakat yang belum memadai. *Kelima*, dari aspek koordinasi mencakup (i) masing-masing instansi hanya fokus pada tugas pokok fungsinya masing-masing, (ii) lemahnya koordinasi antar-instansi, dan (iii) lemahnya *leadership* yang dapat mengoordinasi berbagai instansi. *Keenam*, dari aspek keuangan yaitu terbatasnya akses petani terhadap sumber permodalan serta belum adanya perlindungan keuangan terhadap petani.

Sejalan dengan fenomena penurunan swasembada beras, pemerintah perlu mengubah kebijakan harga pangan pokok dari beras ke nonberas. Namun masalahnya petani palawija masih kesulitan dalam hal pasar. Tidak terbukanya akses pasar bagi komoditas palawija menyebabkan harga di tingkat petani menjadi rendah. Hal ini kontradiktif dengan kondisi di luar negeri. Jagung, misalnya, saat ini merupakan salah satu komoditas primadona pertanian di Amerika dan Eropa sebagai bahan baku biofuel sehingga harga jagung pun terdongkrak naik. Kondisi ini sebenarnya telah diantisipasi pada masa Kepresidenan Yudhoyono periode II (2009-2014) dengan meluncurkan program Revitalisasi Pertanian, Perkebunan, Kehutanan dan Perikanan, yang salah satu programnya adalah percepatan produksi jagung, khususnya di kawasan timur Indonesia. Namun, *platform* program tersebut kurang jelas sehingga tidak memiliki konsep dasar yang kuat. Selain itu, peraturan perundang-undangan berupa proteksi harga dan akses pasar komoditas pangan nonberas masih lemah karena pemerintah terfokus pada percepatan swasembada beras.

Kebijakan harga komoditas pertanian strategis secara tidak langsung akan mempengaruhi kesejahteraan petani karena kebijakan harga bertujuan melindungi

konsumen atau produsen. Namun, umumnya kebijakan harga komoditas pertanian relatif tidak berpihak kepada produsen atau petani, karena umumnya hanya dipengaruhi dan dilihat dari sisi kelompok yang memiliki kekuatan politik (kaum urban), sehingga harga yang diterima petani relatif rendah.

Hasil penelitian Irawan menunjukkan bahwa transmisi harga padi, jagung, ubi kayu, dan kacang tanah dari konsumen ke produsen berkisar antara 65,60%-81,30%.³⁶ Transmisi harga tertinggi terjadi pada pemasaran padi, di mana 81% kenaikan harga yang terjadi di daerah konsumen diteruskan ke petani di daerah produsen. Tingginya transmisi harga beras tersebut terjadi karena 2 (dua) faktor, yaitu *pertama*, adanya intervensi pemerintah dalam mengendalikan harga beras melalui kebijakan harga dasar gabah sehingga kekuatan monopsoni/oligopsoni yang dimiliki para pedagang gabah/beras dapat ditekan. *Kedua*, karena merupakan bahan pangan pokok, daerah produsen beras relatif tersebar menurut wilayah sehingga jarak antara daerah produsen dengan daerah konsumen relatif dekat. Faktor jarak ini pula yang menyebabkan transmisi harga palawija umumnya lebih tinggi dibanding sayuran karena daerah produsen palawija lebih tersebar menurut wilayah dibanding daerah produsen sayuran.

Argumen yang memperkuat hasil tersebut adalah dalam pemasaran komoditas pertanian, transmisi harga dari pasar konsumen ke pasar produsen yang relatif rendah merupakan salah satu indikator kekuatan monopsoni atau oligopsoni pada pedagang. Pedagang yang memiliki kekuatan monopsoni atau oligopsoni dapat mengendalikan harga beli dari petani sehingga walaupun harga di tingkat konsumen relatif tetap, pedagang dapat menekan harga beli dari petani untuk memaksimalkan keuntungan.

Berdasarkan hasil penelitian dan penjelasan tersebut dapat dikemukakan bahwa peran pemerintah dalam menentukan harga pangan sangat diperlukan, terutama untuk mencegah permainan harga oleh para pedagang, yang bukan saja merugikan petani sebagai produsen tetapi juga masyarakat sebagai konsumen. Hal tersebut bukan hanya berdampak pada tingkat kesejahteraan petani, tetapi bisa lebih luas dan dapat mengancam kedaulatan pangan karena ketidakstabilan harga pangan menyebabkan daya beli konsumen menurun sehingga dapat memicu terjadinya krisis pangan.³⁷

³⁶ Bambang Irawan, "Fluktuasi harga, Transmisi Harga Dan Marjin Pemasaran Sayuran Dan Buah", *Jurnal Analisis Kebijakan Pertanian*, Vol. 5, No. 4, 2007, h. 358-373.

³⁷ Lihat juga Zulkifli Mantau dan Bahtiar, "Kajian Kebijakan Harga Pangan Nonberas Dalam Konteks Ketahanan Pangan Nasional", *Jurnal Litbang Pertanian*, Vol. 29, No. 2, 2010, h. 63.

Tidak tersedianya harga dasar bagi komoditas pangan menyebabkan pasar tidak terjamin. Dengan pasar yang tidak terjamin maka pasar komoditas pangan non beras relatif tertutup bagi konsumen lain. Hal ini menyebabkan seolah-olah bahan pangan yang dapat diperoleh konsumen di pasar hanya terbatas sehingga permintaan pangan akan menurun. Akibatnya, komoditas pangan hanya digunakan untuk memenuhi kebutuhan industri pangan atau untuk pakan ternak yang permintaannya terus meningkat.

KESIMPULAN

Untuk melindungi produsen dan konsumen pangan dalam negeri, pemerintah melakukan penetapan harga eceran tertinggi sebagai bagian dari kebijakan harga komoditas pangan. Kebijakan tersebut bertujuan untuk menstabilkan harga pangan, mengurangi ketidakpastian petani, dan menjamin konsumen memperoleh pangan yang cukup dengan harga yang wajar. Tindakan pemerintah dalam menetapkan HET merupakan perbuatan pemerintah (*bestuurhandeling*) sesungguhnya merupakan salah satu contoh intervensi negara dalam rangka mewujudkan hak konstitusional atas kedaulatan pangan. Dengan demikian, elemen negara kesejahteraan terutama menyangkut perlindungan hak-hak konstitusional setiap warga negara akan dapat dilaksanakan.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Asshidiqie, Jimly, 2006, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara Jilid 2*, Jakarta: Konstitusi Press.
- Astawa, I Gde Pantja, 2009, *Memahami Ilmu Negara dan Teori Negara*, Bandung: Refika Aditama.
- Biro Analisa Anggaran dan Pelaksanaan APBN, 2011, *Permasalahan dan Upaya Peningkatan Produktivitas Pertanian*, Jakarta: Penerbit Sekretariat Jenderal Dewan Perwakilan Rakyat.
- Budiardjo, Miriam, 1998, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama.
- Henkin, Louis., dkk, 1999, *Human Rights, New York*: Foundation Press.

- Kusuma, R.M. A.B., 2004, *Lahirnya Undang-Undang Dasar 1945*, Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia.
- Muchsan, 2007, *Sistem Pengawasan terhadap Perbuatan Aparat Pemerintah dan Pengadilan Tata Usaha Negara*, Yogyakarta: Penerbit Liberty.
- Palguna, I Dewa, 2013, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint) Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-Hak Konstitusional Warga Negara*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Soehino, 2000, *Ilmu Negara*, Yogyakarta: Penerbit Liberty.
- Thaib, Dahlan, dkk, 2008, *Teori dan Hukum Konstitusi*, Jakarta: PT Rajawali Pers.
- Tomek, William G., dan Kenneth L. Robinson, 1990, *Agricultural Product Prices, Second Edition*, Ithaca: Cornell University Press.
- Wignjosoebroto, Soetandyo, 2002, *Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Jakarta: Elsam-HuMa.

Jurnal

- Arida, Agustina, Sofyan, dan Keumala Fadhiela, 2015, "Analisis Ketahanan Pangan Rumah Tangga Berdasarkan Proporsi Pengeluaran Pangan dan Konsumsi Energi (Studi Kasus Pada Rumah Tangga Petani Peserta Program Desa Mandiri Pangan di Kecamatan Indrapuri Kabupaten Aceh Besar)", *Agrisep*, Vol. 16, No. 1, h. 20-34.
- Fuadi, Ariza, 2015, "Negara Kesejahteraan (Welfare State) dalam Pandangan Islam dan Kapitalisme", *Jurnal Ekonomi Syariah Indonesia*, Vol. 5, No.1, Juni, h. 13-32.
- Irawan, Bambang, 2007, "Fluktuasi harga, Transmisi Harga dan Marjin Pemasaran Sayuran dan Buah", *Jurnal Analisis Kebijakan Pertanian*, Vol. 5, No. 4, h. 358-373.
- Mantau, Zulkifli dan Bahtiar, 2010, "Kajian Kebijakan Harga Pangan Nonberas Dalam Konteks Ketahanan Pangan Nasional", *Jurnal Litbang Pertanian*, Vol. 29, No. 2, h. 58-65.
- Sumarni, 2013, "'Intervensi Pemerintah' Antara Kebutuhan dan Penolakan di Bidang Ekonomi", *Journal of Economic and Economic Education*, Vol.1, No.2, h. 183-194.

Syahyuti, Sunarsih, Sri Wahyuni, Wahyuning K. Sejati, dan Miftahul Azis, 2015, "*Kedaulatan Pangan Sebagai Basis untuk Mewujudkan Ketahanan Pangan Nasional*", *Forum Penelitian Agro Ekonomi*, Vol. 33 No. 2, Desember, h. 58-65.

Surat Kabar

Santosa, Dwi Andreas, 2017, "*Buruknya Tata Kelola Beras*", *Kompas*, 2 Agustus.

Mahkamah Konstitusi dan Kebijakan Kriminal

Constitutional Court and Criminal Policy

Cholidin Nasir

Program Doktorat Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Diponegoro
Jl. Imam Bardjo Nomor 1 Semarang Jawa Tengah
E-mail: cholidin70@gmail.com

Naskah diterima: 26/01/2018 revisi: 19/04/2018 disetujui: 05/06/2018

Abstrak

Dalam kaitannya dengan penafsiran, dapatkah Mahkamah Konstitusi menafsirkan suatu norma pidana dan dapatkah Mahkamah Konstitusi membuat hukum baru atas norma hukum pidana. Untuk menjawab masalah tersebut, digunakan penelitian hukum normatif, Penelitian hukum normatif atau kepustakaan tersebut mencakup: (1) penelitian terhadap asas-asas hukum, (2) penelitian terhadap sistematika hukum, (3) penelitian terhadap sinkronisasi vertikal dan horizontal, (4) perbandingan hukum, (5) sejarah hukum. Oleh karena itu, maka bahan yang digunakan adalah bahan sekunder yang dilakukan melalui penelitian kepustakaan (*library research*). Berdasarkan hasil penelitian tersebut, Mahkamah Konstitusi melakukan *judicial activism* ketika norma tersebut melanggar hak konstitusional warga negara yang dijamin oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dan Mahkamah Konstitusi melakukan *judicial restraint* ketika harus menyatakan sesuatu yang semula bukan perbuatan pidana menjadi perbuatan pidana.

Kata kunci: Mahkamah Konstitusi, Kebijakan Kriminal, *Judicial Activism*, *Judicial Restraint*.

Abstract

In relation to interpretation, can the Constitutional Court interpret a criminal norm and can the Constitutional Court make a new law on criminal law norms. To answer this problem, normative legal research is used. Normative legal research includes: (1) research on legal principles, (2) research on legal systematics, (3) research on vertical and horizontal synchronization, (4) comparison law, (5) legal history. Therefore, the materials used are secondary materials which are carried out through library research. Based on the results of the study, first: the Constitutional Court conducted judicial activism when the norm violated the constitutional rights of citizens guaranteed by the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia, second: the Constitutional Court conducted a judicial restraint when it had to declare something that was not a criminal act.

Keywords: *Constitutional Court, Criminal Policy, Judicial Activism, Judicial Restraint.*

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Dalam perjalanan memutus perkara, Mahkamah Konstitusi sering membuat banyak orang tercengang atau terkejut dengan putusan menguji norma undang-undang yang dimohonkan pengujian konstitusionalitasnya, baik putusan tersebut ditolak maupun dikabulkan, karena banyak kalangan akademisi yang memperdebatkannya, lebih-lebih apabila putusan Mahkamah Konstitusi tersebut mengabulkan permohonan.

Sehubungan dengan putusan Mahkamah Konstitusi, baik amar putusan tersebut menolak atau mengabulkan, dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi semata-mata sebagai penafsir akhir konstitusi yang merupakan kewenangan langsung yang diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 khusus Pasal 24C ayat (1) yang menyatakan:

“Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.”¹

¹ Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Dalam melaksanakan kewenangannya tersebut Mahkamah Konstitusi dituntut atau diperintahkan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 untuk menggunakan konstitusi sebagai hukum tertinggi yang juga merupakan hukum materiil sebagai dasar untuk menilai apakah undang-undang yang dibuat oleh pembentuk undang-undang, yaitu Dewan Perwakilan Rakyat bersama Presiden, bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, termasuk memberi tafsir terhadap norma dari undang-undang agar tidak bertentangan atau supaya sesuai dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, baik memberi tafsir konstitusional bersyarat atau tidak konstitusional bersyarat terhadap suatu norma.

Praktik yang selama ini telah dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi adalah memberi tafsir terhadap suatu norma undang-undang agar terpenuhinya hak-hak konstitusional warga negara yang telah dijamin oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, seperti Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 4/PUU-VII/2009, tanggal 24 Maret 2009 memberi tafsir syarat pidana, karena norma "*tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih*" sebagai persyaratan untuk menjadi calon anggota DPD (Pasal 12 huruf g) dan sebagai persyaratan untuk menjadi bakal calon anggota DPR, DPRD provinsi, dan DPRD kabupaten/kota [Pasal 50 ayat (1) huruf g], serta Pasal 58 huruf f UU 12/2008 mengenai persyaratan untuk calon kepala daerah dan wakil kepala daerah bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia. Kemudian oleh Mahkamah permohonan Pemohon tersebut dikabulkan dengan memberi tafsir bahwa norma hukum tersebut adalah inkonstitusional apabila tidak dipenuhi syarat-syarat sebagai berikut:

1. Berlaku bukan untuk jabatan-jabatan publik yang dipilih (*elected officials*) sepanjang tidak dijatuhi pidana tambahan berupa pencabutan hak pilih oleh putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap;
2. Berlaku terbatas untuk jangka waktu 5 (lima) tahun setelah mantan terpidana selesai menjalani pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap;
3. Kejujuran atau keterbukaan mengenai latar belakang jati dirinya sebagai mantan terpidana;
4. Bukan sebagai pelaku kejahatan yang berulang-ulang.

B. Perumusan Masalah

Permasalahan dalam penelitian ini, *pertama*: dalam kaitannya dengan penafsiran, dapatkah Mahkamah Konstitusi menafsirkan suatu norma pidana? *Kedua*, dapatkah Mahkamah Konstitusi membuat hukum baru atas norma hukum pidana?

C. Metode Penelitian

Berdasarkan ruang lingkup dan identifikasi masalah sebagaimana diuraikan di atas, penelitian ini akan menggunakan metode penelitian hukum normatif. Penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder belaka, dapat dinamakan penelitian hukum normatif atau penelitian kepustakaan. Penelitian hukum normatif atau kepustakaan tersebut mencakup: (1) penelitian terhadap asas-asas hukum, (2) penelitian terhadap sistematika hukum, (3) penelitian terhadap sinkronisasi vertikal dan horizontal, (4) perbandingan hukum, (5) sejarah hukum.² Oleh karena itu, bahan yang digunakan adalah bahan sekunder yang dilakukan melalui penelitian kepustakaan (*library research*).

Penelitian ini menggunakan pendekatan yuridis-normatif dan akan memudahkan penelitian dalam mempelajari dasar-dasar atau landasan hukum sebagai bahan kajian. Pendekatan yang bersifat yuridis-normatif tersebut akan dilakukan dengan mempergunakan bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tersier. Dilihat dari sudut sifat informasi yang diberikan, maka bahan pustaka dapat dibagi dalam 2 kelompok, sebagai berikut: Bahan hukum primer adalah bahan pustaka yang berisikan pengetahuan ilmiah yang baru atau mutakhir ataupun pengertian baru tentang fakta yang diketahui maupun mengenai suatu gagasan, bahan ini mencakup peraturan perundang-undangan dan buku.

PEMBAHASAN

Mahkamah Konstitusi dibentuk dengan alasan karena adanya kebutuhan satu pengadilan yang secara khusus melakukan pengujian terhadap produk undang-undang yang bertentangan dengan undang-undang dasar/konstitusi. Ide pembentukan Mahkamah Konstitusi pertama kali dicetuskan oleh Hans Kelsen pada saat pembentukan Undang-Undang Dasar atau Konstitusi Federal Austria.

² Lihat, Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2006, h. 13-14. Baca juga Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Peranan Perpustakaan di dalam Penelitian Hukum*, Jakarta: Pusat Dokumentasi Hukum Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 1979, h. 15, Suratman dan H. Philips Dillah, *Metode Penelitian Hukum*, Bandung: Alfabeta, 2014, h. 54, Zainuddin Ali, *Metode Penelitian Hukum*, Jakarta: Sinar Grafika, 2013, h. 22.

Pada saat itu, Hans Kelsen mengusulkan dibentuknya suatu lembaga yang diberi nama '*Verfassungsgerichtshof*' atau Mahkamah Konstitusi. Gagasan Hans Kelsen tersebut kemudian diterima dan diadopsi ke dalam naskah Undang-Undang Dasar Federal Austria yang kemudian disahkan dalam Konvensi Konstitusi pada tanggal 1 Oktober 1920 sebagai Konstitusi Federal Austria.³

Kemungkinan munculnya konflik antara norma yang lebih tinggi dengan yang lebih rendah, menurut Hans Kelsen, bukan hanya terkait hubungan antara undang-undang dan putusan pengadilan, melainkan terkait juga dengan hubungan antara konstitusi dan undang-undang. Konflik tersebut merupakan permasalahan inkonstitusionalitas dari undang-undang sebab suatu undang-undang hanya berlaku dan dapat diberlakukan apabila sesuai dengan undang-undang dasar, dan sebaliknya tidak berlaku apabila bertentangan dengan undang-undang dasar, dan suatu undang-undang hanya sah jika dibuat berdasarkan undang-undang dasar. Oleh karena itu, diperlukan suatu pengadilan yang secara khusus memutus inkonstitusionalitas dari suatu undang-undang yang sedang berlaku.⁴ Terkait pengadilan dimaksud Hans Kelsen menyatakan:

“There may be a special organ established for this purpose, for instance, a special court, as so-called “constitutional court” or the control of the constitutionality of statutes, the so called “judicial review” may be conferred upon the ordinary court, and especially upon the supreme court.”⁵

Dengan demikian, jelas bahwa pembentukan Mahkamah Konstitusi adalah sebagai organ khusus untuk mengontrol konstitusionalitas undang-undang agar tidak bertentangan dengan undang-undang dasar. Apabila ternyata undang-undang tersebut bertentangan dengan undang-undang dasar/konstitusi maka Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan untuk membatalkan undang-undang tersebut (*to annul a statute*) sebagaimana yang diutarakan oleh Hans Kelsen:

The application of the constitutional rules concerning legislation can be effectively guaranteed only if an organ other than the legislative body entrusted with the task of testing whether a law is constitutional, and of annulling it if according to the opinion of the organ it is “unconstitutional”. There may be a special organ established for this purpose, for instance, a special court, a so-called constitutional court.⁶

³ Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Cetakan Pertama, Jakarta: Konstitusi Press, 2005, h. 33

⁴ Hans Kelsen, *Op.Cit.*, h. 155.

⁵ *Ibid.*, h. 157.

⁶ *Ibid.*

Indonesia sebagai negara yang memiliki Mahkamah Konstitusi berdasarkan praktik setidaknya sudah tiga kali menyatakan undang-undang secara keseluruhan bertentangan dengan undang-undang dasar, antara lain, Undang-Undang Terorisme, Undang-Undang Ketenagalistrikan, Undang-Undang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi, dan Undang-Undang Sumber Daya Air. Selain itu, berdasarkan praktik pula Mahkamah Konstitusi juga memberi tafsir terhadap suatu norma agar sesuai dengan undang-undang dasar, yaitu dengan menyatakan norma tersebut konstitusional bersyarat atau norma tersebut tidak konstitusional bersyarat. Sebelum lanjut membahas permasalahan yang menjadi inti permasalahan dari tulisan ini, perlu kiranya dijelaskan pengertian dari *conditionally constitutional/conditionally unconstitutional* dan pembentukan hukum baru dalam putusan Mahkamah Konstitusi.

Pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 132/PUU-XIII/2015 bertanggal 5 April 2017 telah memberi pengertian terkait *conditionally constitutional/conditionally unconstitutional*, yaitu:

"... Suatu norma undang-undang hanya akan dinyatakan bertentangan secara bersyarat dengan UUD 1945, antara lain, apabila suatu norma dengan memperhatikan rumusnya berdasarkan suatu penafsiran hukum yang relevan, seharusnya mencakup hal atau keadaan lain yang menjadi bagian tak terpisahkan dari norma itu namun ternyata tidak terumuskan secara jelas dalam norma, atau, suatu norma undang-undang dirumuskan sedemikian rupa sehingga terdapat potensi pertentangan dengan norma lain, baik yang terdapat dalam undang-undang yang sama, maupun dalam undang-undang yang berbeda. Dalam keadaan demikianlah antara lain Mahkamah, dengan tidak mengambil alih kewenangan pembentuk undang-undang, akan menyatakan suatu norma undang-undang bertentangan secara bersyarat dengan UUD 1945 melalui suatu penafsiran hukum dan penafsiran konstitusi yang telah diakui keberlakuannya dan validitasnya..."⁷

Memperhatikan pertimbangan tersebut maka penafsiran norma oleh Mahkamah Konstitusi dilakukan apabila:

1. Terdapat hal atau keadaan lain yang menjadi bagian tidak terpisahkan dari norma tersebut namun tidak terumuskan secara jelas norma;
2. Terdapat suatu norma undang-undang dirumuskan sedemikian rupa sehingga terdapat potensi pertentangan dengan norma lain, baik yang terdapat dalam undang-undang yang sama, maupun dalam undang-undang yang berbeda.

⁷ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 132/PUU-XIII/2015, bertanggal 5 April 2017, h. 51-55

Sehubungan dengan pengertian *conditionally constitutional/conditionally unconstitutional*, Martitah memberi pengertian *conditionally constitutional* ialah, suatu norma konstitusional bila dimaknai sesuai dengan tafsir Mahkamah dan *conditionally unconstitutional* ialah suatu norma tidak konstitusional atau bertentangan dengan undang-undang dasar bila dimaknai tidak sesuai dengan tafsir Mahkamah.⁸ Dengan demikian jelas bahwa dalam menjalankan kewenangannya, Mahkamah Konstitusi dapat memberi tafsir atas norma undang-undang dalam rangka pemenuhan hak konstitusional warga negara supaya tidak terlanggar oleh berlakunya suatu norma.

Adapun terkait dengan putusan Mahkamah Konstitusi yang membentuk hukum atau mengatur atau *positive legislature*, menurut Martitah⁹, dalam konteks Mahkamah Konstitusi membuat putusan yang bersifat *positive legislature* adalah sebagai perwujudan diskresi yang tidak dapat digolongkan sebagai intervensi terhadap ranah legislasi – hal tersebut sejalan dengan pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam putusan Nomor 132/PUU-XIII/2015 – namun demikian harus ada batasannya, antara lain:

1. Hakim berpandangan masalah tersebut waktunya mendesak;
2. Akan terjadi kekosongan hukum jika tidak dibuat putusan yang mengatur;
3. Ada kemanfaatan, kemaslahatan, dan keadilan substantif yang didasarkan pada tuntutan dan kebutuhan masyarakat yang ingin dicapai.

Dengan demikian, meskipun hakim Mahkamah Konstitusi memiliki diskresi untuk memutus dengan membuat norma baru atau norma yang bersifat mengatur atau *positive legislature* tetap ada batasan agar Mahkamah Konstitusi tidak mengambil alih kewenangan legislatif atau pembentuk undang-undang.

Dalam kaitannya dengan hakim memutus suatu perkara, sesuai praktik paling tidak dikenal dua aliran yaitu *judicial activism* dan *judicial restraint*.¹⁰ Sehubungan dengan *judicial activism* maupun *judicial restraint* perlu kiranya diuraikan sedikit mengenai *judicial activism* dan *judicial restraint*, meskipun sudah banyak yang menuliskan tentang kedua hal tersebut, penjelasan akan hal itu diperlukan agar terlihat benang merah yang menghubungkan putusan Mahkamah Konstitusi dengan kedua aliran dimaksud.

⁸ Martitah, *Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature ke Positive Legislature*. Cetakan 1, Jakarta: Konstitusi Press, 2013, h. 299.

⁹ *Ibid*, h. 265 – 266.

¹⁰ I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint) Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-Hak Konstitusional Warga Negara*, Jakarta: Sinar Grafika, 2013, h. 619-624.

Judicial activism

Black's Law Dictionary, memberi pengertian *judicial activism* adalah:

*A philosophy of judicial decision-making whereby judges allow their personal views about public policy, among other factors, to guide their decisions, usu. With the suggestion that adherents of this philosophy tend to find constitutional violations and are willing to ignore precedent.*¹¹

Sementara menurut Ralph C. Chandler et.al., dalam kaitannya dengan putusan memberi pengertian *judicial activism* adalah:

*An approach to appellate decision making associated with activist behavior by members of the United States Supreme Court. Judicial activism sees the appellate courts as playing an affirmative policy role. Judicial activism are inclined to find constitutional violations, and they sometimes invalidate legislative and executive policy initiatives.*¹²

Berdasarkan kedua pengertian di atas maka tergambar bahwa dalam aliran *judicial activism* para hakim berperan aktif membuat diskresi dalam putusan-putusan yang dibuatnya. Hal itu jelas menuai kritikan bahwa *judicial activism* menggerogoti kewenangan pembentuk undang-undang atau legislasi, namun ada hal menarik dari pandangan Robert Lowry Clinton terkait dengan *judicial activism*, menurut beliau *judicial activism* antara lain adalah:

*An approach that 'sets the law beside the constitution' for constitutional decision making is one of the intellectual hallmarks of modern judicial review and leads inexorably to judicial activism.*¹³

Dengan demikian, *judicial activism* adalah konsekuensi logis dari “sets the law beside the constitution” – istilah yang digunakan oleh Robert Lowry Clinton – dalam pembuatan keputusan yang berkaitan dengan konstitusi yang dinilai sebagai salah satu penanda intelektual penting dalam pemikiran modern pengujian undang-undang.

Selain Robert Lowry Clinton, E.W Thomas menyatakan bahwa *judicial activism* adalah:

*A judge who is aware that the law's dynamic is irreversible simply because the society it serves is forever changing will necessarily develop the law so as to keep it abreast of those changes.*¹⁴

¹¹ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, West Group: St. Paul Minn, 1999, h. 850.

¹² Ralph C. Chandler et.al., *The Constitutional Law Dictionary, Volume I.: Individual Rights*, Clio Press Ltd: Oxford, 1985, h. 428.

¹³ Robert Lowry Clinton, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, Kansas: University Press of Kansas, 1989, h. 23.

¹⁴ E.W. Thomas, *The Judicial Process: Realism, Pragmatism, Practical and Principles*, Cambridge University Press: Cambridge-New York-Melbourne-Madrid-Cape Town-Singapore-Sau Pãulo, 2005, h. 95.

Dengan demikian, berdasarkan pandangan aliran *judicial activism* maka hakim dituntut untuk membuat hukum sesuai dengan tuntutan perubahan abadi yang terjadi dalam masyarakat melalui putusannya.

Judicial Restraint

Berbeda dengan aliran *judicial activism*, aliran *judicial restraint*, merupakan implementasi dari penerapan prinsip pemisahan kekuasaan (*separation of power*).¹⁵ Dalam doktrin *judicial restraint*, pengadilan harus dapat melakukan pengekangan diri dari kecenderungan ataupun dorongan untuk bertindak layaknya sebuah “*miniparliament*”.¹⁶ Salah satu bentuk tindakan pengadilan yang dapat dikategorikan sebagai tindakan parlemen adalah membentuk norma hukum baru ketika memutuskan sebuah perkara *judicial review*.

Black’s *Law Dictionary*,¹⁷ memberi pengertian *judicial restraint* adalah:

1. *A restraint imposed by a court, as by a restraining order, injunction, or judgement.*
2. *The principle that, when a court can resolve a case based on a particular issue, it should do so, without reaching unnecessary issues.*
3. *A philosophy of judicial decision-making whereby judges avoid indulging their personal beliefs about the public good and instead try merely to interpret the law as legislated and according to precedent.*

Sementara Rebecca Zietlow mengungkapkan bahwa *judicial restraint* adalah:

*Restrained judges recognize the institutional advantages of the political branches when they create law, and respect their authority to do so. Judicial restraint is thus “rooted in a majoritarian conception of American democracy”. Hence, judges should use judicial restraint whenever possible*¹⁸

Adapun Ralph C. Chandler et.al., memberi pengertian *judicial restraint* adalah:

A philosophy and style of judicial decision making that minimizes the extent to which judges apply their¹⁹ personal views to the legal judgments they render... The term describes a self-imposed limitation seen by judges who practice it as the decision-making approach most compatible with democratic principles.

¹⁵ Philip A. Talmadge, “Understanding the Limit of Power: Judicial Restraint in General Jurisdiction Court Systems”, *Seattle University Law Review*, Nomor 695, 1999, h. 711.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Bryan A. Garner, *Black’s Law Dictionary, Op.Cit.*, h. 852.

¹⁸ Rebecca E. Zietlow, “*The Judicial Restraint of the Warren Court (and Why it Matters)*”, Presented Essay on meeting of the Law and Society Association, Toledo, 2006, h. 9.

¹⁹ Ralph C. Chandler et.al., *Op.Cit.*, h. 430.

Berdasarkan beberapa pengertian di atas maka *judicial restraint* merupakan implementasi dari pengakuan dan penghormatan hakim kepada cabang kekuasaan politik sebagai cabang kekuasaan yang berwenang untuk membentuk hukum dalam kerangka demokrasi. Oleh karena itu, menurut Rebecca A. Zietlow, hakim atau pengadilan sebaiknya menerapkan *judicial restraint* kapanpun dimungkinkan.²⁰

Dengan demikian sesuai uraian mengenai *judicial activism* dan *judicial restraint* di atas kemudian dihubungkan dengan praktik Mahkamah Konstitusi memutus perkara, menurut penulis berdasarkan hasil yang diteliti dan dibaca oleh penulis maka terdapat benang merah yang menggambarkan hubungan antara keduanya, seperti dalam tabel matrik di bawah ini:

Tabel 1
Substansi *Judicial Activism* Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi

Putusan		<i>Judicial Activism</i>	
<i>Conditionally constitutional</i>	<i>Conditionally unconstitutional</i>	Pembentukan hukum baru	Putusan-putusan tersebut merupakan bentuk <i>judicial activism</i> dalam rangka pemenuhan hak konstitusional warga negara yang dijamin oleh UUD 1945
Putusan Nomor 10/PUU-VI/2008	Putusan Nomor 4/PUU-VII/2009	Putusan Nomor 5/PUU-V/2007	
Putusan Nomor 49/PUU-VIII/2010		Putusan Nomor 102/PUU-VII/2009	
Putusan Nomor 115/PUU-VIII/2009		Putusan Nomor 110-111-112-113/PUU-VII/2009	
Putusan Nomor 147/PUU-VIII/2009		Putusan Nomor 11/PUU-VIII/2010	
Putusan Nomor 42/PUU-XIII/2015			

Sumber: diolah oleh penulis

²⁰ Rebecca E. Zietlow, *Op.Cit.*

Sesuai data tersebut di atas, jelas bahwa dalam memutus suatu perkara Mahkamah Konstitusi demi pemenuhan hak konstitusional warga negara yang dijamin oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 telah melakukan *judicial activism*, pertanyaan selanjutnya adalah apakah terhadap norma pidana Mahkamah Konstitusi juga melakukan *judicial activism* dan *judicial restraint*?

Untuk mengetahui hal tersebut, sesuai data putusan yang diteliti oleh penulis dari beberapa putusan ternyata terkait dengan norma pidana terdapat beberapa putusan Mahkamah Konstitusi yang secara substansi bentuknya merupakan *judicial activism* dan putusan yang substansi bentuknya merupakan *judicial restraint*, sebagaimana tabel matrik di bawah ini:

Tabel 2
Substansi *Judicial Activism* dan *Judicial Restraint* dalam Putusan Mahkamah Konstitusi

Putusan	<i>Judicial Activism</i>	Putusan	<i>Judicial Restraint</i>
013/PUU-I/2003	Putusan-putusan tersebut secara substansi merupakan putusan yang berbentuk <i>judicial activism</i> dalam norma pidana	14/PUU-VI/2008	Putusan-putusan tersebut secara substansi merupakan putusan yang berbentuk <i>judicial restraint</i> dalam norma pidana
013-022/PUU-VI/2006		132/PUU-XIII/2015	
4/PUU-V/2007		46/PUU-XIII/2015	
6/PUU-V/2007			
40/PUU-X/2012			
86/PUU-X/2012			
110/PUU-X/2012			
1/PUU-XI/2013			
31/PUU-XIII/2015			

Sumber: diolah oleh penulis

Berdasarkan uraian di atas perlu diulas beberapa putusan sebagaimana tersebut dalam tabel di atas, guna melihat kriteria putusan Mahkamah Konstitusi yang bagaimanakah yang substansinya merupakan *judicial activism* dan yang substansinya *judicial restraint* dalam kaitannya dengan norma pidana.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 013/PUU-I/2003²¹

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 013/PUU-I/2003 menguji Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2003 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti

²¹ Baca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 013/PUU-I/2003.

Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Pemberlakuan Peraturan Pemerintah Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme pada Peristiwa Peledakan Bom di Bali tanggal 12 Oktober 2002 menjadi Undang-Undang yang diundangkan pada tanggal 4 April 2003. Dalam perkara tersebut, Pemohon mendalilkan selaku warga negara Indonesia yang juga seorang terdakwa dalam kasus peledakan bom di Bali tanggal 12 Oktober 2002, menganggap hak-hak konstitusionalnya dirugikan oleh Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2003, yaitu hak yang diatur dalam Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan:

“Hak untuk hidup hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun”.

Menurut Pemohon, peristiwa bom di Bali terjadi pada tanggal 12 Oktober 2002, namun dalam kasus Pemohon diterapkan Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2003 yang diundangkan pada tanggal 4 April 2003.

Terhadap hal tersebut, Mahkamah Konstitusi kemudian memberi pertimbangan yang antara lain, pada pokoknya:

“... bahwa pemberlakuan prinsip retroaktif dalam hukum pidana hanyalah merupakan suatu pengecualian yang hanya dibolehkan dan diberlakukan pada perkara pelanggaran HAM berat (gross violation on human rights) sebagai kejahatan yang serius, yang merupakan jaminan terhadap hak-hak yang tidak dapat dikurangi (non-derogable rights). Sementara itu, yang dikategorikan sebagai pelanggaran HAM berat menurut Statuta Roma Tahun 1998 adalah kejahatan 43 genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang, dan kejahatan agresi; sedangkan menurut Pasal 7 Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia yang dikategorikan sebagai pelanggaran HAM berat adalah hanya kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Dengan demikian, baik merujuk kepada Statuta Roma Tahun 1998, maupun Undang-Undang No. 39 Tahun 1999, peristiwa peledakan bom di Bali tanggal 12 Oktober 2002 belumlah dapat dikategorikan sebagai kejahatan yang luar biasa (extraordinary crime) yang dapat dikenai prinsip hukum retroaktif, melainkan masih dapat dikategorikan sebagai kejahatan biasa (ordinary crime) yang sangat kejam, tetapi masih dapat ditangkal dengan ketentuan hukum pidana yang ada. Perpu No. 1 Tahun 2002 dan Perpu No. 2 Tahun 2002 mendapat banyak tantangan, karena secara legal formal digunakannya

asas retroaktif sebenarnya tidak dapat diterapkan, sebab terorisme tidak termasuk kategori kejahatan yang bisa diterapkan asas retroaktif (Posisi Paper YLBHI, No. 1, Desember 2002). Apabila terorisme dipandang telah bertentangan dengan hak asasi manusia (HAM), namun ketentuan dan tindakan hukum untuk memberantasnya juga tak dapat mengesampingkan HAM, sebab di Amerika Serikat sendiri terdapat penilaian bahwa Terrorism Law is major setback for civil liberties..”

Dengan demikian, menurut Mahkamah Konstitusi, mempidanakan seseorang dengan undang-undang yang berlaku surut bertentangan dengan hak konstitusional yang dijamin dalam Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, terlebih lagi dengan merujuk kepada Statuta Roma Tahun 1998, maupun Undang-Undang No. 39 Tahun 1999, peristiwa peledakan bom di Bali tanggal 12 Oktober 2002 belumlah dapat dikategorikan sebagai kejahatan yang luar biasa (*extraordinary crime*) yang dapat dikenai prinsip hukum retroaktif, melainkan masih dapat dikategorikan sebagai kejahatan biasa (*ordinary crime*) yang sangat kejam, tetapi masih dapat ditangkal dengan ketentuan hukum pidana yang ada.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 40/PUU-X/2012²²

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 40/PUU-XI/2012 menguji Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Pemohon dalam perkara tersebut mendalilkan sebagai perseorangan warga negara Indonesia yang berprofesi sebagai tukang gigi yang telah dirugikan hak konstitusionalnya yang dijamin dalam Pasal 27 ayat (2) dan Pasal 28D ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 akibat berlakunya ketentuan Pasal 73 ayat (2) dan Pasal 78 Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran tersebut; Menurut Pemohon norma yang terkandung dalam Pasal 73 ayat (2) Undang-Undang *a quo* bersifat multitafsir karena tidak saja melarang dokter/dokter gigi gadungan membuka praktik ilegal, namun perumusan pasal *a quo* justru berdampak pada semua bidang pekerjaan khususnya pekerjaan tukang gigi.

Terhadap dalil Pemohon tersebut, Mahkamah Konstitusi mempertimbangkan yang pada pokoknya antara lain, bahwa Pasal 27 ayat (2) UUD 1945 secara tegas menyatakan tiap-tiap warga negara berhak atas pekerjaan dan penghidupan yang

²² Baca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 40/PUU-X/2012.

layak bagi kemanusiaan. Hal ini ini berarti negara melindungi hak atas pekerjaan setiap warga negaranya dalam rangka mendapatkan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan. Perlindungan negara atas suatu pekerjaan dan memperoleh penghidupan yang layak bagi kemanusiaan merupakan implementasi dari hak asasi setiap orang untuk bekerja serta mendapat imbalan dan perlakuan yang adil dan layak dalam hubungan kerja. Dengan demikian menurut Mahkamah Konstitusi dalam hal perlindungan negara atas suatu pekerjaan dan hak untuk mendapatkan imbalan tidak diterapkan secara diskriminatif dalam artian memberikan perlakuan yang istimewa terhadap pekerjaan tertentu saja dan mengabaikan atau menghapuskan jenis pekerjaan yang lain tanpa memberikan solusi atau penyelesaian yang jelas dari negara;

Bahwa menurut Mahkamah Konstitusi penghapusan pekerjaan tukang gigi dengan alasan karena pekerjaan tersebut berisiko sehingga hanya dapat dilakukan oleh tenaga yang berkompetan bukan merupakan penyelesaian yang tepat, karena selain keberadaan pekerjaan tukang gigi telah lebih dahulu ada sebelum adanya kedokteran gigi di Indonesia, keberadaan tukang gigi dapat menjadi alternatif lain bagi masyarakat untuk mendapatkan pelayanan kesehatan gigi yang terjangkau. Terlebih hingga saat ini Pemerintah belum dapat menyediakan pelayanan gigi yang terjangkau bagi seluruh masyarakat. Penyimpangan maupun pelanggaran yang dilakukan oleh tukang gigi ataupun juga karena terbatasnya kemampuan yang dimiliki oleh tukang gigi dalam menjalankan pekerjaannya dapat diselesaikan melalui pembinaan, perizinan, dan pengawasan. Menurut Mahkamah profesi tukang gigi dapat dimasukkan/dikategorikan dalam satu jenis pelayanan kesehatan tradisional Indonesia yang harus dilindungi oleh negara dalam suatu peraturan tersendiri. Dengan dasar pertimbangan tersebut Mahkamah Konstitusi kemudian berpendapat Pasal 73 ayat (2) Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2004 bertentangan dengan UUD 1945 secara bersyarat yaitu bertentangan dengan konstitusi jika larangan dalam pasal tersebut diberlakukan terhadap tukang gigi yang telah memiliki ijin dari Pemerintah;

Adapun terkait dengan Pasal 78 Undang-Undang *a quo* oleh karena mengatur norma sanksi terhadap pelanggaran Pasal 73 ayat (2) Undang-Undang *a quo* maka norma yang termuat dalam Pasal 78 merupakan satu kesatuan yang tidak terpisahkan dari Pasal 73 ayat (2) Undang-Undang *a quo*, sehingga Pasal 78 Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2004 juga harus dinyatakan konstitusional

bersyarat, yaitu konstitusional sepanjang norma dalam Pasal 78 Undang-Undang *a quo* tidak termasuk tukang gigi yang mendapat ijin dari Pemerintah.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14/PUU-VI/2008²³

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14/PUU-VI/2008, di antaranya menguji Pasal Pasal 310 ayat (1) dan ayat (2), serta Pasal 311 ayat (1) KUHP. Menurut Pemohon pasal tersebut bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, sehingga Pemohon memohon agar menyatakan bahwa Pasal 310 ayat (1) KUHP sepanjang anak kalimat "*pidana penjara paling lama sembilan bulan atau*", Pasal 310 ayat (2) KUHP sepanjang anak kalimat "*pidana penjara paling lama satu tahun empat bulan atau*", Pasal 311 ayat (1) KUHP sepanjang anak kalimat "*dengan pidana penjara paling lama empat tahun*" bertentangan dengan Pasal 28E ayat (2), Pasal 28E ayat (3) dan Pasal 28F Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Terkait hal tersebut Mahkamah kemudian mempertimbangkan yang pada pokoknya antara lain, bahwa:

"... Mahkamah juga tidak berwenang mengubah jenis pidana yang terdapat dalam Pasal 310 ayat (1) dan ayat (2), serta Pasal 311 ayat (1) KUHP, sebagaimana dimohon oleh Pemohon dalam petitum-nya. Hal itu adalah kewenangan pembentuk undang-undang melalui legislative review..."

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 132/PUU-XIII/2015²⁴

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 132/PUU-XIII/2015 adalah menguji Pasal 296 dan Pasal 506 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Pemohon mendalilkan Pasal 296 dan Pasal 506 KUHP bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 karena pelakunya tidak hanya orang yang memudahkan perbuatan cabul tetapi juga terdapat dua orang yang melakukan perbuatan cabul (perempuan dan laki-laki dewasa tanpa hubungan pernikahan melakukan perzinahan), sehingga seharusnya dua orang pelaku cabul tersebut juga dipidana dengan menafsirkan Pasal 296 dan Pasal 506 KUHP tersebut.

Mahkamah Konstitusi dalam pertimbangannya menyatakan pada pokoknya, antara lain, bahwa menyatakan suatu perbuatan yang semula bukan perbuatan

²³ Baca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14/PUU-VI/2008.

²⁴ Baca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 132/PUU-XIII/2015.

pidana kemudian menjadi pidana merupakan kewenangan dari pembuat kebijakan kriminal dalam hal ini pembentuk undang-undang. Sementara Mahkamah Konstitusi berdasarkan doktriner dibentuk hanya untuk menyatakan batal suatu undang-undang. Hal ini dimaksudkan agar ada perbedaan kewenangan antara legislatif (DPR) dengan yudikatif atau (Mahkamah Konstitusi). Selain itu, berdasarkan doktriner pula agar Mahkamah Konstitusi tidak menjadi *mini parliament*, sehingga terhadap permohonan Pemohon tersebut Mahkamah Konstitusi tidak dapat menyatakan perbuatan suka sama suka yang dilakukan oleh perempuan dan laki-laki dewasa baik perempuan atau laki-laki tersebut belum menikah atau sudah menikah tidak dapat dinyatakan sebagai perbuatan pidana oleh Mahkamah Konstitusi;

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-XIV/2016²⁵

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-XIII/2015 adalah menguji Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), Pasal 285, dan Pasal 292 KUHP terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Menurut para Pemohon pada pokoknya adalah rumusan delik dalam pasal yang dimohonkan pengujian sudah tidak sesuai dengan perkembangan masyarakat dan nilai-nilai agama, sehingga memohon Mahkamah Konstitusi memberi tafsir terhadap perbuatan yang semula bukan perbuatan pidana menjadi perbuatan pidana;

Mahkamah Kontitusi Republik Indonesia dalam pertimbangannya menyatakan yang pada pokoknya, antara lain, bahwa pendirian Mahkamah Konstitusi mengenai suatu perbuatan yang semula bukan perbuatan pidana menjadi perbuatan pidana merupakan kewenangan pembentuk undang-undang, benar Mahkamah Konstitusi dalam putusan-putusannya dapat memberi tafsir terhadap suatu norma pasal, tetapi tidak untuk norma pidana karena kata undang-undang dalam Pasal 1 KUHP merupakan makna sesungguhnya yaitu undang-undang tertulis yang dibuat oleh pembentuk undang-undang. Dengan demikian, maka Mahkamah Konstitusi tidak berwenang menyatakan suatu perbuatan sebagai perbuatan pidana melainkan kewenangan dari negara dalam hal ini DPR bersama Presiden.

Berdasarkan data beberapa putusan tersebut, ternyata Mahkamah Konstitusi telah membuat putusan yang secara substansi merupakan *judicial activism* dan putusan yang secara substansi merupakan *judicial restraint*. Dari beberapa putusan

²⁵ Baca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-IV/2008.

tersebut dapat diketahui bahwa Mahkamah Konstitusi dalam kaitannya dengan norma pidana akan mengabulkan permohonan Pemohon ketika ternyata norma pidana tersebut melanggar hak konstitusional warga negara yang dijamin oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 baik norma tersebut dibatalkan secara keseluruhan maupun norma tersebut dinyatakan konstitusional bersyarat maupun tidak konstitusional bersyarat akan tetapi tidak membuat norma baru yang menyatakan satu perbuatan yang semula bukan merupakan perbuatan pidana menjadi perbuatan pidana.

Adapun dasar pertimbangan Mahkamah Konstitusi mengenai norma terkait dengan suatu perbuatan pidana ialah bahwa berdasarkan sejarah pembentukannya, Mahkamah Konstitusi adalah lembaga yang mengadili suatu undang-undang, apakah bertentangan dengan undang-undang dasar atau tidak, ketika suatu undang-undang dinyatakan bertentangan dengan undang-undang dasar maka undang-undang tersebut batal demikian pula sebaliknya apabila undang-undang tersebut tidak bertentangan dengan undang-undang dasar maka undang-undang tersebut tetap berlaku. Berdasarkan doktrin, Mahkamah Konstitusi tidak dapat menjadi lembaga legislatif, itulah mengapa kewenangan Mahkamah Konstitusi hanya membatalkan satu undang-undang. Hal tersebut dimaksudkan agar Mahkamah Konstitusi tidak mengambil alih kewenangan dari pembentuk undang-undang atau legislatif supaya Mahkamah Konstitusi tidak menjadi *mini parliament*. Hal itu sejalan dengan ajaran yang terdapat dalam teori negara hukum, yaitu konstitusionalisme atau pembatasan kekuasaan. Terkait dengan konstitusionalisme para ahli berpendapat sebagai berikut:

Carl J. Friedrich seperti dikutip oleh Miriam Budiardjo, memberi tafsiran kepada konstitusionalisme sebagai suatu gagasan pemerintahan yang di dalamnya merefleksikan:

“a set of activities organized by and operated on behalf of the people, but subject to a series of restraints which attempt to ensure that the power which is needed for such governance is not abused by those who are called upon to do the governing.”²⁶

Jhon Alder, mengungkapkan bahwa konstitusionalisme adalah:

“the concepts of the rule of law and the separation of powers are aspects of the wider notion of ‘constitutionalism’, that is, the idea that governmental power should be limited by law.”²⁷

²⁶ Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik* (edisi revisi), Jakarta: Gramedia, 2008, h. 171

²⁷ Jhon Alder, *Constitutional and Administrative Law*, London: Macmillan Education LTD, 1989, h. 39.

Sementara menurut Daniel S. Lev dalam studinya mengenai konstitusionalisme Indonesia dan Malaysia memaknai konstitusionalisme sebagai suatu proses politik—baik dengan atau tanpa konstitusi tertulis—yang sedikit banyak berorientasi pada aturan dan institusi publik, yang dimaksudkan untuk menentukan batas penggunaan kekuasaan politik. Lebih lanjut dikatakan oleh Daniel S. Lev, konstitusionalisme, yang memiliki kedudukan di atas *rule of law* dan *rechtstaat*, adalah suatu paham ‘negara terbatas’, dimana kekuasaan politik resmi dikelilingi oleh hukum yang akan mengubah kekuasaan menjadi wewenang yang ditentukan secara hukum, sehingga pada intinya konstitusionalisme adalah suatu proses hukum yang mengatur masalah pembagian kekuasaan dan wewenang.²⁸

Selanjutnya William G. Andrews, seperti dikutip oleh Jimly Asshiddiqie menyatakan bahwa salah satu fungsi konstitusi adalah menentukan pembatasan terhadap kekuasaan sebagai suatu fungsi konstitusionalisme, selengkapnya William G. Andrews menyatakan:

“The constitution imposes restraint on government as a function of constitutionalism; but also legitimizes the power of the government. It is the documentary instrument for transfer of authority from the residual holders –the people under democracy, the king under monarchy- to the organ of State power.”²⁹

Dengan mendasarkan pada pandangan para ahli di atas, dapat disimpulkan bahwa konstitusionalisme adalah pembatasan kekuasaan politik berdasarkan kewenangan yang telah ditentukan dalam undang-undang dasar.

Dalam konteks Indonesia, Jimly Asshiddiqie menguraikan, bahwa konsensus yang menjaga tegaknya konstitusionalisme Indonesia adalah lima prinsip dasar Pancasila, yang berfungsi sebagai landasan filosofis-ideologis dalam mencapai dan mewujudkan empat tujuan negara. Kelima prinsip dasar tersebut adalah: (1) ke-Tuhanan yang Maha Esa; (2) Kemanusiaan yang Adil dan Beradab; (3) Persatuan Indonesia; (4) Kerakyatan yang Dipimpin oleh Hikmat Kebijaksanaan dalam Permusyawaratan Perwakilan; dan (5) Keadilan Sosial bagi Seluruh Rakyat Indonesia. Sedangkan keempat tujuan negara yang mesti dicapai meliputi: (1) melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia; (2) meningkatkan kesejahteraan umum; (3) mencerdaskan kehidupan bangsa; dan

²⁸ Daniel S. Lev, *Gerakan Sosial, Konstitusionalisme dan Hak Asasi*, dalam Daniel S. Lev, *Hukum dan Politik di Indonesia: Kesenambungan dan Perubahan*, Jakarta: LP3ES, 1990, h. 513-515.

²⁹ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, cetakan pertama, 2005, h. 29.

(4) ikut melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial.³⁰

Dengan demikian, berdasarkan ajaran atau paham konstitusionalisme maka kewenangan Mahkamah Konstitusi pun harus dibatasi agar tidak melampaui kewenangan yang sudah ditentukan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Hal itu sejalan dengan doktrin pembentukan Mahkamah Konstitusi adalah sebagai *negative legislator*, seperti yang telah diutarakan sebelumnya.

Selain itu, menyatakan suatu perbuatan yang semula bukan merupakan tindak pidana atau delik menjadi perbuatan pidana atau delik, Pasal 1 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana(KUHP) menyatakan:

“Ayat (1), Suatu perbuatan tidak dapat dipidana, kecuali berdasarkan kekuatan ketentuan perundang-undangan pidana yang telah ada”

Ayat (2), Bilamana ada perubahan dalam perundang-undangan sesudah perbuatan dilakukan, maka terhadap terdakwa diterapkan ketentuan yang paling menguntungkannya.

Ketentuan tersebut secara *expresis verbis* menyatakan:

- a. Perbuatan pidana harus ada terlebih dahulu dalam undang-undang
- b. Tidak boleh memberlakukan surut perbuatan pidana.

Dalam bahasa latin hal itu dikenal dengan *nullum crimen, noela poena sine lege praevia*. Apabila ketentuan Pasal 1 ayat (1) KUHP tersebut dikaitkan dengan siapa yang membuat undang-undang maka yang berwenang untuk menentukan satu perbuatan merupakan perbuatan pidana adalah pembentuk undang-undang dalam hal ini Dewan Perwakilan Rakyat bersama Presiden.

Dalam kaitannya dengan menentukan suatu perbuatan merupakan perbuatan pidana tidak dapat dilepaskan dari politik hukum pidana yang merupakan bagian dari kebijakan kriminal, hal ini dapat terlihat dari tujuan penanggulangan kejahatan yang tertuang dalam peraturan perundang-undangan yang merupakan hasil kebijakan dari negara melalui badan-badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki. Mengenai kebijakan kriminalisasi,

³⁰ Adnan Buyung Nasution, *Aspirasi Pemerintahan Konstitusional di Indonesia: Studi Sosio Legal atas Konstituante 1956-1959*, Jakarta: Pustaka Utama Grafiti, 1995, h. 26-27.

Barda Nawawi Arief³¹ merumuskan kebijakan kriminalisasi merupakan suatu kebijakan dalam menetapkan suatu perbuatan yang semula bukan tindak pidana (tidak dipidana) menjadi suatu tindak pidana (perbuatan yang dapat dipidana). Badan-badan negara yang berwenang menetapkan peraturan tersebut adalah para legislator yang dalam konteks Indonesia adalah Dewan Perwakilan Rakyat bersama Presiden.

KESIMPULAN

Bahwa berdasarkan uraian dalam pembahasan di atas kemudian dihubungkan aliran *judicial activism* dan *judicial restraint*, sesuai praktik yang terjadi di Mahkamah Konstitusi sudah menerapkan kedua aliran tersebut, *judicial activism* dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi guna memenuhi hak konstitusional warga negara Indonesia yang dijamin oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Namun Mahkamah Konstitusi membatasi dirinya ketika harus menyatakan suatu perbuatan yang semula bukan perbuatan pidana menjadi perbuatan pidana dengan alasan, apabila hal itu dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi maka itu artinya Mahkamah Konstitusi telah bertindak selaku pembentuk undang-undang karena hanya negara lah yang berhak menentukan suatu perbuatan merupakan perbuatan pidana atau delik, meskipun dalam praktiknya Mahkamah Konstitusi telah membuat terobosan dengan membentuk hukum baru namun tidak untuk menyatakan suatu perbuatan yang semula bukan perbuatan pidana menjadi perbuatan pidana.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

Asshiddiqie, Jimly, 2005, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Cetakan Pertama, Jakarta: Konstitusi Press.

_____, 2005, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, cetakan pertama.

Arief, Barda Nawawi, 2002, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti.

³¹ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, PT. Citra Aditya Bakti: Bandung. 2002, h. 126.

- Alder, Jhon, 1989, *Constituional and Administrative Law*, London: Macmillan Education LTD.
- Budiardjo, Miriam, 2008, *Dasar-Dasar Ilmu Politik* (edisi revisi), Jakarta: Gramedia.
- Chandler, Ralph C. *et.al.*, *The Constitutional Law Dictionary, Volume I, 1985: Individual Rights*, Clio Press Ltd:Oxford.
- Clinton, Robert Lowry, 1989, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, University Press of Kansas: Kansas.
- Garner, Bryan A., 1999, *Black's Law Dictionary*, West Group: St. Paul Minn.
- Kelsen, Hans, 1961, *General Theory of Law and State*, Translated by Anders Wedberg, New York: Russell & Russell.
- Lev, Daniel S., 1990, *Gerakan Sosial, Konstitusionalisme dan Hak Asasi*, dalam Daniel S. Lev, *Hukum dan Politik di Indonesia: Kesenambungan dan Perubahan*, Jakarta: LP3ES,
- Martitah, 2013, *Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature ke Positive Legislature. Cetakan 1*, Jakarta: Konstitusi Press.
- Nasution, Adnan Buyung, 1995, *Aspirasi Pemerintahan Konstitusional di Indonesia: Studi Sosio Legal atas Konstituante 1956-1959*, Jakarta: Pustaka Utama Grafiti.
- Thomas E.W., 2005, *The Judicial Process: Realism, Pragmatism, Practical and Principles*, Cambridge University Press: Cambridge-New York-Melbourne-Madrid-Cape Town-Singapore-Sau Pãulo.

Jurnal

- Chalid, Hamid, 2017, "Dualism of Judicial Review in indonesia: Problems and Solutions", *Indonesia Law Review*, Volume 7 Number 3, September - December, h. 367-394.
- Talmadge, Philip A., 1999, "Understanding the Limit of Power: Judicial Restraint in General Jurisdiction Court Systems", *Seattle University Law Review*, Nomor 695, h. 695-739.
- Zietlow, Rebecca E., 2006, "The Judicial Restraint of the Warren Court (and Why it Matters)", *Presented Essay on meeting of the Law and Society Association*, Toledo.

Undang-Undang

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Putusan Mahkamah Konstitusi:

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 013/PUU-I/2003

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 40/PUU-X/2012

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14/PUU-VI/2008

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 132/PUU-XIII/2015

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-IV/2008

Perlindungan Hak Konstitusional untuk Bebas dari Penyiksaan di Indonesia

Protection of Constitutional Rights for Freedom from Torture in Indonesia

Rommy Patra

Fakultas Hukum Universitas Tanjungpura
Jl. Prof. Dr. Hadari Nawawi, Pontianak
E-mail: rommypatra@yahoo.co.id

Naskah diterima: 22/05/2017 revisi: 19/04/2018 disetujui: 06/08/2018

Abstrak

Upaya mencegah dan menghapus praktik penyiksaan di Indonesia bukanlah persoalan yang mudah. Meski sudah meratifikasi Konvensi Menentang Penyiksaan dan mengakui hak untuk bebas dari penyiksaan sebagai HAM dan hak konstitusional, namun praktik penyiksaan di Indonesia masih juga berlangsung secara massif. Permasalahan dalam penelitian ini, *pertama*, faktor-faktor apa saja yang menyebabkan praktik penyiksaan masih terjadi di Indonesia? *Kedua*, upaya apa yang harus dilakukan untuk mencegah dan menghapus praktik penyiksaan dalam memperkuat perlindungan HAM dan hak konstitusional untuk bebas dari penyiksaan di Indonesia? Pendekatan yang digunakan dalam kajian ini adalah pendekatan perundang-undangan, pendekatan kasus dan pendekatan konseptual. Hasil kajian memperlihatkan bahwa, *pertama*, sejumlah faktor yang menyebabkan masih terjadinya praktik penyiksaan di Indonesia: (1) tidak adanya aturan hukum yang tegas dan memberikan sanksi yang berat kepada pelaku penyiksaan; (2) terinstitusionalisasinya praktik kekerasan dan penyiksaan di jajaran penegak hukum serta permisifnya masyarakat terhadap praktik tersebut; (3) mekanisme perlindungan dan pemberian kompensasi terhadap korban penyiksaan masih belum memadai. *Kedua*, perbaikan yang harus dilakukan mencakup: (1) adanya komitmen yang kuat dari pemerintah dengan membuat kebijakan penghapusan tindakan penyiksaan, seperti membuat Undang-Undang

khusus menentang penyiksaan; (2) penataan institusi Kepolisian, Kejaksaan, TNI, Lembaga Masyarakat serta lembaga-lembaga lainnya dengan meningkatkan pengawasan, memberikan sanksi yang tegas dan dilakukannya proses hukum jika masih terdapat praktik penyiksaan yang dilakukan. Selain itu perlu diberikan pendidikan HAM bagi personil institusi-institusi tersebut; (3) meningkatkan partisipasi masyarakat agar memiliki kesadaran untuk melawan setiap praktik kekerasan dan penyiksaan; (4) mengoptimalkan peranan lembaga seperti Komnas HAM dan LPSK untuk memberikan perlindungan dan pendampingan terhadap korban. (5) harus adanya pemenuhan terhadap hak-hak korban yang menjadi korban dari praktik penyiksaan.

Kata Kunci: Hak Konstitusional, Konvensi, Penyiksaan

Abstract

Efforts to prevent and eliminate the practice of torture in Indonesia are not easy. Although it has ratified the Convention Against Torture and recognizes the right for freedom from torture as human rights and constitutional rights, the practice of torture in Indonesia is still massive. The problem is, what factors cause the practice of torture to still occur in Indonesia? Then what efforts should be made to prevent and eliminate the practice of torture in strengthening human rights protection and constitutional rights for freedom from torture in Indonesia? The approach used in this study is the statute approach, case approach and conceptual approach. The results of the study show a number of factors that leads to the practice of torture in Indonesia: (1) the absence of strict legal rules and severe sanctions for perpetrators of torture; (2) institutionalization of the practice of violence and torture in the ranks of law enforcement as well as the permissiveness of the community towards the practice; (3) the mechanism for protecting and providing compensation to victims of torture is still inadequate. The improvements that must be made include: (1) a strong commitment from the government by making a policy of abolishing acts of torture, such as making a special law against torture; (2) structuring of the Police, Prosecutor's Office, TNI, Correctional Institutions and other institutions by increasing supervision, providing strict sanctions and carrying out legal proceedings if there are still practices of torture carried out. In addition, it needs education of human rights for personnel of these institutions; (3) increasing community participation in order to have awareness to fight every practice of violence and torture; (4) optimizing the role of institutions such as Komnas HAM and LPSK to provide protection and assistance to victims. (5) there must be rights fulfillment to the victims who become the victims of the practice of torture.

Keywords: *Constitutional Rights, Conventions, Torture.*

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Hukuman lain yang Kejam, Tidak Manusiawi atau Merendahkan Martabat Manusia (*The United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*) atau yang biasa dikenal dengan istilah Konvensi Menentang Penyiksaan saja merupakan salah satu instrumen Hak Asasi Manusia (HAM) yang penting. Karena konvensi ini mengatur satu hak tunggal yang tercantum dalam Deklarasi Universal HAM (DUHAM) dan Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik, yaitu hak bebas dari penyiksaan.¹

Penyiksaan dipandang sebagai kejahatan serius oleh komunitas internasional dan pelarangan penyiksaan adalah *jus cogens*,² bahwa pelarangan ini tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun (*non derogable*) dan melakukan praktik penyiksaan juga merupakan kejahatan internasional menurut *Statuta Roma* (Mahkamah Pidana Internasional).³

Dalam konteks nasional, upaya untuk memberikan perlindungan HAM terkait hak bebas dari penyiksaan merupakan kewajiban yang harus dipenuhi oleh setiap negara termasuk Indonesia sebagai *state obligation*. Dalam melaksanakan *state obligation* tersebut, Indonesia telah membuat sejumlah peraturan perundang-undangan dalam rangka menjamin perlindungan terhadap hak bebas dari penyiksaan.

Dimulai dengan melakukan ratifikasi terhadap Konvensi Menentang Penyiksaan dengan UU No. 5 Tahun 1998 tentang Pengesahan *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia) yang disahkan pada tanggal 28 September 1998.⁴

¹ Agung Yudha Wiranata, *Konvensi Anti Penyiksaan*, Seri Bahan Bacaan Kursus HAM untuk Pengacara XI Tahun 2007, Jakarta: Elsam, 2007, h. 1.

² *Jus Cogens* adalah norma yang diterima dan diakui oleh negara-negara dalam komunitas internasional secara keseluruhan sebagai norma dimana pengurangan (*deregation*) tidak diperbolehkan dan perubahan atas norma tersebut hanya dapat dilakukan oleh norma hukum internasional dengan karakter yang sama. Elsam, "Jus Cogens (Preemptory Norms)", <http://referensi.elsam.or.id/2014/10/jus-cogens-preemptory-norms/>, diunduh 18 Februari 2017.

³ Knut D. Asplund dkk, *Hukum Hak Asasi Manusia*, Yogyakarta: Pusat Studi HAM UII, 2010, h. 154.

⁴ Latar belakang Indonesia meratifikasi Konvensi Menentang Penyiksaan disebabkan banyaknya praktik-praktik penyiksaan yang dilakukan terutama dalam proses penegakan hukum di Indonesia selama ini. Sebagai contoh, kasus peradilan sesat yang dibarengi dengan praktik penyiksaan, telah menjerumuskan dua orang petani, yaitu Sengkon dan Karta, untuk menjalani hukuman masing-masing selama 12 dan 7 tahun penjara atas tindakan pembunuhan yang tidak pernah mereka lakukan. Sekalipun kasus ini telah menjadi bagian yang menginspirasi lahirnya Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP), namun praktik penyiksaan di dalam proses penegakan hukum masih terus terjadi hingga saat ini. Di samping itu, Indonesia juga menyimpan begitu banyak cerita tentang praktik penyiksaan lainnya, terutama di daerah-daerah yang dulu merupakan wilayah konflik bersenjata. Seperti selama penerapan Daerah Operasi Militer (DOM) di Aceh antara tahun 1989-1998 dan di

Kemudian berdasarkan Pasal 33 ayat (1) UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, hak untuk bebas dari penyiksaan juga diatur dan dijamin keberadaannya, yaitu: "Setiap orang berhak untuk bebas dari penyiksaan, penghukuman atau perlakuan yang kejam, tidak manusiawi, merendahkan derajat dan martabat kemanusiaannya". Selanjutnya, hak untuk bebas dari penyiksaan diatur secara langsung oleh konstitusi melalui Perubahan Kedua UUD 1945 berdasarkan Pasal 28G ayat (2), yaitu: "Setiap orang berhak untuk bebas dari penyiksaan atau perlakuan yang merendahkan derajat martabat manusia dan berhak memperoleh suaka politik dari negara lain".

Adanya jaminan melalui konstitusi dan ratifikasi konvensi internasional terhadap hak untuk bebas dari penyiksaan di Indonesia ternyata dalam tataran implementasi belum efektif melindungi hak tersebut, karena masih terdapat sejumlah praktik pelanggaran. Sebagai contoh, masih sering terjadi kasus-kasus penyiksaan terhadap tahanan atau tersangka yang dilakukan oleh aparaturnya penegak hukum dalam penanganan suatu perkara. Berdasarkan data dari lembaga penggiat HAM, seperti yang tergabung dalam *Working Group on the Advocacy against Torture* (WGAT) melansir data praktik penyiksaan berdasarkan pemantauan di bulan Januari-Mei 2014 terhadap kondisi penahanan dan ruang pemeriksaan, menunjukkan sebanyak 24 (dua puluh empat) kasus terindikasi kuat terjadinya tindak penyiksaan dan perlakuan buruk serta merendahkan martabat manusia. Dari 24 (dua puluh empat) kasus tersebut, terdapat 3 (tiga) korban yang meninggal dunia diduga akibat tindak penyiksaan.⁵

Data dari Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM) juga memperlihatkan bahwa praktik penyiksaan, perlakuan yang kejam, tidak manusiawi dan merendahkan martabat manusia masih sering terjadi. Selama periode monitoring dari bulan Januari sampai Mei 2016 terdapat 12 (dua belas) kasus. Apabila dilihat dari aktor pelaku penyiksaan, mayoritas diduga dilakukan oleh anggota Kepolisian sebanyak 7 (tujuh) kasus, disusul petugas Lembaga Pemasyarakatan (Lapas) 2 (dua) kasus, petugas Lapas bersama anggota Kepolisian 1 (satu) kasus, anggota Densus 88 1 (satu) kasus dan anggota TNI AL 1 (satu) kasus.⁶

Papua antara tahun 1969-1998. Termasuk di Timor Timur, selama jajak pendapat tahun 1999, penyiksaan diduga banyak dilakukan oleh militer, Tentara Nasional Indonesia (TNI) atau Fretilin. Praktik penyiksaan juga dilakukan dalam kasus penculikan aktivis selama akhir masa Orde Baru 1997-1998. Beberapa peristiwa tersebut yang kemudian mendorong Indonesia meratifikasi Konvensi Menentang Penyiksaan. Laode M. Syarif dan Dadang Trisasongko (ed), *Jalan Panjang Penghapusan Penyiksaan*, Jakarta: Kemitraan bagi Pembaruan Tata Pemerintahan, 2012, h. 3.

⁵ Supriyadi Widodo Eddyono dkk, *Indonesia Pro Penyiksaan: 16 Tahun Pasca Ratifikasi Konvensi Anti Penyiksaan di Indonesia, Catatan Untuk Peringatan Hari Anti penyiksaan Internasional 2014*, Jakarta: WGAT, 2014, h. 6-7.

⁶ *Working Group on Advocacy Against Torture* (WGAT), "Penyiksaan sebagai Manifestasi Dominasi dan Kuasa Aparat Penegak Hukum Indonesia",

Berdasarkan data di atas, memperlihatkan kondisi yang masih memprihatinkan terkait masih maraknya praktik penyiksaan di Indonesia. Adanya kesenjangan antara keinginan dan harapan untuk mengakhiri praktik penyiksaan atau perlakuan tidak manusiawi dengan menjamin keberadaan hak untuk bebas dari penyiksaan ke dalam berbagai peraturan perundang-undangan, namun dihadapkan pada tataran realitas bahwa praktik penyiksaan masih saja terus berlangsung di Indonesia. Kondisi tersebut tentu saja tidak boleh dibiarkan begitu saja, perlu segera diambil langkah-langkah strategis untuk mengatasinya. Karena itu dalam upaya menyusun langkah-langkah strategis tersebut, dibutuhkan terlebih dulu pemahaman terhadap akar permasalahan dengan mengidentifikasi faktor-faktor penyebab masih terjadinya praktik penyiksaan di Indonesia. Setelah itu baru merumuskan langkah-langkah yang perlu diambil untuk mengatasinya dalam rangka meningkatkan perlindungan HAM dan hak konstitusional warga negara Indonesia untuk terbebas dari praktik penyiksaan dan perbuatan tidak manusiawi lainnya.

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan uraian latar belakang di atas, adapun yang menjadi permasalahan dalam tulisan ini adalah: *pertama*, faktor-faktor apa saja yang menyebabkan praktik penyiksaan masih terjadi di Indonesia? *Kedua*, upaya apa yang harus dilakukan untuk mencegah dan menghapus praktik penyiksaan dalam memperkuat perlindungan HAM dan hak konstitusional untuk bebas dari penyiksaan di Indonesia?

C. Metode Penelitian

Tulisan ini merupakan kajian hukum yang menggunakan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan kasus (*case approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*). Pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) digunakan untuk mengkaji sejumlah peraturan perundang-undangan yang mengatur larangan praktik penyiksaan. Pendekatan kasus (*case approach*) digunakan untuk mengidentifikasi kasus berupa praktik-praktik penyiksaan di Indonesia berdasarkan dokumentasi laporan dari Komnas HAM, KontraS, *Working Group on the Advocacy against Torture* (WGAT), ELSAM dan Kemitraan (*The Partnership for Governance Reform*). Pendekatan konseptual

<http://elsam.or.id/2016/06/penyiksaan-sebagai-manifestasi-dominasi-dan-kuasa- aparat-penegak-hukum-indonesia/>, diunduh 14 Februari 2017.

(*conceptual approach*) digunakan untuk mengkaji konsep-konsep yang dapat digunakan dalam rangka mencegah dan menghapus praktik penyiksaan.

PEMBAHASAN

A. Faktor-Faktor Penyebab Praktik Penyiksaan di Indonesia

Salah satu hak yang terdapat dalam HAM adalah hak untuk bebas dari penyiksaan yang merupakan kewajiban negara untuk memajukan penghormatan dan perlindungan terhadap hak yang mendasar itu. Namun sayangnya di Indonesia, praktik penyiksaan masih saja marak terjadi. Hal ini ditengarai disebabkan oleh setidaknya beberapa faktor, yakni: (i) masih rendahnya komitmen Pemerintah dalam melaksanakan ketentuan yang ada di dalam Konvensi Menentang Penyiksaan; (ii) absennya kerangka hukum normatif yang menyatakan penyiksaan dan perbuatan tidak manusiawi sebagai suatu kejahatan, termasuk di dalamnya, tidak memadainya mekanisme pertanggungjawaban bagi para pelaku; (iii) institusi penegak hukum yang seharusnya menjadi pelindung justru menjadi pelaku dari praktik penyiksaan itu sendiri; dan (iv) ketiadaan kebijakan afirmatif bagi kelompok rentan dan tidak diuntungkan.⁷ Di bawah ini masing-masing faktor yang menjadi penyebab masih maraknya praktik penyiksaan di Indonesia akan diuraikan sebagai berikut:

1. Rendahnya Komitmen Pemerintah

Lahirnya Konvensi Menentang Penyiksaan dilandasi oleh semangat menentang perlakuan secara sewenang-wenang terhadap seseorang atau kelompok orang untuk tidak disiksa, dihukum dengan kejam dan direndahkan martabatnya sebagai manusia. Karena itu diharapkan bagi negara-negara yang sudah meratifikasi Konvensi Menentang Penyiksaan untuk dapat memenuhi kewajiban-kewajiban yang dimandatkan oleh Konvensi tersebut dalam upaya mengakhiri praktik penyiksaan.

Indonesia sebagai negara pihak dari Konvensi Menentang Penyiksaan terikat untuk memenuhi kewajiban-kewajiban yang terdapat di dalamnya dengan membuat *progress report* atas implementasi dari Konvensi tersebut. Setelah meratifikasi Konvensi Menentang Penyiksaan pada tahun 1998, Indonesia telah dua kali membuat *progress report* kepada Komite Menentang Penyiksaan (*Committee Against Torture*) sebagai badan yang bertugas

⁷ *Working Group on the Advocacy against Torture (WGAT), Hak Asasi Manusia di Bawah Ancaman Penyiksaan*, Jakarta: Elsam, 2009, h. xiii-xviii.

memantau pelaksanaan Konvensi tersebut. Laporan pertama (*initial report*) dilakukan pada Juli 2001, sedangkan laporan pada periode kedua (*periodic report*) disampaikan pada tahun 2005. Pada laporan tahun 2001 (laporan ini sebenarnya terlambat dari jadwal yang seharusnya, yakni tahun 1999), Komite Menentang Penyiksaan memberi kesimpulan pemeriksaan atas laporan awal Pemerintah Indonesia dengan memberikan 17 rekomendasi berkaitan dengan kewajiban dalam implementasi Konvensi Menentang Penyiksaan.⁸

Rekomendasi tersebut berisi sejumlah langkah-langkah penting, diantaranya mengembangkan kerangka hukum yang kuat dan pengembangan institusi yang mendorong pencegahan atas praktik penyiksaan. Untuk lengkapnya sejumlah rekomendasi tersebut diuraikan dalam tabel di bawah ini dengan disertai sejumlah catatan tentang seberapa jauh rekomendasi tersebut dilaksanakan oleh Pemerintah Indonesia.⁹

Tabel 1
Rekomendasi Komite Menentang Penyiksaan

Rekomendasi Komite	Catatan Penting
Rekomendasi terkait Penerapan Kerangka Hukum untuk Pencegahan Penyiksaan	
Merubah KUHP agar praktik penyiksaan dan perlakuan atau hukuman lainnya yang kejam, tidak manusiawi dan merendahkan martabat dilarang secara tegas dengan pengertian yang konsisten menurut Pasal 1 Konvensi.	Pembuatan Rancangan KUHP yang berupaya memasukkan kejahatan penyiksaan di dalamnya belum menunjukkan kemajuan dan pembahasannya masih menjadi tarik ulur kepentingan antara Pemerintah dan DPR.
	Ketentuan pidana di dalam UU yang lain justru membenarkan dan mendorong praktik penyiksaan, seperti masih diterapkannya UU anti terorisme dan UU Perikanan yang memberi wewenang kepada personel TNI Angkatan Laut untuk bertindak sebagai penyidik, terutama untuk melakukan penahanan terisolasi (<i>incommunicado detention</i>).

⁸ Supriyadi Widodo Eddyono dkk, 2014, *Indonesia...Op.Cit.*, h. 5.

⁹ *Working Group on the Advocacy against Torture (WGAT), Hak Asasi...Op.Cit.*, h. 7-12.

<p>Mengurangi masa tahanan sebelum sidang, menjamin perlindungan yang memadai untuk para saksi dan korban penyiksaan, serta tidak mengakui pernyataan yang diperoleh melalui penyiksaan di tingkat pemeriksaan manapun, kecuali digunakan untuk melawan pelaku penyiksaan.</p>	<p>Di dalam KUHAP maupun Rancangan KUHAP, tidak ada pengaturan seksama mengenai jangka waktu penahanan sebelum masa sidang yang dapat dikenakan kepada tersangka. Atas alasan itu, berarti tidak adanya perubahan ketentuan tentang lamanya masa tahanan sebelum sidang.</p>
<p>Menjamin bahwa Pembela HAM dilindungi dari segala bentuk penghinaan, ancaman dan serangan-serangan lainnya.</p>	<p>tidak terdapatnya dasar hukum atau UU yang melarang penggunaan pengakuan yang diperoleh melalui proses penyiksaan sampai saat ini.</p> <p>Belum terdapat peraturan khusus yang efektif menjamin adanya perlindungan terhadap para pembela HAM.</p>
<p>Rekomendasi yang Berhubungan dengan Reformasi Kelembagaan</p>	
<p>Mengambil langkah-langkah dengan segera untuk menguatkan independensi, obyektivitas, efektivitas dan akuntabilitas terhadap masyarakat dari Komnas HAM dan menjamin bahwa laporan-laporan hasil penyelidikan Komnas HAM yang diserahkan kepada Jaksa Agung untuk segera ditindaklanjuti.</p>	<p>Terdapat ketidaksepakatan secara institusional terhadap standar dan prosedur investigasi pelanggaran HAM yang berat antara Komnas HAM dan Kejaksaan Agung yang secara signifikan mengakibatkan keterlambatan proses hukum dan keadilan. Banyak kasus yang diajukan oleh Komnas HAM, diabaikan atau ditolak tanpa ada tindak lanjut atau semacamnya dari Kejaksaan. Contohnya Kasus Wasior, Wamena, Trisaksi, Semanggi I dan II, Talang Sari dan lain-lain.</p>

<p>Membangun sebuah sistem pengaduan yang efektif, bisa dipercaya dan independen untuk melakukan penyidikan secara cepat, tidak berpihak dan efektif terhadap dugaan perlakuan yang kejam dan penyiksaan oleh Polisi dan aparat lainnya dan ketika ditemukan cukup bukti, maka segera menuntut dan menghukum para pelaku, termasuk para pejabat tinggi.</p>	<p>Tidak adanya pengaturan khusus yang dikembangkan atas penerimaan pengaduan dan penanganan yang efektif serta belum efektifnya mekanisme pemulihan untuk para korban. Sedangkan penindakan untuk pelaku penyiksaan, mekanisme yang ada hanya diatur oleh Hukum Acara Pidana yang sama sekali tidak mampu menjamin bahwa aparat penegak hukum berlaku imparisial, terutama apabila tersangka/terdakwa merupakan anggota Kepolisian atau aparat penegak hukum lainnya.</p>
<p>Melanjutkan upaya reformasi Kepolisian untuk menguatkan independensi Kepolisian dari militer, sebagai penegak hukum yang independen.</p>	<p>Secara institusional, Kepolisian kini telah terpisah dari militer. Namun, sebagai institusi yang telah dimiliterkan selama bertahun-tahun, pemisahan ini tidak menjamin adanya reformasi institusional yang cepat dan menyeluruh.</p> <p>Dalam rangka reformasi ini, sebuah Komisi Kepolisian (Kopolnas) yang independen dibentuk untuk mengawasi institusi Kepolisian. Komisi ini terdiri dari delapan anggota, enam dari perwakilan masyarakat, sedangkan dua lainnya adalah perwakilan dari Pemerintah. Komisi Kepolisian bertanggung jawab untuk meningkatkan akuntabilitas Kepolisian antara lain, menerima pengaduan dari para korban kejahatan yang dilakukan oleh Polisi. Namun, upaya ini tampaknya kurang efektif, karena tidak disertai dengan penerapan sanksi.</p>
<p>Memperkuat pendidikan HAM untuk memberikan panduan dan pelatihan mengenai larangan penyiksaan, untuk aparat penegak hukum, hakim, dan personil medis.</p>	<p>Reformasi Kepolisian juga sudah diikuti dengan perubahan substansial atas kurikulum di Akademi Kepolisian. Adanya inisiatif untuk mengintegrasikan HAM dalam sistem pendidikan bagi aparat penegak hukum, begitu juga di institusi pendidikan militer. Namun,</p>

	akses publik atas informasi masih terbatas sehingga kurang dapat memberikan penilaian dan masukan apakah program-program tersebut sudah sesuai dengan standar HAM.
Rekomendasi terkait Peningkatan Mekanisme Akuntabilitas	
Menjamin bahwa semua orang, termasuk pejabat tinggi, pihak yang mensponsori, merencanakan, menghasut, mendanai atau berpartisipasi dalam operasi paramiliter yang menggunakan penyiksaan, akan segera diproses hukum dengan benar.	Sampai saat ini kasus-kasus besar yang terkait dengan penyiksaan tidak berhasil menghukum para pelaku yang terlibat. Hal ini menimbulkan persepsi adanya praktik impunitas terhadap para pelaku pelanggaran HAM.
Menjamin bahwa kejahatan-kejahatan menurut hukum internasional, seperti penyiksaan dan kejahatan terhadap kemanusiaan yang dilakukan pada masa lalu dapat diselidiki dan apabila terbukti terdapat pelanggaran HAM yang berat harus dituntut di pengadilan.	Permasalahan mengenai pelanggaran masa lalu sampai saat ini belum berhasil ditangani, bahkan cenderung diabaikan. Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi (KKR) yang dibentuk pada tahun 2004, telah dibatalkan melalui putusan Mahkamah Konstitusi (MK). Meskipun MK telah merekomendasikan kepada Pemerintah untuk mengundangkan UU yang baru yang sesuai dengan standar universal HAM, akan tetapi Pemerintah sampai sekarang belum melaksanakan putusan tersebut.
Rekomendasi dari Komite Menentang Penyiksaan yang Sampai Saat Ini Belum Dilaksanakan	
Tersedianya data statistik tentang penyiksaan dan perlakuan atau hukuman lainnya yang kejam, tidak manusiawi dan merendahkan martabat. Sebagai tambahan, harus diberikan informasi mengenai pengaduan dan kasus-kasus yang didengar oleh lembaga nasional, termasuk hasil investigasi yang dilakukan dan konsekuensi terhadap korban-korban terkait pemulihan hak dan kompensasi.	Laporan dari Pemerintah selama ini mencantumkan lebih banyak penekanannya tentang perkembangan di bidang pembuatan peraturan. Namun di lain sisi, gagal untuk menyajikan data empiris, tentang apa yang terjadi di lapangan berkaitan dengan praktik penyiksaan. Ketiadaan data semacam itu dapat disebabkan oleh berbagai faktor dan itu menunjukkan belum adanya komitmen dari Pemerintah.

Menjamin bahwa tidak ada satu orang pun yang bisa dibuang, dikembalikan atau diekstradisi ke negara lain di mana ada kekhawatiran orang itu akan disiksa, sesuai dengan Pasal 3 Konvensi.	Padahal dalam kebijakan perang melawan terorisme, Pemerintah bebas untuk memindahkan atau melakukan ekstradisi tersangka pelaku terorisme, misal ke Teluk Guantanamo, dimana bahaya penyiksaan sering terjadi.
Membuat deklarasi seperti yang diatur dalam Pasal 21 dan 22 Konvensi.	Tidak pernah ada usaha untuk membuat deklarasi sebagaimana diatur oleh kedua Pasal tersebut.

Sumber: *Working Group on the Advocacy Against Torture (WGAT), Hak Asasi Manusia di Bawah Ancaman Penyiksaan*, Jakarta: Elsam, 2009, diolah.

Berdasarkan data tabel di atas, memperlihatkan keberadaan Konvensi Menentang Penyiksaan di Indonesia masih belum diimplementasikan sebagaimana mestinya padahal Indonesia sebagai negara pihak Konvensi seharusnya melaksanakan rekomendasi tersebut. Sebagai salah satu contoh rekomendasi dari Komite Menentang Penyiksaan yang tidak dilaksanakan oleh pemerintah terkait penyelesaian berbagai praktik kekerasan, penyiksaan, penculikan dan kejahatan terhadap kemanusiaan lainnya yang masuk kategori pelanggaran HAM yang berat pada masa lalu yang sampai saat ini tidak ada kejelasan.

Alasan yang sering dikemukakan sebagai hambatan dalam penyelesaian kasus-kasus pelanggaran HAM tersebut adalah adanya persoalan hubungan kelembagaan di antara lembaga-lembaga negara yang berwenang dalam menyelesaikan kasus-kasus pelanggaran HAM yang berat, seperti Komnas HAM, Jaksa Agung, Presiden dan DPR terutama terkait ketidakjelasan mekanisme pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc*. Akibat dari persoalan hubungan kelembagaan tersebut menghambat proses penyelidikan, penyidikan maupun pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc*. Padahal seharusnya persoalan hubungan kelembagaan tersebut sudah bukan menjadi hambatan lagi karena sudah ada Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) No. 18/PUU-V/2007.

Putusan MK No. 18/PUU-V/2007 sebenarnya sudah memperjelas mekanisme pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* yang dimulai dari penyelidikan oleh Komnas HAM, kemudian dilanjutkan dengan penyidikan oleh Jaksa Agung dan hasil penyelidikan serta penyidikan tersebut menjadi

dasar bagi DPR untuk mengusulkan pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* ke Presiden.¹⁰ Namun sampai saat ini belum ada tindak lanjut untuk pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* untuk kasus-kasus pelanggaran HAM masa lalu karena sejumlah kasus yang sudah diselidiki oleh Komnas HAM masih terhenti di Jaksa Agung.

Di tengah ketidakjelasan pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc*, sebenarnya MK juga sudah mengeluarkan Putusan MK No. 006/PUU-IV/2006 yang memberikan mekanisme alternatif dalam penyelesaian pelanggaran HAM dengan membentuk UU tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi (UU KKR) kembali yang harus sejalan dengan UUD 1945 dan menjunjung tinggi prinsip-prinsip hukum humaniter dan hukum hak asasi manusia internasional.¹¹ Namun sayangnya hingga sampai saat ini Pemerintah bersama DPR tidak juga membentuk UU KKR yang baru sebagaimana yang diamanatkan oleh Putusan MK.

Keadaan ini menimbulkan ketidakjelasan penyelesaian pelanggaran HAM di Indonesia yang berdampak kepada terabaikannya hak-hak korban pelanggaran HAM untuk mendapatkan keadilan (*right to justice*). Hal ini tentu menimbulkan pertanyaan terkait komitmen (*political will*) Pemerintah dalam menuntaskan berbagai kasus-kasus pelanggaran HAM tersebut. Karena itu, dapat dikatakan bahwa masih marak terjadinya kasus-kasus kekerasan, penyiksaan dan berbagai pelanggaran HAM di Indonesia disebabkan oleh rendahnya komitmen Pemerintah dalam mengimplementasikan secara efektif Konvensi Menentang Penyiksaan maupun Putusan MK.

2. Absennya Kerangka Hukum Normatif Anti Penyiksaan dan Tidak Memadainya Mekanisme Pertanggungjawaban Pelaku

Indonesia sudah 19 (sembilan belas) tahun meratifikasi Konvensi Menentang Penyiksaan dan memiliki sejumlah peraturan perundang-undangan lainnya, seperti UUD 1945, UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM dan UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM¹², yang mengatur jaminan

¹⁰ Rommy Patra, "The Failure of Settlement of Human Rights Violations In Indonesia and It's Solutions", *Yustisia Law Journal*, Volume 1, Number 1, January-April 2018, h. 206.

¹¹ Elsam, *Mendorong Pembentukan Kembali UU Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi, Pandangan ELSAM Mengenai Pentingnya RUU Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi*, h. 3, https://wahyudidjafar.files.wordpress.com/2011/12/brief-paper_mendorong-pembentukan-kembali-uu-kr.pdf, diunduh pada tanggal 15 Agustus 2018.

¹² Pasal 9 UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM: Kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 huruf b adalah salah satu perbuatan yang dilakukan sebagai bagian dari serangan yang meluas atau sistematis yang diketahuinya bahwa serangan tersebut ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil, berupa: a. pembunuhan; b. pemusnahan; c. perbudakan; d. pengusiran atau pemindahan penduduk secara paksa; e. perampasan kemerdekaan atau perampasan kebebasan fisik lain secara sewenang-wenang yang melanggar (asas-asas) ketentuan pokok hukum internasional; f. penyiksaan; g. perkosaan, perbudakan seksual, pelacuran secara paksa, pemaksaan kehamilan,

perlindungan hak untuk bebas dari penyiksaan. Terkesan Indonesia sudah memiliki regulasi yang lengkap terkait jaminan terhadap hak untuk bebas dari penyiksaan. Namun peraturan-peraturan tersebut masih belum operasional karena tidak mengatur berkaitan dengan: (1) bagaimana mekanisme untuk mempertahankan hak untuk bebas dari penyiksaan; (2) sanksi apa yang diberikan kepada pelaku jika hak tersebut dilanggar; dan (3) kompensasi apa yang diberikan kepada korban penyiksaan.

Sebagai contoh, di dalam UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM memang mengatur pidana terhadap tindakan penyiksaan sebagai salah satu tindak kejahatan berat terhadap HAM namun sangat terbatas lingkungannya. Rumusan penyiksaan dalam UU tersebut hanya terbatas dalam cakupan tindakan kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*), sehingga terikat pada unsur-unsur kejahatan yang melekat pada delik tersebut, yaitu: "...perbuatan yang dilakukan sebagai bagian dari serangan yang meluas atau sistematis". Hal ini tentu sulit untuk diterapkan kepada tindakan penyiksaan biasa yang tidak memenuhi unsur-unsur kejahatan tersebut.

Karena itu, selama ini dalam proses penyelidikan dan penyidikan atas kasus-kasus penyiksaan apabila diusut dan diproses secara hukum hanya mempergunakan Pasal-Pasal penganiayaan dalam KUHP, seperti Pasal 351¹³, Pasal 353¹⁴, Pasal 354¹⁵, Pasal 355¹⁶, Pasal 356 ayat (3)¹⁷, Pasal 421¹⁸ dan

pemandulan atau sterilisasi secara paksa atau bentuk-bentuk kekerasan seksual lain yang setara; h. penganiayaan terhadap suatu kelompok tertentu atau perkumpulan yang didasari persamaan paham politik, ras, kebangsaan, etnis, budaya, agama, jenis kelamin atau alasan lain yang telah diakui secara universal sebagai hal yang dilarang menurut hukum internasional; i. penghilangan orang secara paksa; atau j. kejahatan *apartheid*. Penjelasan Pasal 9 huruf f UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM: "Yang dimaksud dengan "penyiksaan" dalam ketentuan ini adalah dengan sengaja dan melawan hukum menimbulkan kesakitan atau penderitaan yang berat, baik fisik maupun mental, terhadap seorang tahanan atau seseorang yang berada di bawah pengawasan".

¹³ Pasal 351 KUHP :

- (1) Penganiayaan diancam dengan pidana penjara paling lama dua tahun delapan bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah.
- (2) Jika perbuatan mengakibatkan luka-luka berat, yang bersalah diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun.
- (3) Jika mengakibatkan mati, diancam dengan pidana penjara paling lama tujuh tahun.
- (4) Dengan penganiayaan disamakan sengaja merusak kesehatan.
- (5) Percobaan untuk melakukan kejahatan ini tidak dipidana.

¹⁴ Pasal 353 KUHP:

- (1) Penganiayaan dengan rencana lebih dahulu, diancam dengan pidana penjara paling lama empat tahun.
- (2) Jika perbuatan itu mengakibatkan luka-luka berat, yang bersalah dikenakan pidana penjara paling lama tujuh tahun.
- (3) Jika perbuatan itu mengakibatkan kematian, yang bersalah diancam dengan pidana penjara paling lama sembilan tahun.

¹⁵ Pasal 354 KUHP:

- (1) Barang siapa sengaja melukai berat orang lain, diancam karena melakukan penganiayaan berat dengan pidana penjara paling lama delapan tahun.
- (2) Jika perbuatan itu mengakibatkan kematian, yang bersalah diancam dengan pidana penjara paling lama sepuluh tahun.

¹⁶ Pasal 355 KUHP:

- (1) Penganiayaan berat yang dilakukan dengan rencana terlebih dahulu, diancam dengan pidana penjara paling lama dua belas tahun.
- (2) Jika perbuatan itu mengakibatkan kematian, yang bersalah diancam dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun.

¹⁷ Pasal 356 KUHP: Pidana yang ditentukan dalam pasal 351, 353, 354 dan 355 dapat ditambah dengan sepertiga:

1. bagi yang melakukan kejahatan itu terhadap ibunya, bapaknya yang sah, istrinya atau anaknya;
2. jika kejahatan itu dilakukan terhadap seorang pejabat ketika atau karena menjalankan tugasnya yang sah;
3. jika kejahatan itu dilakukan dengan memberikan bahan yang berbahaya bagi nyawa atau kesehatan untuk dimakan atau diminum.

¹⁸ Pasal 421 KUHP: Seorang pejabat yang menyalahgunakan kekuasaan memaksa seseorang untuk melakukan, tidak melakukan atau membiarkan

Pasal 422.¹⁹ Rumusan Pasal-Pasal KUHP tersebut jelas tidak mengakomodir cakupan pengertian penyiksaan sebagaimana dimaksudkan dalam Pasal 1 ayat (1) Konvensi Menentang Penyiksaan.²⁰ Selain itu, rumusan seperti dalam Pasal 422 KUHP juga tidak dapat menjelaskan tingkat kekejaman dari penyiksaan dan tidak dapat menjangkau tindakan penyiksaan yang dilakukan oleh mereka yang bukan pejabat publik namun dengan persetujuan atau anjuran dari pejabat publik.

Masih digunakannya KUHP khususnya ketentuan-ketentuan mengenai penganiayaan dalam menjerat pelaku-pelaku penyiksaan menjadikan gradasi tindak pidana penyiksaan yang merupakan kejahatan serius dan pelanggaran HAM menjadi “turun” hanya merupakan kejahatan penganiayaan biasa dan tidak memberikan efek jera bagi pelaku. Akibatnya, hukuman bagi pelaku-pelaku penyiksaan sangat ringan, sehingga berpotensi untuk mengulangi perbuatannya. Penggunaan KUHP tidak dapat menjadi sarana untuk menghentikan (*non recurence*) berulangnya praktik-praktik penyiksaan.²¹

Saat ini Pemerintah berupaya untuk mengintegrasikan pasal-pasal mengenai pengertian dan unsur-unsur tindakan penyiksaan dalam Rancangan KUHP dan KUHAP yang baru. Namun upaya mengintegrasikan tersebut kelihatannya bukanlah solusi yang praktis dan mudah untuk direalisasikan dalam jangka waktu dekat. Karena perubahan kedua produk hukum itu, KUHP dan KUHAP selama ini hanya menjadi tarik ulur kepentingan antara DPR dengan Pemerintah sehingga sampai saat ini tidak pernah terealisasikan.

Oleh karena itu, sebaiknya pengaturan tindak pidana penyiksaan diatur langsung dengan UU khusus Menentang Penyiksaan. Hal ini diperkirakan akan jauh lebih praktis dalam melaksanakan proses legislasinya serta secara substansi dapat mengatur secara komprehensif terkait kejahatan penyiksaan untuk disesuaikan berdasarkan Konvensi Menentang Penyiksaan. Pembentukan

sesuatu, diancam dengan pidana penjara paling lama dua tahun delapan bulan.

¹⁹ Pasal 422 KUHP: Seorang pejabat yang dalam suatu perkara pidana menggunakan sarana paksaan, baik untuk memeras pengakuan, maupun untuk mendapatkan keterangan, diancam dengan pidana penjara paling lama empat tahun.

²⁰ Pasal 1 ayat (1) Konvensi, yang menyebutkan: “Untuk tujuan Konvensi ini, istilah “penyiksaan” berarti setiap perbuatan yang dilakukan dengan sengaja, sehingga menimbulkan rasa sakit atau penderitaan yang hebat, baik jasmani maupun rohani, pada seseorang untuk memperoleh pengakuan atau keterangan dari orang itu atau dari orang ketiga, dengan menghukumnya atas suatu perbuatan yang telah dilakukan atau diduga telah dilakukan oleh orang itu atau orang ketiga, atau mengancam atau memaksa orang itu atau orang ketiga, atau untuk suatu alasan yang didasarkan pada setiap bentuk diskriminasi, apabila rasa sakit atau penderitaan tersebut ditimbulkan oleh, atas hasutan dari, dengan persetujuan, atau sepengetahuan pejabat publik. Hal itu tidak meliputi rasa sakit atau penderitaan yang semata-mata timbul dari, melekat pada, atau diakibatkan oleh suatu sanksi hukum yang berlaku.”

²¹ *Working Group on the Advocacy against Torture (WGAT)*, “Indonesia Masih Butuh Pengaturan Penyiksaan dalam Rancangan KUHP, Rancangan KUHAP dan RUU Penyiksaan”, <http://icjr.or.id/indonesia-masih-butuh-pengaturan-penyiksaan-dalam-rancangan-kuhp-rancangan-kuhap-dan-ruu-penyiksaan/>, diunduh 13 Februari 2017.

UU khusus Menentang Penyiksaan memiliki urgensi yang sangat penting untuk segera direalisasikan karena dapat menjadi dasar hukum untuk melakukan pencegahan, penegakan hukum maupun perlindungan yang efektif bagi korban penyiksaan.

3. Keterlibatan Aparat Penegak Hukum sebagai Pelaku Penyiksaan

Persoalan utama praktik penyiksaan di Indonesia adalah keterlibatan dari para personil keamanan dan pertahanan negara, yaitu Kepolisian dan TNI sebagai pelaku penyiksaan. Selain itu, ditambah lagi adanya aktor lain yang terlibat, seperti petugas Lapas. Berdasarkan data dari KontraS dalam dua tahun terakhir, memperlihatkan kasus-kasus penyiksaan yang dilakukan oleh para aparat negara tersebut, yaitu:

Pada periode 2014-2015, berdasarkan pemantauan sepanjang Juli 2014-Juni 2015, KontraS telah menerima laporan pengaduan langsung dari korban dan pihak keluarga sebanyak 15 (lima belas) kasus terkait tindak penyiksaan dan tindakan kejam lainnya yang dilakukan oleh aparat Kepolisian dan TNI. KontraS juga melakukan pemantauan pemberitaan media atas informasi-informasi yang berkembang terkait praktik penyiksaan di Indonesia. Tercatat total 84 (delapan puluh empat) kasus penyiksaan sepanjang periode Juli 2014-Mei 2015.²²

Kemudian pada periode 2015-2016, KontraS mencatat setidaknya terdapat 134 peristiwa penyiksaan dan tindakan tidak manusiawi lainnya. Peristiwa-peristiwa ini paling banyak terjadi di wilayah Provinsi Sumatera Utara (19 peristiwa), Jawa Barat (13 peristiwa), Jawa Tengah (11 peristiwa), Sulawesi Selatan dan Papua (masing-masing 8 peristiwa). Angka praktik penyiksaan ini bisa jadi dinamis dan berlipat karena praktik penyiksaan dan tindakan tidak manusiawi lainnya juga terjadi di lokasi-lokasi yang sulit untuk diakses, seperti tempat-tempat penahanan: sel polisi, lembaga pemasyarakatan dan rumah tahanan. Adapun pelaku penyiksaan masih didominasi oleh anggota Kepolisian yang tercatat telah melakukan 91 tindakan penyiksaan dan perbuatan tidak manusiawi lainnya. Disusul oleh aparat TNI sebanyak 24 kasus dan petugas Lapas dengan 19 kasus.²³

²² KontraS, *Laporan Kronik Penyiksaan 2014-2015: Mendelegitimasi Praktik Penyiksaan di Indonesia*, Jakarta: KontraS, 2015, h. 13.

²³ KontraS, "Peringatan Hari Anti Penyiksaan Sedunia Penyiksaan Merusak Hukum: Laporan Situasi Penyiksaan di Indonesia 2015-2016", <https://www.kontras.org/home/index.php?module=pers&id=2284>, diunduh 17 Februari 2017.

Masih terkait dengan data penyiksaan, berdasarkan data pengaduan yang diterima oleh Komnas HAM, pihak yang diduga melakukan praktik penyiksaan berdasarkan pantauan dari tahun 2015-2016, maka aparat negara atau institusi penegak hukum juga menjadi aktor utamanya. Berdasarkan tabel di bawah ini dapat dilihat jumlah data pengaduan ke Komnas HAM:

Tabel 2
Pihak yang Menjadi Korban Penyiksaan dan Diadukan Melakukan Penyiksaan

No	Korban	Jumlah Berkas	No	Pihak yang Diadukan	Jumlah Berkas
1.	Individu - Orang Seorang	109	1.	Pemerintah Pusat (Kementerian)	4
2.	Individu - Anak	3	2.	Pemerintah Daerah	1
3.	Individu - Pekerja/Profesi	1	3.	Kepolisian	120
4.	Kelompok - Masyarakat	16	4.	TNI	2
5.	Kelompok - Anak-anak	3	5.	Kejaksaan	1
6.	Kelompok - Pekerja/Profesi	2	6.	Lembaga Pemasarakatan dan/atau Rutan	7
7.	Warga Negara Asing	1			

Sumber: Komnas HAM, 2015-2016.

Berdasarkan data di atas dan senada dengan hasil kajian dari Kemitraan (*The Partnership for Governance Reform*) dalam rangka mengukur realitas dan persepsi penyiksaan, ditemukan bahwa ada persoalan akut terkait sikap permissif masyarakat dan penegak hukum terhadap kekerasan dan penyiksaan. Dapat dikatakan dalam proses penegakan hukum, perilaku penyiksaan oleh aparat terhadap orang yang diduga melakukan kejahatan sudah merupakan praktik yang lazim. Seolah-olah penyiksaan sebagai suatu perilaku yang terintegrasi dalam sistem peradilan pidana di Indonesia. Tersangka/terdakwa menghadapi ancaman penyiksaan di semua proses dalam peradilan pidana, mulai dari penangkapan, pemeriksaan, penahanan, hingga menjalani masa vonis, baik secara psikis, fisik maupun seksual. Penyiksaan terkesan diterima sebagai pola perilaku yang lazim bagi aparat penegak hukum sebagai teknik dalam mengumpulkan alat bukti. Bahkan penyiksaan tersebut

bisa juga dilakukan oleh alasan lain, seperti aparat penegak hukum yang kesal atau dendam terhadap tersangka, atau juga ingin cepat selesai dalam proses penanganan perkara atau karena alasan diskriminatif lainnya. Hal ini menunjukkan perilaku brutal aparat penegak hukum, terutama Kepolisian merupakan ancaman yang sangat besar bagi tersangka/terdakwa yang masuk dalam proses peradilan pidana.²⁴

Karena itu sebenarnya sangat memprihatinkan melihat data-data yang dikumpulkan dari hasil pemantauan oleh kelompok-kelompok penggiat HAM terkait kejahatan penyiksaan dimana dalam hitungan statistik hampir setiap tahun aparat penegak hukum terutama Kepolisian selalu menduduki peringkat pertama sebagai pelaku penyiksaan dan ironisnya penyiksaan tersebut dilakukan saat berlangsung proses peradilan pidana.²⁵

Tingginya tingkat keterlibatan penegak hukum dalam melakukan penyiksaan berimplikasi mempersulit penegakan mekanisme pertanggungjawaban yang ada. Karena mekanisme pertanggungjawaban akan sangat digantungkan dengan berfungsi atau tidaknya pengawasan internal di Kepolisian. Mengingat tingginya semangat korps di tubuh Kepolisian, dapat dimaklumi apabila muncul pesimisme publik akan berfungsinya mekanisme pertanggungjawaban tersebut dalam menindak personil Kepolisian yang terlibat penyiksaan.

Selain itu, kesulitan dalam penindakan kasus penyiksaan juga muncul dalam tataran yang lebih prosedural. Dalam kasus-kasus penyiksaan, sulit ditemukan saksi pendukung, baik karena biasanya tindakan penyiksaan dilakukan di tempat dimana korban hanya sendirian. Selain itu, apabila ada saksi yang melihat terjadinya penyiksaan, biasanya sesama tersangka/terdakwa atau penghuni tempat penahanan, mereka enggan bersaksi karena khawatir dengan kemungkinan adanya balas dendam atau dampak lain yang diterima selama mereka menghuni tempat penahanan. Kondisi ini jelas menempatkan para korban penyiksaan pada situasi yang sulit untuk memperoleh keadilan atas penderitaan yang mereka alami.

4. Ketiadaan Kebijakan Afirmatif bagi Kelompok Rentan

Kebanyakan praktik penyiksaan menimpa korban yang termasuk dalam kategori kelompok rentan dan tidak diuntungkan, seperti kelompok miskin,

²⁴ Nurkholis Hidayat dan Restaria F. Hutabarat (ed), *Mengukur Realitas dan Persepsi Penyiksaan di Indonesia Melalui Indeks Penyiksaan dan Indeks Persepsi Penyiksaan*, Jakarta: The Partnership for Governance Reform, 2012, h. 80-81.

²⁵ Elsam, *Pandangan Mengenai Situasi Hak Asasi Manusia 2013: Hak-hak Dasar di bawah Ancaman Ekskalasi Kekerasan*, Jakarta: Elsam, 2013, h. 3.

difabel, orang lanjut usia, termasuk juga perempuan dan anak-anak.²⁶ Potensialnya bagi kelompok rentan untuk menjadi korban penyiksaan terutama dalam proses hukum, disebabkan karena ketiadaan kebijakan afirmatif bagi kelompok-kelompok tersebut yang menjamin pelaksanaan prinsip berperkara yang cepat dan terjangkau serta adanya perlindungan dan pemenuhan hak-hak mereka untuk bebas dari praktik penyiksaan.

Ketiadaan kebijakan afirmatif ini berdampak kepada lemahnya perlindungan dan pemenuhan terhadap hak-hak korban penyiksaan terutama terkait hak untuk mendapat perlakuan setara dalam proses hukum serta akses pemulihan kondisi psikis berupa pengalaman traumatis atas penyiksaan dan kompensasi yang harus diterima atas penderitaan yang sudah dialami. Padahal, berdasarkan Pasal 6 UU No. 31 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban, diatur bahwa bagi korban penyiksaan berhak mendapatkan bantuan medis dan bantuan rehabilitasi psikososial dan psikologis di Lembaga perlindungan saksi dan Korban (LPSK). Tapi dalam praktiknya berdasarkan data di tahun 2016, LPSK hanya menerima 8 (delapan) permohonan dan memberikan layanan hanya kepada 4 (empat) kasus korban penyiksaan. Dibandingkan jumlah kasus penyiksaan yang terjadi di periode tersebut, jumlah ini relatif sangat kecil. Diduga ada problem akses korban terhadap LPSK.²⁷

Masalah lainnya baik UU No. 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban serta UU No. 31 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban dan juga KUHAP kurang memadai mengatur mekanisme memperoleh hak restitusi dan ganti rugi bagi korban. Akibatnya sampai saat ini belum satupun korban kasus penyiksaan yang berhasil menggunakan mekanisme tersebut.²⁸

B. Upaya Menghapus Praktik Penyiksaan di Indonesia

Praktik penyiksaan di Indonesia merupakan perbuatan ilegal, meluas, sistematis dan terlembaga. Disebut “ilegal” karena menyalahi konstitusi dan ketentuan perundang-undangan lainnya maupun konvensi internasional yang melarang

²⁶ Berdasarkan Pasal 5 ayat (3) UU No. 39 tentang Hak Asasi Manusia diatur berkaitan dengan keberadaan kelompok rentan, yaitu: “Setiap orang yang termasuk kelompok masyarakat yang rentan berhak memperoleh perlakuan dan perlindungan lebih berkenaan dengan kekhususannya. Berdasarkan Penjelasan Pasal tersebut dinyatakan bahwasanya dimaksud dengan “kelompok masyarakat yang rentan” antara lain adalah orang lanjut usia, anakanak, fakir miskin, wanita hamil dan penyandang cacat.

²⁷ ICJR, “Praktik Penyiksaan Masih Menjadi Bagian Dalam Penegakan Hukum Pidana di Indonesia”, <http://icjr.or.id/praktik-penyiksaan-masih-menjadi-bagian-dalam-penegakan-hukum-pidana-di-indonesia/>, diunduh 19 Februari 2017.

²⁸ *Ibid.*

praktik penyiksaan. Kemudian disebut “meluas” karena praktik penyiksaan terjadi di seluruh proses tahapan peradilan pidana (*criminal integrated justice system*). Penyiksaan terjadi dimulai dari proses penangkapan, pemeriksaan/interogasi, penahanan dan penghukuman. Disebut “sistematis” karena penyiksaan dilakukan oleh aparat penegak hukum atau oleh orang lain sepengetahuan dan sepersetujuan (baik diam-diam maupun terang-terangan) aparat penegak hukum dan dilakukan dalam segala bentuk, baik fisik, psikis maupun seksual, berpola dan didorong oleh motivasi tertentu. Praktik penyiksaan juga disebut “terlembaga” (*institutionalized*) karena praktik penyiksaan bukan lagi persoalan “oknum” aparat, melainkan terjadi secara sistematis menjadi problem akut yang bersifat struktural kelembagaan. Tidak ada institusi yang bersih (*steril*) dari praktik penyiksaan. Seluruh lembaga aparat penegak hukum terlibat dalam level keterlibatan yang beragam (*various level of involvement*) dan praktik penyiksaan seakan-akan diterima sebagai pola tindakan dan perilaku aparat yang lazim dalam sistem peradilan pidana.²⁹

Untuk mengatasi masih maraknya praktik penyiksaan di Indonesia, maka perlu dilakukan langkah-langkah perbaikan segera. Perbaikan harus mencakup semua sektor baik dengan cara struktural maupun kultural. Adapun perbaikan secara struktural paling tidak harus bermula adanya: komitmen politik yang kuat dari Pemerintah dengan mengeluarkan kebijakan-kebijakan dalam rangka penghapusan tindakan penyiksaan, pembenahan produk-produk hukum termasuk membuat UU khusus menentang penyiksaan, penataan institusi penegak hukum, keamanan dan pertahanan negara, seperti Kepolisian dan TNI serta lembaga-lembaga lainnya untuk membuat sistem kontrol dan pertanggungjawaban yang efektif jika dari personilnya ada yang melakukan tindakan penyiksaan. Sedangkan terkait dengan cara-cara kultural dapat melalui pendidikan serta sosialisasi kepada aparatur negara maupun masyarakat untuk tidak lagi permissif terhadap tindakan kekerasan serta membangun sikap anti terhadap praktik penyiksaan.

Adapun langkah-langkah yang harus diambil oleh Pemerintah untuk mengatasi praktik penyiksaan dalam rangka memperkuat perlindungan HAM dan hak konstitusional berupa hak bebas dari penyiksaan di Indonesia adalah sebagai berikut:³⁰

²⁹ Nurkholis Hidayat dan Restaria F. Hutabarat (ed), *Mengukur Realitas...Op.Cit*, h. 107.

³⁰ Saran perbaikan dalam rangka mencegah dan menghapus penyiksaan dalam tulisan ini merupakan elaborasi dari konsep yang bersumber dari: Laode M. Syarif dan Dadang Trisasongko (ed), *Jalan...Op.Cit*, h. 42-46; Nurkholis Hidayat dan Restaria F. Hutabarat (ed), *Mengukur Realitas...Op.Cit*, h. 108-112; dan *Working Group on the Advocacy against Torture (WGAT)*, *Hak Asasi...Op.Cit*, h. 120-124.

Pertama, mengefektifkan proses legislasi yang terkait amandemen, perumusan undang-undang baru, revisi atau harmonisasi beberapa peraturan perundang-undangan nasional agar sejalan dengan mandat Konvensi Menentang Penyiksaan. Berdasarkan tabel di bawah ini diuraikan sejumlah peraturan perundang-undangan yang harus direvisi dan disesuaikan pengaturannya dengan Konvensi Menentang Penyiksaan, yaitu:

Tabel 3
Revisi dan Pembentukan Peraturan Perundang-Undanguan Menentang Penyiksaan

No.	Peraturan Perundang-Undanguan	Uraian
1.	UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia	Melakukan revisi terhadap UU ini khususnya terkait dengan definisi penyiksaan sebagaimana diatur di dalam Pasal 1 ayat (4) agar sejalan dengan definisi penyiksaan menurut Pasal 1 ayat (1) Konvensi Menentang Penyiksaan.
2.	UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM	Melakukan revisi terhadap UU ini khususnya terkait dengan definisi penyiksaan sebagaimana diatur dalam penjelasan Pasal 9 huruf (f) agar sejalan dengan definisi penyiksaan menurut Pasal 1 ayat (1) Konvensi Menentang Penyiksaan. Serta mengatur agar tindak penyiksaan menjadi kejahatan yang dapat dihukum dengan hukuman yang setimpal, terpisah dari penyiksaan dalam konteks kejahatan terhadap kemanusiaan. Agar pemidanaan terhadap tindak penyiksaan itu dapat tetap dilakukan tanpa harus dilengkapi dengan unsur “meluas atau sistematis” yang pembuktiannya tidak mudah.
3.	Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP)	Melakukan revisi terhadap KUHP dengan memasukkan ketentuan tentang larangan penyiksaan yang unsur-unsurnya sejalan dengan definisi yang diatur dalam Pasal 1 Konvensi Menentang Penyiksaan, serta melengkapinya dengan pengaturan mengenai sanksi pidana penjara maupun denda yang setimpal dengan sifat kejahatannya serta dapat menimbulkan efek jera. Serta peningkatan jangka waktu daluwarsa

		penuntutan atas tindak pidana penyiksaan. Kemudian mengatur berkaitan dengan hukuman untuk pejabat publik yang melakukan atau memerintahkan penyiksaan atau gagal untuk mencegah terjadinya penyiksaan.
4.	Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP)	Melakukan revisi terhadap KUHAP dengan memasukkan secara eksplisit langkah-langkah pencegahan tindak penyiksaan, seperti mempersingkat masa penahanan, akses bantuan hukum dan mengunjungi seseorang yang berada dalam penahanan, mekanisme pengaduan dan pengawasan, prosedur pemeriksaan dalam penyidikan serta ketentuan yang mengatur bahwa alat bukti yang diperoleh dari penyiksaan tidak dapat diterima sebagai alat bukti di persidangan. Serta mempertimbangkan beban pembuktian untuk kasus penyiksaan diletakkan kepada orang yang diduga melakukannya (asas pembuktian terbalik). Selain itu harus adanya pengaturan terhadap reparasi atau pemulihan di KUHAP yang berkaitan dengan pemenuhan hak-hak korban.
5.	UU No. 1 Tahun 1979 tentang Ekstradisi	Menambahkan ketentuan yang secara eksplisit yang melarang atau menolak ekstradisi seseorang ke negara dimana resiko penyiksaan sangat mungkin terjadi. Kemudian Pemerintah seharusnya mengintegrasikan prinsip <i>nonrefoulement</i> sebagaimana dimandatkan oleh Pasal 3 Konvensi Menentang Penyiksaan untuk setiap perjanjian ekstradisi dengan negara lain.
6.	UU No. 31 Tahun 1997 tentang Peradilan Militer	Melakukan revisi UU Peradilan Militer, untuk memastikan upaya pencegahan dan pelarangan penyiksaan diatur berdasarkan Konvensi Menentang Penyiksaan.
7.	UU No. 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian RI	Merevisi ketentuan yang terkait dengan kewenangan Komisi Kepolisian Nasional (Kopolnas) yakni dengan menambah kewenangan Kopolnas sebagai lembaga pengawasan eksternal kepolisian.

8.	UU No. 1 Tahun 2006 tentang Bantuan Timbal Balik Dalam Masalah Pidana	Menambahkan secara eksplisit ketentuan yang mengatur peluang bantuan hukum timbal balik dalam kasus-kasus yang terkait dengan penyiksaan.
9.	UU No.12 Tahun 1995 tentang Pemasarakatan	Menghapuskan ketentuan Pasal 47 UU tersebut terkait dengan hukuman disiplin berupa tutupan sunyi dan penundaan atau peniadaan hak-hak narapidana, sebab jenis hukuman ini merupakan bentuk hukuman lain yang kejam, tidak manusiawi dan merendahkan martabat.
10.	Kebijakan, Revisi / Pembentukan Peraturan Lainnya	Untuk jangka panjang menghapuskan ketentuan pidana mati dalam sistem hukum pidana Indonesia. Merevisi Perda-Perda yang menerapkan hukuman badan, sambil mendorong lahirnya Perda-Perda yang berbasis HAM.
		Membuat UU khusus menentang penyiksaan yang mengatur secara komprehensif terkait pencegahan, pelarangan dan penindakan terhadap adanya kejahatan penyiksaan serta memberikan kompensasi terhadap korban penyiksaan.

Sumber: Laode M. Syarif dan Dadang Trisasongko (ed), *Jalan Panjang Penghapusan Penyiksaan*, Jakarta: Kemitraan bagi Pembaruan Tata Pemerintahan, 2012, diolah.

Kedua, meningkatkan upaya administratif, hukum atau upaya lainnya untuk mencegah penyiksaan dengan cara sebagai berikut: (i) mengoptimalkan pemberlakuan Peraturan Kapolri No. 8 Tahun 2009 tentang Implementasi HAM di lingkungan Kepolisian dan juga optimalisasi penerapan Peraturan Panglima TNI No. 73/IX/2010 yang melarang penyiksaan dalam penegakan hukum militer; (ii) perlunya mekanisme yang cepat, tepat dan efektif untuk merespon pengakuan dan keluhan atas terjadinya penyiksaan yang disampaikan oleh tersangka dan terdakwa di persidangan; (iii) mempersingkat waktu penahanan di Kepolisian serta merevisi mekanisme perpanjangan penahanan, seperti adanya keharusan untuk dilakukannya *hearing* terbuka oleh hakim yang memanggil para pihak, *cross examination* dan pengecekan langsung mengenai kondisi

(fisik/psikis) tahanan yang pengaturannya disesuaikan berdasarkan standar dan kebiasaan hukum internasional khususnya Kovenan Hak Sipil dan Politik; (iv) memperkuat kewenangan Tim Pemantau Pemasarakatan dan Balai Pertimbangan Pemasarakatan untuk memonitoring rumah-rumah tahanan dengan segera membentuk mekanisme kunjungan ke tempat-tempat penahanan di Kantor Polisi, Kejaksaan, Pengadilan, Rumah Tahanan, Pusat Rehabilitasi dan harus menambah serta memperbaiki kondisi tempat penahanan, khususnya berkaitan dengan penyediaan makanan, pelayanan medis dan kondisi sel; (v) menguatkan kapasitas Komnas HAM dan LPSK dalam pengawasan dan pencegahan penyiksaan dan untuk ke depannya dalam sistem hukum Indonesia perlu diadopsinya mekanisme *constitutional complaint*³¹ ke MK bagi korban penyiksaan, karena berkaitan dengan pelanggaran hak konstitusional warga negara dan HAM; (vi) mengefektifkan pembebasan bersyarat sebagai salah satu upaya mencegah terjadinya *over* kapasitas di rumah-rumah tahanan. (vii) sambil menunggu dibentuknya UU khusus menentang penyiksaan, mengoptimalkan ketentuan pidana yang sudah diatur di dalam KUHP untuk sedapat mungkin menghukum pelaku penyiksaan; (viii) memasukkan pemahaman anti penyiksaan ke dalam kurikulum pendidikan aparat penegak hukum dan militer serta meningkatkan kemampuan aparat penegak hukum, khususnya anggota Kepolisian, dalam melakukan teknik interogasi tanpa penyiksaan melalui suatu pendidikan keterampilan khusus; (ix) perlunya memperluas akses bantuan hukum dan mengunjungi seseorang yang berada dalam penahanan secara periodik maupun tentatif. Selain itu sebagai bentuk akuntabilitas, perlu untuk memperkuat mekanisme pengaduan dan pengawasan prosedur pemeriksaan dalam penyidikan; dan (x) memasukkan agenda ratifikasi Protokol Opsional Konvensi Menentang Penyiksaan (OPCAT) ke dalam RANHAM dan Program Legislasi Nasional.³²

³¹ *Constitutional complaint* merupakan mekanisme pengaduan konstitusional sebagai salah satu alat bagi perlindungan hak asasi manusia dan hak warga negara. Pengaduan konstitusional menjadi upaya hukum terakhir yang luar biasa dalam mempertahankan hak-hak konstitusional bagi setiap warga negara. Dengan demikian hak dan martabat manusia diakui dan dilindungi melalui sebuah lembaga peradilan, yaitu Mahkamah Konstitusi. Dalam hal upaya perlindungan hak-hak konstitusional inilah pengaduan konstitusional dapat menjadi solusi dalam upaya perwujudan negara demokratis yang berdasar hukum. *Constitutional complaint* adalah salah satu wujud pelaksanaan demokrasi konstitusional yaitu kontrol rakyat untuk memulihkan hak-hak konstitusional yang dijamin oleh konstitusi. Achmad Edi Subiyanto, "Perlindungan Hak Konstitusional Melalui Pengaduan Konstitusional", *Jurnal Konstitusi*, Volume 8, Nomor 5, Oktober 2011, h. 717. Namun sampai saat ini MK tidak memiliki kewenangan untuk menangani *constitutional complaint* karena berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 MK hanya berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.

³² *The Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (OPCAT) adalah sebuah instrumen HAM untuk melengkapi Konvensi Menentang Penyiksaan yang bertujuan untuk menetapkan suatu sistem kunjungan rutin yang dilakukan oleh badan-badan independen internasional dan nasional ke tempat-tempat di mana orang-orang dirampas kebebasannya untuk mencegah penyiksaan dan perlakuan atau penghukuman lain yang kejam, tidak manusiawi atau merendahkan martabat manusia. OPCAT adalah sebuah alat praktis yang dimaksudkan untuk membantu negara-negara pihak pada Konvensi di dalam memenuhi kewajiban-kewajibannya untuk

Ketiga, meningkatkan partisipasi masyarakat dalam membangun kesadaran dan sikap anti terhadap praktik kekerasan dan penyiksaan dengan melakukan cara-cara sebagai berikut: (i) mengembangkan sebuah forum dialog dan media komunikasi yang melibatkan Pemerintah, DPR dan kalangan masyarakat sipil yang bisa dimanfaatkan untuk mengembangkan dan memperkuat sinergi dalam meningkatkan efektifitas upaya pelaksanaan Konvensi Menentang Penyiksaan di Indonesia; (ii) perlunya peningkatan kapasitas, skill dan pengetahuan dari para pekerja bantuan hukum, advokat, dosen dan aktivis HAM terhadap kejahatan penyiksaan baik yang eksis diatur dalam hukum nasional maupun dalam hukum internasional, seperti Konvensi Menentang Penyiksaan. Hal ini bisa dilakukan dengan memperbanyak proses *training* dan pengintegrasian pengetahuan mengenai anti penyiksaan dalam kurikulum di universitas dan diklat-diklat hukum lainnya; dan (iii) untuk meningkatkan kesadaran serta membangun kultur anti penyiksaan dan kekerasan, perlunya menggalang dan memperluas kampanye yang mengutamakan pendekatan *zero tolerance* terhadap segala bentuk praktik penyiksaan dan kekerasan dalam semua aspek kehidupan khususnya dalam penegakan hukum di Indonesia.

KESIMPULAN

Meski hak untuk bebas dari penyiksaan merupakan HAM yang bersifat universal dan merupakan juga hak konstitusional yang diatur dalam UUD 1945, namun kenyataannya dalam tataran realitas praktik-praktik penyiksaan di Indonesia masih juga berlangsung secara massif. Hal ini disebabkan oleh sejumlah faktor, yaitu: *Pertama*, tidak adanya aturan hukum yang tegas dan memberikan sanksi yang berat kepada pelaku penyiksaan; *Kedua*, terinstitusionalisasinya praktik kekerasan dan penyiksaan di jajaran penegak hukum serta permissifnya masyarakat terhadap praktik tersebut; dan *Ketiga*, mekanisme perlindungan dan pemenuhan hak-hak korban penyiksaan masih belum memadai.

Dalam upaya mencegah dan menghapus praktik penyiksaan dalam rangka memperkuat perlindungan HAM dan hak konstitusional di Indonesia untuk bebas dari penyiksaan, perlu dilakukan sejumlah tindakan untuk mengatasinya,

mencegah penyiksaan dan bentuk-bentuk lain dari tindakan sewenang-wenang, yakni melalui pembentukan sebuah sistem kunjungan rutin dan independen ke semua tempat penahanan oleh badan-badan nasional dan internasional. Dalam menjalankan tugasnya, mekanisme-mekanisme kunjungan nasional dan internasional ini akan saling melengkapi dan akan berfungsi sebagai sebuah sistem. Elsam, "High-Level Roundtable Discussion: Pentingnya Pemantauan Tempat-tempat Penahanan dan Mekanisme Pencegahan Nasional yang sesuai dengan OPCAT", http://lama.elsam.or.id/downloads/1309762763_High_Level_Meeting_OPDAT-2011.pdf, diunduh 21 Mei 2017.

yaitu: *Pertama*, dibutuhkan adanya kemauan yang kuat dari Pemerintah untuk membuat kebijakan-kebijakan yang anti terhadap praktik penyiksaan. *Kedua*, mengimplementasikan Konvensi Menentang Penyiksaan serta membuat produk-produk hukum yang berlandaskan kepada Konvensi tersebut. Seperti membuat UU khusus Menentang Penyiksaan yang substansinya mengatur terkait pencegahan, pelarangan dan penindakan terhadap praktik penyiksaan, serta adanya perlindungan dan pemenuhan terhadap hak-hak korban. *Ketiga*, melakukan pembenahan kelembagaan dan personil terutama institusi-institusi, seperti Kepolisian, Kejaksaan, TNI, Lembaga Pemasyarakatan dan lain-lain, dengan meningkatkan pengawasan, memberikan sanksi yang tegas dan dilakukannya proses hukum jika masih terdapat praktik penyiksaan yang dilakukan. Selain itu perlu diberikan pendidikan terkait dengan HAM bagi personil institusi-institusi tersebut sebagai cara untuk meningkatkan pemahaman dan kesadaran untuk tidak melakukan praktik penyiksaan. *Keempat*, meningkatkan partisipasi masyarakat untuk memiliki kesadaran untuk melawan setiap praktik kekerasan dan penyiksaan dengan berani melaporkan kepada institusi yang berwenang jika melihat atau mengalaminya. *Kelima*, mengoptimalkan peranan lembaga seperti Komnas HAM dan LPSK untuk memberikan perlindungan dan pendampingan terhadap korban. *Keenam*, harus adanya pemenuhan terhadap hak-hak korban, seperti pemberian kompensasi terhadap siapapun yang menjadi korban dari praktik penyiksaan.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Asplund, Knut D., dkk, 2010, *Hukum Hak Asasi Manusia*, Yogyakarta: Pusat Studi HAM UII.
- Elsam, 2013, *Pandangan Mengenai Situasi Hak Asasi Manusia 2013: Hak-hak Dasar di bawah Ancaman Eskalasi Kekerasan*, Jakarta: Elsam.
- Eddyono, Supriyadi Widodo, dkk, 2014, *Indonesia Pro Penyiksaan: 16 Tahun Pasca Ratifikasi Konvensi Anti Penyiksaan di Indonesia, Catatan Untuk Peringatan Hari Anti penyiksaan Internasional 2014*, Jakarta: WGAT.
- Hidayat, Nurkholis dan Restaria F. Hutabarat (ed). 2012, *Mengukur Realitas dan Persepsi Penyiksaan di Indonesia Melalui Indeks Penyiksaan dan Indeks Persepsi Penyiksaan*, Jakarta: The Partnership for Governance Reform.

Kontras, 2015, *Laporan Kronik Penyiksaan 2014-2015: Mendelegitimasi Praktik Penyiksaan di Indonesia*, Jakarta: Kontras.

Syarif, Laode M., dan Dadang Trisasongko (ed), 2012, *Jalan Panjang Penghapusan Penyiksaan*, Jakarta: Kemitraan bagi Pembaruan Tata Pemerintahan.

Wiranata, Agung Yudha, 2007, *Konvensi Anti Penyiksaan*, Seri Bahan Bacaan Kursus HAM untuk Pengacara XI Tahun 2007, Jakarta: Elsam.

Working Group on the Advocacy against Torture (WGAT), 2009, *Hak Asasi Manusia di Bawah Ancaman Penyiksaan*, Jakarta: Elsam.

Jurnal

Patra, Rommy, 2018, "The Failure of Settlement of Human Rights Violations In Indonesia and It's Solutions", *Yustisia Law Journal*, Volume 1, Number 1, January-April, h. 197-215.

Subiyanto, Achmad Edi, 2011, "Perlindungan Hak Konstitusional Melalui Pengaduan Konstitusional", *Jurnal Konstitusi*, Volume 8, Nomor 5, Oktober, h. 707-731.

Internet

Elsam, 2018, Mendorong Pembentukan Kembali UU Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi, Pandangan ELSAM Mengenai Pentingnya RUU Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi, https://wahyudidjafar.files.wordpress.com/2011/12/brief-paper_mendorong-pembentukan-kembali-uu-kkr.pdf, diunduh pada tanggal 15 Agustus.

_____, 2017, "Jus Cogens (Preemptory Norms)", <http://referensi.elsam.or.id/2014/10/jus-cogens-preemptory-norms/>, diunduh 18 Februari.

_____, 2017, "High-Level Roundtable Discussion: Pentingnya Pemantauan Tempat-tempat Penahanan dan Mekanisme Pencegahan Nasional yang sesuai dengan OPCAT", http://lama.elsam.or.id/downloads/1309762763_High_Level_Meeting_OPCAT-2011.pdf, diunduh 21 Mei.

ICJR, 2017, "Praktek Penyiksaan Masih Menjadi Bagian Dalam Penegakan Hukum Pidana di Indonesia", <http://icjr.or.id/praktek-penyiksaan-masih-menjadi-bagian-dalam-penegakan-hukum-pidana-di-indonesia/>, diunduh 19 Februari.

_____, 2017, “Peringatan Hari Anti Penyiksaan Sedunia Penyiksaan Merusak Hukum: Laporan Situasi Penyiksaan di Indonesia 2015-2016”, <https://www.kontras.org/home/index.php?module=pers&id=2284>, diunduh 17 Februari.

_____, 2017, Working Group on the Advocacy against Torture (WGAT), 2017, “Indonesia Masih Butuh Pengaturan Penyiksaan dalam Rancangan KUHP, Rancangan KUHAP dan RUU Penyiksaan”, <http://icjr.or.id/indonesia-masih-butuh-pengaturan-penyiksaan-dalam-rancangan-kuhp-rancangan-kuhap-dan-ruu-penyiksaan/>, diunduh 13 Februari.

_____, 2017, “Penyiksaan sebagai Manifestasi Dominasi dan Kuasa Aparat Penegak Hukum Indonesia”, <http://elsam.or.id/2016/06/penyiksaan-sebagai-manifestasi-dominasi-dan-kuasa-aparat-penegak-hukum-indonesia/>, diunduh 14 Februari.

Positivisasi Syariah di Indonesia, Legalisasi atau Birokratisasi?

Positivization of Shariah in Indonesia, Legalization or Bureaucratization?

Pepen Irpan Fauzan dan Ahmad Khoirul Fata

Program Doktor Sekolah Pascasarjana UIN Syarif Hidayatullah Jakarta
Jl. Kertamukti 5 Ciputat Tangerang Selatan
E-mail: ppnrpn@gmail.com; cakfata@gmail.com

Naskah diterima: 21/01/2018 revisi: 19/04/2018 disetujui: 08/06/2018

Abstrak

Tulisan ini mengkaji pemberlakuan hukum syariah sebagai bagian dari hukum nasional Indonesia. Ada dua permasalahan pokok yang dibahas: *pertama*, bagaimanakah posisi hukum Islam dalam tubuh hukum nasional? *Kedua*, apakah legalisasi syariah telah mencerminkan idealitas hukum syariah bagi masyarakat Islam Indonesia? Untuk membahas dua permasalahan ini, penulis memfokuskan pada UU tentang Zakat, wakaf dan haji. Dari kajian yang penulis lakukan, dapat disimpulkan beberapa hal: *pertama*, keberadaan UU terkait zakat, wakaf dan haji merupakan perwujudan penerimaan sistem hukum Indonesia terhadap pemberlakuan hukum Islam sebagai bagian integral dari hukum nasional. *Kedua*, meski telah masuk dalam sistem hukum nasional, namun UU tentang zakat, wakaf dan haji mempunyai kekuatan dan kelemahan. Kekuatannya terletak bahwa hukum Islam telah menjadi hukum positif, sehingga pemberlakuannya menjadi mutlak di tengah masyarakat. Kelemahannya, UU itu lebih menitikberatkan pada persoalan administratif, dari pada *mandatory*. Konsekuensinya, UU tersebut tidak lebih dari sekedar birokratisasi-syari'ah.

Kata kunci: *Positivisasi, Syariah/hukum Islam, Birokratisasi, Hukum Nasional*

Abstract

This paper examines the implementation of sharia as part of Indonesian national law. There are two main issues that are discussed: first, what is the position of Islamic law in the body of national law? Second, does the legalization of sharia

reflect the ideal of shariah for Indonesian Islamic society? To discuss the two issues, the authors focus on the Law on Zakat, wakaf and hajj. From the writer's study, it can be concluded: First, the existence of the zakat, wakaf and hajj laws is the embodiment of acceptance of Indonesian legal system towards the implementation of Islamic law as an integral part of national law. Second, although it has been included in the national legal system, the Law of zakat, wakaf and hajj has strengths and weaknesses. Its strength lies in that Islamic law which has become a positive law, so its enforcement becomes absolute in society. The weakness is that the Law focuses on administrative matters rather than mandatory. Consequently, the law is nothing more than a shari'ah-bureaucratization.

Keywords: Positivization, Sharia/Islamic law, Bureaucratization, National Law

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Penerapan hukum Islam atau syariah dalam konteks sosial politik Indonesia selalu mengundang perdebatan dan polemik. Tidak sekedar pada perkara teknis yuridis. Polemik itu juga menyentuh perkara politik yang sangat peka, terkait dengan hubungan formal antara agama dengan negara. *Modus Vivendi* yang berlaku di Indonesia adalah dengan disepakatinya negara berdasarkan pada Pancasila sebagai jalan tengah antara bentuk negara berbasis agama versus negara-sekular.¹

Dalam konteks berbangsa dan bernegara, syariah relatif diterima dengan bentuk penyerapan nilai-nilai dan ajaran agama ke dalam sistem hukum nasional. Hal ini menjadi bagian integral dari usaha operasionalisasi totalitas Islam dalam realitas empiris di tengah masyarakat, karena secara gradual seluruh perangkat keagamaan Islam diusahakan mengejawantah dalam realitas yang konkret. Namun pada saat yang sama hukum Islam pun menjadi bagian dari paradigma negara yang mempunyai logikanya sendiri. Karena sebuah sistem ketatanegaraan harus dipahami dalam konteks pluralitas:

Legitimasi negara berada pada komitmen atas pluralitas itu sendiri. Akibatnya untuk mempertahankan pluralitas itu negara terpaksa mereduksi tidak hanya hukum Islam tetapi juga berbagai perangkat keislaman

¹ Lihat Pasca Dekrit Presiden 5 Juli 1959, aspirasi untuk menegakkan negara berdasar Islam secara formal sudah tidak lantang disuarakan. Para tokoh politik Islam menerima Pancasila karena dalam dekrit itu Piagam Jakarta secara jelas disebut sebagai menjiwai UUD 1945. Yang diperlukan kemudian adalah mengisi Pancasila dengan nilai-nilai Islam itu. Penerimaan itu juga tidak lepas dari realitas politik yang terjadi. Lihat Yusril Iha Mahendra, *Modernisme dan Fundamentalisme dalam Politik Islam*, Jakarta: Paramadina, 1999, h. 137; Masykuri Abdullah, *Islam dan Demokrasi: Respons Intelektual Muslim Indonesia Terhadap Konsep Demokrasi 1966-1993*, Jakarta: Prenada, 2015, h. 58; Yudi Latif, *Negara Paripurna: Historisitas, Rasionalitas, dan Aktualitas*, Jakarta: Gramedia, 2015, h. 39-40.

lainnya. Hal ini dilakukan untuk membuat kelompok non-Islam tetap mengidentifikasi dirinya dengan negara... Penganut agama lain merasa aman berarti negara harus berdiri netral tidak berpihak ke salah satu agama. Dengan demikian, persoalan penerapan hukum syariah menjadi rumit karena berada di area agama dan negara sekaligus. Ia berada dalam lingkaran tarik menarik prinsip agama dan prinsip negara yang berlangsung sejak lama.²

Sejarah menunjukkan, solusi dari tarik menarik ini menyuguhkan *modus vivendi* ala Indonesia, yakni sektor publik diurus oleh negara dan sektor privat diberikan kepada agama. Dalam konteks ini, logika hukumnya seperti yang dijelaskan oleh Yusril Ihza Mahendra:

Mengingat Indonesia adalah negara dengan penduduk yang majemuk, maka dalam hal hukum keluarga dan kewarisan, maka hukum Islam itu tetaplah dinyatakan sebagai hukum yang berlaku. Sebagaimana juga halnya, jika ada pemeluk agama lain yang mempunyai hukum sendiri di bidang itu, biarkanlah hukum agama mereka itu yang berlaku. Terhadap hal-hal yang berkaitan dengan hukum perdata lainnya, seperti hukum perbankan dan asuransi, negara dapat pula mentransformasikan kaidah-kaidah hukum Islam di bidang itu dan menjadikannya sebagai bagian dari hukum nasional kita. Sementara dalam hal hukum publik, yang syariat Islam itu sendiri hanya memberikan aturan-aturan pokok, atau asas-asasnya saja, maka biarkanlah ia menjadi sumber hukum dalam merumuskan kaidah-kaidah hukum nasional.³

Hukum Islam di Indonesia sesungguhnya adalah hukum yang hidup, berkembang, dikenal dan sebagian besar ditaati oleh umat Islam di negara ini. Jika memperhatikan hukum-hukum di bidang peribadatan, maka praktis hukum Islam itu berlaku tanpa perlu mengangkatnya menjadi kaidah hukum positif, seperti diformalkan ke dalam bentuk peraturan perundang-undangan. Hal ini ditegaskan oleh Yusril Ihza Mahendra:

Bagaimana hukum Islam mengatur tatacara menjalankan shalat lima waktu, berpuasa dan sejenisnya tidak memerlukan kaidah hukum positif. Bahwa shalat lima waktu itu wajib fardhu 'ain menurut hukum Islam, bukanlah urusan negara. Negara tidak dapat mengintervensi, dan juga melakukan tawar-menawar agar shalat lima waktu menjadi sunnah mu'akad misalnya.

² Junaidi, "Positivisasi Hukum Islam dalam Perspektif Pembangunan Hukum Nasional Indonesia di Era Reformasi." Tesis, Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret Surakarta, 2009, h. 14.

³ Yusril Ihza Mahendra, "Hukum Islam dan Pengaruhnya terhadap Hukum Nasional Indonesia," Makalah disampaikan pada Seminar Nasional di Fak Syariah UIN Syarif Hidayatullah Jakarta, 5 Desember 2007, h. 2.

Hukum Islam di bidang ini langsung saja berlaku tanpa dapat diintervensi oleh kekuasaan negara. Apa yang diperlukan adalah aturan yang dapat memberikan keleluasaan kepada umat Islam untuk menjalankan hukum-hukum peribadatan itu, atau paling jauh adalah aspek-aspek hukum administrasi negara untuk memudahkan pelaksanaan dari suatu kaidah hukum Islam.⁴

Dalam konteks kebutuhan pemberlakuan hukum administrasi negara seperti inilah, negara perlu mengatur beberapa aspek dalam kehidupan keagamaan warganya sebagai perwujudan fungsi negara yang harus memberikan pelayanan kepada rakyatnya. Dalam kaitan inilah, tulisan ini berupaya mengkaji pemberlakuan hukum syariah sebagai bagian dari hukum nasional dilihat dari terbitnya beberapa UU terkait pengelolaan zakat, wakaf, dan tentang penyelenggaraan ibadah haji.

B. Perumusan Masalah

Terdapat dua permasalahan pokok yang akan dibahas dalam penelitian ini, yaitu: *pertama*, bagaimanakah posisi hukum Islam dalam hukum nasional? *Kedua*, apakah legalisasi syariah itu telah mencerminkan idealitas hukum syariah itu sendiri atau sekedar pengaturan administrasi dan birokrasi?

C. Metode Penelitian

Untuk menjawab permasalahan tersebut, penulis menggunakan metode penelitian kualitatif yang berbasis pada kajian kepustakaan (*library research*). Data-data dikumpulkan dari kepustakaan yang memiliki relevansi dengan tema tulisan, kemudian dilakukan cek dan *cross-check*. Data kemudian diklasifikasikan sesuai dengan kebutuhan dan dilakukan interpretasi untuk memperoleh pemahaman yang mendalam atas makna dan maksud yang terkandung di dalamnya.

PEMBAHASAN

A. Syariah dalam Sistem Hukum dan Kenegaraan Indonesia

Komunitas agama (Islam) menghadapi banyak tantangan ketika mereka bersentuhan dengan modernitas yang dibawa bangsa-bangsa Barat. Tantangan terberat yang hingga kini belum menemukan titik final terjadi di bidang politik kenegaraan. Umat Islam mengalami keterkejutan saat mereka bertemu dan mengenal ide-ide dan konsep-konsep politik kenegaraan Barat yang secara tajam

⁴ *Ibid.*, h. 3.

berbeda dengan apa yang selama ini mereka kenal dan praktikkan. Perbedaan pandangan dunia dan konteks kesejarahan antara kedua peradaban tersebut menjadi sebab utama. Selama abad-abad awal dan pertengahan umat Islam begitu nyaman dengan konsep kenegaraan yang melibatkan agama dalam praktik kenegaraan, kini berhadapan dengan konsep yang sebaliknya, sekularisme. Konsep kewarganegaraan Islam klasik yang berdasarkan identitas keyakinan, kini berhadapan dengan kewarganegaraan modern berbasis identitas kebangsaan (nasionalisme). Demikian pula di bidang hukum. Syariah yang semula menjadi bagian integral dari sistem kenegaraan Islam klasik, tiba-tiba dipersoalkan oleh konsep politik modern.⁵

Perbedaan tersebut sejak awal mula telah terjadi dalam sejarah pembentukan negara Indonesia modern dengan penduduk mayoritas Muslim. Ini setidaknya tergambar dalam perdebatan antara Soekarno dengan Moh. Natsir di era sebelum kemerdekaan.⁶ Perdebatan di media massa itu kemudian terbawa dalam forum-forum persidangan di Badan Penyelidik Usaha-usaha Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI). Untuk menyelesaikan perdebatan antara kelompok nasionalis Islam yang menginginkan Indonesia merdeka berdasarkan Islam dengan kelompok nasionalis sekular yang berposisi sebaliknya, BPUPKI membentuk panitia kecil yang kemudian menemukan kesepakatan dalam bentuk “Piagam Jakarta”.⁷ Namun *gentlemen’s agreement* antara pendiri bangsa itu kemudian diubah secara mendadak dalam rapat Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI) sehari setelah proklamasi kemerdekaan Indonesia 17 Agustus 1945. Perdebatan kembali terjadi dalam Majelis Konstituante pada paruh kedua dekade 1950-an yang kembali memperhadapkan kedua kelompok tersebut. Namun lagi-lagi perdebatan itu tidak tuntas menghasilkan sebuah kesepakatan bersama ketika Presiden Soekarno mengeluarkan dekrit pada 5 Juli 1959 yang membubarkan Konstituante dan menyatakan kembali ke UUD 1945.⁸ Meski kecewa, kelompok nasionalis Islam tetap bisa menerimanya karena dekrit tersebut tetap mengakomodasi aspirasi mereka dengan menyebut secara jelas bahwa ‘Piagam Jakarta tertanggal 22 Juni 1945 menjiwai Undang-Undang Dasar 1945 dan adalah merupakan satu rangkaian

⁵ Dilema seperti ini masih terus menghinggapi negara-negara muslim modern. Berbagai eksperimen dilakukan untuk mendamaikan hal itu. Pembahasan tentang hal ini lihat Pepen Irgan Fauzan dan Ahmad Khoiril Fata, “Model Penerapan Syari’ah dalam Negara Modern: Studi Kasus, Arab Saudi, Iran, Turki, dan Indonesia,” dalam *Al-Manahij*, Vol. XII, No 1, Juni, 2018, h. 51-70.

⁶ Kedua tokoh tersebut terlibat polemik tentang ‘warna’ negara Indonesia merdeka melalui tulisan-tulisan di media massa, lihat Bahtiar Effendy, *Islam dan Negara: Transformasi Pemikiran dan Praktik Politik Islam di Indonesia*, Jakarta: Paramadina, 1998, h. 70-82.

⁷ Lihat *ibid.*, 87-88; Abdillah, *Islam dan....*, *Op.Cit.*, h. 32; Ahmad Syafii Maarif, *Islam dan Masalah Kenegaraan: Studi Tentang Percaturan dalam Konstituante*, Jakarta: LP3ES, 1987, h. 107-108.

⁸ Mahendra, *Modernisme....Op.Cit.*, h. 219

kesatuan dalam konstitusi itu.” Dekrit 5 Juli 1959 telah menjadikan Indonesia bukan sebagai negara Islam secara formal, namun juga bukan negara sekuler yang anti terhadap agama. Istilah yang populer dipakai adalah “bukan negara agama, juga bukan negara anti agama”.

Model seperti ini disebut Azyumardi Azra sebagai negara *soft secular* – negara sekuler yang ramah terhadap agama. Berbeda dengan negara yang mempraktikkan *hard secularism* seperti Turki modern era Kemal Attaturk. Sementara Masykuri Abdillah lebih suka menyebut Indonesia sebagai negara demokrasi religius.⁹ Sebagai negara demokrasi yang ramah terhadap agama, Indonesia tidak alergi terhadap agama yang dianut oleh warganya. Bahkan Pancasila itu sendiri diyakini sebagai bersumber dari nilai-nilai keagamaan warga Indonesia, dan banyak nilai-nilai agama yang diadopsi dalam sistem hukum dan kenegaraan Indonesia. Tidak terkecuali hukum Islam yang banyak dipraktikkan oleh sebagian besar penduduk Indonesia.

Pengembangan hukum Islam di Indonesia berlangsung melalui dua jalur, yaitu jalur legislasi melalui perundang-undangan nasional dan jalur non legislasi yang berkembang di luar perundang-undangan nasional. Di antara dua jalur tersebut, kecenderungan kedua yakni perkembangan hukum di luar perundang-undangan lebih banyak daripada melalui jalur legislasi. Hal itu terjadi karena kendala struktural dan kultural, baik secara internal maupun eksternal. Secara internal para pendukung sistem hukum Islam belum tentu beranggapan bahwa hukum Islam itu sebagai suatu sistem yang final sehingga perlu dikembangkan dalam konteks hukum nasional. Sedangkan kendala eksternal yakni struktur politik yang ada belum tentu mendukung proses legislasi hukum Islam.¹⁰

Betapapun dalam praktiknya legislasi bukan merupakan kecenderungan utama, namun pengembangan hukum Islam melalui proses legislasi tetap perlu dilakukan. Permasalahannya hanya pada aspek materi hukumnya yang perlu dipertimbangkan. Misalnya materi hukumnya bukan di bidang hukum publik karena dikhawatirkan akan terjadi benturan dengan materi hukum agama lain, materi hukum privat tidak pada semua bidang karena ada bidang-bidang hukum tertentu yang peka. Jika bidang hukum yang peka ini diangkat pasti akan terjadi konflik, baik internal maupun eksternal. Jika dilihat dari perkembangan kebutuhan

⁹ Ahmad Khoiril Fata, “Gagasan Usang Sekularisasi,” dalam *Republika*, 31 Maret 2017.

¹⁰ Warkum Sumitro, *Perkembangan Hukum Islam di Tengah Kehidupan Sosial Politik di Indonesia*, Malang: Banyumedia Publishing, 2005, h. 210; Lihat juga Junaidi, “Positivisasi Hukum Islam...” *Op.Cit.*, h. 114-115.

dewasa ini, baik dalam kancah pergaulan hukum nasional atau internasional, maka legislasi merupakan tuntutan objektif dan urgen karena akan mendukung implementasi hukum Islam secara pasti dan mengikat secara formal yuridis.

Dalam ajaran Islam, secara tekstual memang tidak ada keharusan memberlakukan hukum Islam melalui legislasi. Namun sesuai dengan kaidah ushul fikih *"maa laa yatimmu al-waajib illaa bihi fahuwa waajib -suatu kewajiban yang tidak bisa terlaksana dengan sempurna jika tidak ada sesuatu yang lain, maka sesuatu yang lain itu menjadi berhukum wajib juga."* Atas dasar itulah, jika dengan pertimbangan efektivitas pelaksanaan hukum Islam di Indonesia diperlukan campur tangan pemerintah, maka legislasi merupakan sebuah kebutuhan.¹¹

Terkait pemberlakuan hukum syariah sebagai bagian integral dari hukum nasional, H. B. Hooker menjelaskan bahwa hal itu merupakan upaya rekonstruksi hukum Islam yang disesuaikan dengan keadaan khas masyarakat Indonesia. Lebih lanjut dijelaskan, pemberlakuan hukum syariah di Indonesia di era reformasi itu tidak lebih dari sekedar kompatibilitas terhadap hukum sekular. Jika hukum Islam sesuai, maka bisa berlaku, tapi jika tidak sesuai maka hukum Islam akan jatuh. Hooker menjelaskan:

*Compatilby with secular law is the essence of the Kompilasi Hukum Islam (KHI). The same is true of other areas of law. The law on zakat must be read alongside the Regional Autonomy Laws (No 2/1999 and No. 25/1999) and the laws and regulations on taxation. In the case of wakaf, the Basic Agrarian Law of 1960 and its later amendments and regulations are referred to as the key texts in determining registration and land use. The new Islamic banking laws are subject to the national banking and finance laws. In all cases, the syariah laws stand or fall on their contability with secular laws.*¹²

Teori M. B. Hooker ini hampir sama dan dapat dianggap sebagai kelanjutan dari teori *receptie* zaman pemerintahan kolonial Hindia Belanda. Ketika itu para ilmuwan hukum Belanda tertarik untuk melakukan studi tentang hukum rakyat pribumi Hindia Belanda, di antaranya Hukum Adat. Hasil telaah akademis tersebut sedikit banyak mempengaruhi kebijakan politik pemerintah kolonial, ketika pemerintah kolonial tersebut harus memastikan hukum apa yang akan diberlakukan di suatu daerah jajahan, atau bahkan juga di seluruh wilayah Hindia Belanda.

¹¹ Junaidi, "Positivisasi Hukum Islam..." *Op.Cit.*, h. 114-115.

¹² MB. Hooker, *Indonesian Syariah: Defining a National School of Islamic Law*, Singapore; ISEAS, 2008, h. 291.

Dukungan kepada Hukum Adat ini tidak terlepas pula dari strategi politik *divide et impera* yang dipraktikkan pemerintah kolonial. Hukum Adat akan membuat suku-suku di Hindia Belanda menjadi terkotak-kotak. Sementara hukum Islam akan menyatukan mereka dalam satu ikatan. Dapat dimengerti jika Belanda kemudian lebih suka kepada Hukum Adat daripada hukum Islam.¹³

Dari sini lahirlah ketentuan Pasal 131 *jo* Pasal 163 *Indische Staatsregeling*, yang tegas-tegas menyebutkan bahwa bagi penduduk Hindia Belanda ini, berlaku tiga jenis hukum, yakni Hukum Belanda untuk orang Belanda, dan Hukum Adat bagi golongan Timur Asing—terutama Cina dan India—sesuai adat mereka, dan bagi Bumiputra, berlaku pula Hukum adat suku mereka masing-masing. Hukum Islam tidak lagi dianggap sebagai hukum, terkecuali hukum Islam itu telah diterima oleh Hukum Adat. Jadi yang berlaku sebenarnya adalah Hukum Adat, bukan hukum Islam. Inilah *teori resepsi* yang diintrodusir oleh Cornelis van Vollenhoven dan Snouck Hurgronje.

In the interim, Islamic institutions were contained and subordinated by a “reception theory” which rendered Islamic laws valid only to the extent that they had been grafted onto custom. This was not, in fact, a logical outcome of indigenous social or political processes but rather, of colonial policy. It was neither realistic nor theoretically sound to marginalize Islam’s role in the changing societies of Indonesia. In spite of this, the Dutch intentionally transformed adat into an increasingly conservative symbol of local authority pitted against Islamic challenges.¹⁴

Arskal Salim dengan tegas menyebutkan bahwa pengaruh kebijakan politik Kolonial Belanda tersebut sangat minor, dan tetap memiliki pengaruh terhadap pemerintahan-pemerintahan setelahnya. Memperhatikan pengelolaan zakat di era Orde Baru, Arskal Salim menyimpulkan bahwa kebijakan Islam Orde Baru berbeda dengan kebijakan Kolonial Belanda yang disponsori oleh Snouck Hurgronje tersebut. Meski tetap saja pengaruh kolonial masih tetap terasa.

The Indonesian government from time to time moved away from colonial policies. The Dutch Islamic policy, which was religiously neutral in nature, has significantly changed, especially since the New Order era. Through the Ministry of Religious Affairs, the Indonesian government increased its role in managing matters related to Islam and Muslim society, including the

¹³ Mahendra, “Hukum Islam dan Pengaruhnya...”, *Op.Cit.*,” h. 4.

¹⁴ Ratno Lukito, *Islamic Law And Adat Encounter: The Experience of Indonesia*, Canada: Institute Of Islamic Studies Mc Gill University, 1997, h. 59-60.

*payment of zakat. Indeed, President Soeharto himself, who was purportedly practicing Snouck Hurgronje's advice on Islamic policy, actively facilitated the collection of zakat.*¹⁵

Terkait dengan UU zakat, UU wakaf dan UU haji, terlihat sepenuhnya bersifat administratif. Dengan kata lain, UU tersebut merupakan pengaturan pengadministrasian syariah—yakni zakat, wakaf dan haji sebagai bagian dari syariah Islam. Tidak lebih, tidak kurang. Karena UU tersebut tidak mengatur urusan terkait *mandatory*, kewajiban bagi objek hukumnya, yaitu umat Islam. UU zakat, misalnya, tidak mengatur kewajiban membayar zakat bagi Wajib Zakat, tidak seperti UU Pajak yang mengatur dan mempidana Wajib Pajak yang tidak menunaikan kewajibannya. Hal inilah yang membuat UU Zakat berjalan kurang efektif.¹⁶

Sesungguhnya persoalan ini tidaklah terkait dengan teori kompatibilitas hukum syariah dengan hukum sekular. Namun tak lebih dari sekedar persoalan waktu. Menurut Alfitri, waktu memainkan peran kunci. Dalam kasus UU zakat misalnya, negara hanya mungkin belum siap untuk memperkenalkan program skala penuh untuk pengelolaan zakat. Ini mungkin disebabkan oleh masalah negara yang masih proses transisi, sehingga memaksa pemerintah untuk berkonsentrasi pada hal-hal yang lebih mendesak seperti stabilitas politik dan keamanan. Alfitri menjelaskan:

*The state may have expected details of zakat implementation to be worked out through lower-level entities and their decrees, such as the Minister of Religion's Decisions. It provides details about the organizational structures of the semi-governmental zakat collector bodies (BAZ) and their roles according to their competencies – national or local levels (provinces, districts, and sub-districts) – while also addressing the requirements for non-governmental zakat collector institutions (LAZ) to get official status and the requirements for utilizing zakat proceeds. But it does not elaborate on the specific religious rules applicable to zakat. Finally, perhaps timing played a key role. The state simply may not have been ready to introduce a full-scale program for zakat management. This might have been caused by the nation's troubles during the transition process, which compelled the government to concentrate on more pressing matters such as political stability and security and the devaluation of home currency.*¹⁷

¹⁵ Arskal Salim, "The Influential Legacy Of Dutch Islamic Policy On The Formation Of Zakat (Alms) Law In Modern Indonesia," *Pacific Rim Law & Policy Journal*, Vol. 15, No. 3, 2006, h. 701.

¹⁶ Lihat Mustofa dan Ahmad Khoiril Fata, "Zakat & Tax, From the Synergy to Optimization," *al-Ulum*, Vol. 15, No 1, 2015, h. 43-56.

¹⁷ Alfitri, "The Law of Zakat Management and Non-Governmental Zakat Collectors in Indonesia," *International Journal of Not-for-Profit Law*, Vol. 8, No. 2, January 2006, h. 55.

Lebih jauh, Yusril Ihza Mahendra menjelaskan bahwa di manapun di dunia ini, kecuali negaranya benar-benar sekular, pengaruh agama dalam merumuskan kaidah hukum nasional suatu negara, akan selalu terasa. Konstitusi India tegas-tegas menyatakan bahwa India adalah negara sekular, tetapi siapa yang mengatakan hukum Hindu tidak mempengaruhi hukum India modern. Ada beberapa studi yang menelaah pengaruh Buddhisme terhadap hukum nasional Thailand dan Myanmar. Hukum Perkawinan Phillipina, juga melarang perceraian. Ini tentu pengaruh dari agama Katolik yang begitu besar pengaruhnya di negara itu.

Dalam hal ini, Yusril menegaskan:

Sekali lagi saya ingin mengatakan bahwa mengingat hukum Islam itu adalah hukum yang hidup dalam masyarakat Indonesia, maka negara tidak dapat merumuskan kaidah hukum positif yang nyata-nyata bertentangan dengan kesadaran hukum rakyatnya sendiri. Demokrasi harus mempertimbangkan hal ini. Jika sebaliknya, maka negara kita akan menjadi negara otoriter yang memaksakan kehendaknya sendiri kepada rakyatnya.¹⁸

B. Positivisasi Syariah di Era Reformasi

Sejak Indonesia merdeka, negara telah memberikan respon terkait dengan pemberlakuan syariah Islam. Meski masih bersifat terbatas dan terkait urusan privat. Misalnya hal-hal yang terkait dengan hukum perdata seperti hukum perkawinan dan kewarisan, negara menghormati adanya pluralitas hukum bagi rakyatnya yang majemuk, sejalan dengan prinsip Bhinneka Tunggal Ika.

Bidang hukum perkawinan dan kewarisan termasuk bidang hukum yang sensitif, yang keterkaitannya dengan agama dan adat suatu masyarakat. Oleh sebab itu, hukum perkawinan Islam dan hukum kewarisan diakui secara langsung berlaku, dengan cara ditunjuk oleh undang-undang. Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 misalnya, secara tegas menyebutkan bahwa perkawinan dinyatakan sah jika dilakukan sesuai dengan hukum agamanya masing-masing dan kepercayaannya itu. Di sini bermakna, keabsahan perkawinan bagi kalangan umat Islam dianggap sah jika sesuai dengan hukum Islam, sebagai hukum yang hidup di dalam masyarakat. Sebagaimana halnya di zaman VOC telah ada *Compendium Frijer*, maka pada masa Orde Baru juga telah dirumuskan *Kompilasi Hukum Islam (KHI)*, walau landasan keberlakuannya hanya didasarkan pada Instruksi Presiden (Inpres).¹⁹

¹⁸ Mahendra, "Hukum Islam Dan Pengaruhnya...", *Op.Cit.*, h. 5.

¹⁹ Terkait KHI, lihat Euis Nurlaelawati, "Change and Continuity: The Kompilasi and Indonesian Islamic Courts," *Studia Islamika*, Vol. 14, No.1, 2007, h. 87-112

Pemerintah juga merespon undang-undang tentang Hukum Terapan Pengadilan Agama. UU ini merupakan upaya untuk mentransformasikan kaidah-kaidah hukum Islam, sebagai hukum yang hidup di dalam masyarakat, menjadi hukum positif. Cakupannya adalah bidang-bidang hukum yang menjadi kewenangan dari Peradilan Agama. Tentu saja subyek hukum dari hukum positif ini nantinya berlaku khusus bagi warganegara yang beragama Islam, atau yang secara sukarela menundukkan diri kepada hukum Islam.

Presiden dan DPR juga telah mengesahkan undang-undang tentang Wakaf, yang mentransformasikan kaidah-kaidah hukum Islam ke dalam hukum positif. Berbagai undang-undang yang terkait dengan hukum bisnis juga telah memberikan tempat yang sewajarnya bagi kaidah-kaidah hukum Islam yang berkaitan dengan perbankan dan asuransi.

C. Aturan Terkait Pengelolaan Zakat dan Wakaf

Pada era Orde Baru, walaupun terdapat usaha-usaha dari kelompok Muslim konservatif dan modernis membujuk Soeharto memasukkan masalah wakaf dan zakat menjadi bagian penting dari sistem negara, usaha itu tidak pernah berhasil. Pada 1967, kebijakan zakat untuk bisa diadopsi negara hampir terbentuk, namun akhirnya Soeharto sendiri menolak baik menempatkan dirinya sebagai amil zakat (karena Soeharto seorang Muslim sekaligus pimpinan negara), maupun Departemen Agama ikut terlibat.

Hal ini disebabkan masih kuatnya sikap apriori Pemerintahan Orde Baru terhadap syariah Islam karena dikhawatirkan dapat mengancam ideologi Pancasila, sebagaimana dijelaskan Asep:

“The New Order government, furthermore, was still suspicious of Muslims, among others, for fear of their efforts to have Islam introduced as the state ideology replacing the Pancasila. As a result polity related to Islamic teachings—wakaf and zakat included—were neglected by the Soeharto government.”²⁰

Sepuluh tahun kemudian, Soeharto hanya memberikan aturan berupa Peraturan Pemerintah tentang wakaf yang berkaitan dengan registrasi tanah wakaf, yang dicantumkan pada PP No. 28 Tahun 1977. Penolakan Soeharto untuk terlibat langsung dalam masalah syariah bisa ditafsirkan bukan saja sebagai usaha

²⁰ Asep Saefudin Jahar, “The Clash of Muslims and the State: Waqf and Zakat in Post Independence Indonesia,” *Studia Islamika*, Vol. 13, No. 3, 2006, h. 358.

melindungi negara dari kepentingan kelompok agama tertentu (Islam), tetapi juga karena masalah ini tidak memberikan keuntungan politis baginya. Hal ini terbukti dari penolakannya yang kedua pada 1991 untuk terlibat dalam administrasi zakat.

Walaupun demikian, Presiden Soeharto sendiri mengeluarkan seruan dan surat perintah supaya aparat pemerintah turut membantu penanganan administrasi zakat. Menurut Arskal Salim, kondisi ini mempunyai peran positif bagi tumbuh dan berkembangnya lembaga pengelola zakat di daerah, baik yang disponsori pemerintah seperti Bazis, maupun oleh organisasi kemasyarakatan:

Although President Soeharto ceased to be a national personal amil, his circular letter suggesting the foundation of an organizational apparatus to collect zakat in the respective host institutions of zakat agencies remained the legal basis for several government-sponsored or semi-autonomous zakat agencies in existence. Despite the lack of judicial foundation or clear national guidance, a number of provincial zakat agencies continued to thrive during the New Order period.²¹

Kondisi ini kemudian berubah secara gradual, ketika masa reformasi dimulai tahun 1998. Reformasi paling tidak telah memberikan fasilitas untuk berkembangnya wakaf dan zakat dengan keluarnya UU No. 41 Tahun 2004 tentang wakaf dan UU No. 38 Tahun 1999 tentang pengelolaan zakat yang kemudian diubah dengan UU No. 23 Tahun 2011. Namun perlu dicatat bahwa saat ini telah melahirkan kesadaran baru bagi komunitas Muslim, terutama aktifis LSM, untuk memberdayakan filantropi Islam sebagai bagian dari upaya untuk membantu masyarakat miskin yang meningkat drastis pasca krisis moneter tahun 1997. Momentum krisis moneter (ekonomi) dan masalah politik inilah yang akhirnya memberikan ruang cukup luas bagi perkembangan lembaga-lembaga wakaf dan zakat pasca reformasi. Gejala ini pun mendorong adanya penafsiran-penafsiran baru atas wakaf dan zakat yang dilakukan oleh MUI (Majlis Ulama Indonesia) maupun ormas Islam seperti Nahdlatul Ulama (NU) dan Muhammadiyah untuk bisa merespon tantangan masyarakat:

While waqf and zakat administration practices in this country are far from perfect, Muslim intellectuals, the ulama, and the various agencies working in this field have made increasing efforts to reformulate the concepts waqf administration and zakat collection and distribution. The ulama have begun to leave the static and traditional attitudes towards interpreting Islamic

²¹ Arskal Salim, "The Influential Legacy..." h. 697.

*doctrine, namely through considering the maqasid al-shari'ah. This will help zakat plays a stronger role in the betterment of social welfare and economic development as well as help strengthen the roots of civil society.*²²

Sebagai tindak lanjut dari lahirnya undang-undang tersebut, maka diterbitkan Keputusan Presiden RI No. 8 Tahun 2001 tentang pembentukan Badan Amil Zakat Nasional (Baznas). Pengaturan secara teknis dijabarkan dalam Keputusan Menteri Agama RI No. 373 Tahun 2003 tentang Pelaksanaan Undang-Undang No. 38 Tahun 1999 dan Keputusan Direktur Jenderal Bimbingan Masyarakat Islam dan Penyelenggaraan Haji No. 33/PJ/2011 tentang Pedoman Teknis Pengelolaan Zakat.

Kalau ditinjau sejarah lahirnya UU No. 38 Tahun 1999 ini—yang saat itu adalah masa pemerintahan BJ. Habibie yang juga cukup produktif menerbitkan UU sehingga kurang lebih berjumlah 190—nampak bahwa UU No. 38 Tahun 1999 ini lahir lebih karena untuk memanfaatkan momentum dan tidak bicara substansi yang mendalam. Sehingga, meskipun UU ini lahir, namun tidak 'sempat' disiapkan PP (peraturan pemerintah)-nya. Yang ada hanya Kepmen (keputusan menteri). Akibatnya, banyak kendala dalam implementasinya karena Kepmen tentang pengelolaan zakat hanya mengikat di lingkungan Kementerian Agama, belum mengikat kepada pemerintah daerah (Pemda). Hingga yang terjadi banyak Pemda banyak yang tidak peduli dengan UU No. 38 Tahun 1999 ini.²³

Meski demikian, masalah pengelolaan zakat tidak otomatis teratasi. Ini terlihat dari rincian UU No. 38 Tahun 1999 tentang Pengelolaan Zakat. Sebagian pihak menduga, justru UU inilah yang menghambat perkembangan zakat. Alih-alih terkoordinasi, setiap lembaga baik Badan Amil Zakat Nasional (BAZNAS), Badan Amil Zakat (BAZ) provinsi, kabupaten dan kota serta Lembaga Amil Zakat (LAZ), seluruhnya memainkan peran dan fungsi serupa. Usulan bertahun-tahun tentang pembagian peran fungsi dan tugas tidak diperhatikan sama sekali.

Oleh karena itu, diperlukan juga institusi yang dapat mengoordinasi dan memfasilitasi guna terwujudnya hal tersebut. Berdasarkan UU Nomor 38 Tahun 1999 tidak ada satu pihak pun yang memungkinkan melaksanakan koordinasi dan fasilitasi tersebut. Badan Amil Zakat Nasional (BAZNAS) yang memiliki hubungan kerja yang bersifat koordinatif, konsultatif, dan informatif hanya terbatas untuk BAZ dan tidak untuk LAZ.²⁴

²² Asep Saefudin Jahar, "The Clash of Muslims and the State...", *Op.Cit.*, h. 388-389.

²³ Tim Peneliti Dit. Pendidikan dan Agama Bappenas, *Evaluasi Terpadu Pelaksanaan Pengelolaan dana Zakat tahun 2012*, Jakarta: Sekretariat Kementerian PPN/Bappenas, h. 48.

²⁴ *Ibid.*, h. 49.

Lebih jauh, UU terkait zakat juga menyisakan problem hukum di antaranya konflik dengan UU terkait Pajak, seperti yang dijelaskan Buehler:

Due to the rushed drafting and implementation of this law, it is full of shortcomings. For example, the law fails to specify the calculation of nisab, the threshold for zakat al mal payments mentioned above, along with the exact time of payment for zakat. The law states that such matters should simply follow Islamic law as outlined in the Qur'an. Law on Zakat Management No 38/1999 was also in conflict with the Law on Income Tax No 17/2000 (amending the Law on Income Tax No 7/1983), on which more below.²⁵

Pernyataan Buehler ini jelas merujuk pada Pasal 14 ayat (3) bahwa zakat dikurangkan dari laba/sisa pendapatan sisa kena pajak dari wajib pajak. Namun, hal ini jelas teratasi dengan adanya respon UU yang baru untuk sinkronisasi UU Pajak terhadap UU Pengelolaan Zakat. Untuk mengakomodasi Pasal 14 ayat (3) UU pengelolaan zakat, diterbitkan UU NO. 17 Tahun 2000 tentang Perubahan ketiga UU No. 7 Tahun 1983 tentang Pajak Penghasilan. Pada 4 ayat (3) disebutkan bahwa zakat atas penghasilan yang telah disetorkan ke BAZ/LAZ dapat mengurangi beban kena pajak orang atau badan yang bersangkutan.²⁶

Hal ini juga sekaligus membantah pernyataan M. B. Hooker, bahwa hukum Islam baru bisa menjadi hukum positif jika “menyesuaikan diri” dengan hukum sekular. Contohnya UU Zakat, jika mengikuti teori Hooker tersebut, seharusnya UU ini harus “menyesuaikan diri” dengan hukum pajak. Namun dalam hal ini kondisinya justru terbalik. UU Pajak yang diubah untuk mengakomodasi UU pengelolaan Zakat.

Keberadaan Undang-Undang Nomor 38 Tahun 1999 yang disahkan untuk pertama kalinya dan diamandemen dengan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2011 tentang Pengelolaan Zakat telah menggeser paradigma pelaksanaan zakat. Indikator yang dapat dilihat sebagai salah satu kelebihan undang-undang tersebut adalah adanya suatu badan atau lembaga sebagai wadah penerima, penyalur serta pendistribusi zakat yang tidak hanya dikelola masyarakat tetapi juga badan pengelola di bawah naungan pemerintah.²⁷

²⁵ Michael Buehler, “The Rise Of Shari’a By-Laws In Indonesian Districts: An Indication For Changing Patterns Of Power Accumulation And Political Corruption,” *South East Asia Research*, Vol. 16, No. 2, Special Issue: The State And Illegality In Indonesia (July 2008), h. 255-285.

²⁶ Lihat UU No. 17 Tahun 2000, Pasal 4 ayat (3).

²⁷ Mufidah, “Sistem Hirarki Kelembagaan Badan Pengelola Zakat di Indonesia: Tinjauan Terhadap Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2011,” *Jurnal Cita Hukum*, Vol. 4 No.2 (2016), h. 323-344.

Undang-undang tentang Pengelolaan Zakat sekaligus juga memberi makna bahwa zakat di Indonesia bukan sekedar pelaksanaan *ubudiyah* yang sifatnya hanya ritual keagamaan, lebih dari itu pelaksanaan zakat merupakan bagian dari produk hukum positif yang seharusnya dapat ditertibkan melalui perangkat negara. Peraturan perundang-undangan tentang pengelolaan zakat juga mengubah paradigma tata kelola zakat dalam bentuk kepanitiaan menjadi tata kelola lembaga. Zakat yang semula dikelola dengan sumber daya manusia yang apa adanya, kini menggunakan kualifikasi standar bisnis dalam sebuah perusahaan. Demikian halnya dalam hal manajemen pendistribusian zakat, juga mengalami perkembangan. Pendistribusian zakat yang semula hanya bersifat penyaluran saja, kini diorganisir dengan bentuk pengembangan sehingga zakat dapat dinikmati tidak hanya pada momen Ramadhan tetapi juga dapat dirasakan manfaatnya sepanjang bulan dan sepanjang tahun.

Pada Pasal 1 ayat (2) ditegaskan “Zakat adalah harta yang wajib dikeluarkan oleh seorang muslim atau badan usaha untuk diberikan kepada yang berhak menerimanya sesuai dengan syariat Islam”. Demikian juga pada ayat (5) disebutkan bahwa “Muzaki adalah seorang muslim atau badan usaha yang berkewajiban menunaikan zakat”.²⁸

Demikian juga, orang atau badan yang telah menyetorkan dana zakat dapat dikurangkan dari penghasilan kena pajak, sebagaimana pada Pasal 22, bahwa “Zakat yang dibayarkan oleh muzaki kepada BAZNAS atau LAZ dikurangkan dari penghasilan kena pajak.” Sedangkan pada Pasal 23 ayat (1), BAZNAS atau LAZ wajib memberikan bukti setoran zakat kepada setiap muzaki; dan ayat (2) Bukti setoran zakat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) digunakan sebagai pengurang penghasilan kena pajak.²⁹

Selain memiliki beberapa kelebihan, pengesahan undang-undang tentang Pengelolaan Zakat sebagaimana diuraikan di atas juga terdapat adanya beberapa faktor yang dianggap sebagai kelemahan dari peraturan tersebut. Kelemahan itu berakibat pada pelaksanaan kebijakan tentang zakat belum berjalan dengan maksimal. Sesungguhnya undang-undang tersebut belum sepenuhnya menertibkan tata kelola zakat. Misalnya tidak diberlakukannya efek jera terhadap *muzakki* yang lalai membayar zakat atau bentuk *punishment* terhadap keterlambatan membayar zakat.

²⁸ Lihat UU No. 21 Tahun 2011 tentang Pengelolaan Zakat.

²⁹ *Ibid.*

Sebagaimana dijelaskan Alfitri, tidak seperti hukum zakat di beberapa negara Muslim lainnya, UU zakat di Indonesia tidak memberlakukan kewajiban pembayaran zakat. Terserah Muslim Indonesia apakah melakukan zakat atau tidak. Negara mengambil posisi “netral” berkaitan dengan lingkup dan sifat wajib zakat. Negara ingin menghindarkan diri terlibat dalam mendefinisikan ajaran agama, seperti rincian zakat. Meskipun sikap netral ini mungkin menyebabkan ketidakpastian hukum ketika pembayar zakat keberatan interpretasi baru dari item perhitungan zakat, seperti pendapatan dari pekerjaan dan jasa kontemporer. Kontroversi seperti ini mungkin bisa diminimalisir ketika negara tidak membuat kewajiban ber-zakat.³⁰

Hal lain yang semestinya juga menjadi penting dalam peraturan perundang-undangan Zakat adalah mekanisme sistem pengendali organisasi. Pelaksanaan zakat sebagaimana menurut undang-undang adalah sebagai penjamin amanah agama semata. Hal tersebut sebagaimana termaktub dalam Pasal 8 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2011 tentang Pengelolaan Zakat bahwa unsur pertimbangan dan unsur pengawasan terdiri atas ulama, kaum cendekiawan, masyarakat, dan pemerintah serta adanya sanksi hukum terhadap pengelolaan zakat yang melakukan penyimpangan. Hal ini diyakini sebagai salah satu kelemahan sistem manajemen yang hanya diatur secara sederhana. Terlebih pada pasal sebelumnya, yakni Pasal 7 ayat (3) yang mana pelaksanaan pengelolaan zakat hanya dilaporkan dengan mekanisme singkat secara tertulis kepada Presiden melalui Menteri dan DPR RI tanpa ada lembaga yang mengaudit terlebih dahulu.³¹

Dalam menata birokrasi kelembagaan zakat, UU No. 23 Tahun 2011 juga dinilai oleh kalangan *civil society* telah mengerdilkan peran serta masyarakat dalam pengelolaan zakat, dan memberikan peran yang dominan pada birokrasi negara. Lembaga-lembaga Amil Zakat dalam UU tersebut diposisikan sebagai sub-ordinasi badan amil zakat yang dibentuk pemerintah. Padahal, selama ini pengelolaan zakat yang professional justru diawali oleh lembaga-lembaga zakat yang secara swadaya diinisiasi oleh masyarakat. Kenyataan inilah yang membuat kalangan *civil society* muslim melakukan pengujian terhadap UU tersebut ke Mahkamah Konstitusi. Melalui keputusan Nomor 86/PUU-X/2012 MK mengembalikan peran penting lembaga amil zakat swasta. Meskipun demikian, karena dalam UU No 23

³⁰ Alfitri, “The Law of Zakat...”, *Op.Cit.*, h. 55.

³¹ Mufidah, “Sistem Hirarki...”, *Op.Cit.*, h. 323-344.

Tahun 2011 tetap tidak mengandung *mandatory* zakat, pengelolaan zakat akan bernasib sama dengan UU sebelumnya.³²

Betapapun bila ditilik dari 'tujuan' pengelolaan zakat, undang-undang tersebut masih jauh dari cukup. Hal ini karena hakekat zakat, fungsi dan tujuan zakat tidak terdefiniskan secara menyeluruh. Demikian juga pengaturan zakat lebih ditekankan pada keberadaan lembaga amil dan tata cara administratif saja. Sementara pesan inti dari zakat sebagai kewajiban (*mandatory*) bagi masyarakat muslim yang mampu tidak tersentuh oleh UU ini. Dengan demikian, tujuan zakat untuk mengurangi kemiskinan dan mewujudkan kesejahteraan masyarakat tetap sulit dilakukan karena tidak maksimalnya pengumpulan zakat akibat tiadanya kewajiban dan sanksi secara hukum.

Dari fakta di lapangan, setelah lebih dari 7 tahun berlakunya undang-undang tentang zakat, nampaknya pasal 'pengurang biaya pajak' tidak bisa berjalan efektif. Diharapkan undang-undang pengelolaan zakat berubah menjadi undang-undang zakat dengan cakupan isi lebih substantif dan komperhensif, tidak hanya sekedar birokratisasi syariah.

D. UU tentang Penyelenggaraan Haji

Sejak gerakan reformasi digulirkan yang ditandai oleh berhentinya Presiden Soeharto dan beralihnya kekuasaan pemerintahan ke Presiden Habibie pada tahun 1999 hingga Presiden Susilo Bambang Yudhoyono (SBY) pada 2004-2014, terdapat tiga UU yang mengatur Perhajian. Dua UU tentang Penyelenggaraan Ibadah Haji yang kedua-duanya merupakan usul inisiatif DPR, dan satu UU tentang Pengelolaan Keuangan Haji yang berasal dari usul inisiatif Pemerintah.

Undang-Undang Nomor 17 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Ibadah Haji lahir atas dasar kebutuhan masyarakat akan perlunya aturan hukum yang kuat, jelas serta dapat mengatur dan melindungi kepentingan masyarakat yang akan menunaikan ibadah haji. Diharapkan penyelenggaraan haji dapat berlangsung dengan mudah, aman, tertib, dan nyaman. UU ini bermula dari Rancangan Undang-Undang (RUU) tentang Penyelenggaraan Ibadah Haji atas inisiatif DPR yang diajukan dan diputuskan menjadi UU, dan disahkan oleh Presiden Habibie pada tanggal 3 Mei 1999 sebagai UU Nomor 17 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Ibadah Haji.³³

³² Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 86/Puu-X/2012 Tanggal 28 Februari 2013.

³³ "Upaya Pembinaan Penyelenggaraan Haji (Saran dan Pertimbangan KPPU terhadap Kebijakan Penyelenggaraan Haji)," *Majalah Kompetisi*, Edisi 9 (2007), h. 22, <http://kppu.go.id>, diunduh tanggal 3 Desember 2016.

UU Nomor 17 Tahun 1999 adalah salah satu produk era reformasi, dan menjadi UU pertama yang dibentuk DPR bersama Presiden sejak Indonesia merdeka sebagai hukum positif yang mengatur masalah penyelenggaraan ibadah haji dan umrah. Setelah berlaku selama 9 (sembilan) tahun, UU No. 17 Tahun 1999 dinyatakan harus diganti karena sudah tidak sesuai lagi perkembangan kebutuhan masyarakat karena berbagai sebab, antara lain masih melekatnya tiga fungsi sekaligus pada Departemen Agama, yaitu sebagai fungsi regulator, operator, dan pengawas. Akhirnya UU No. 17 Tahun 1999 pun direvisi dan diganti dengan UU No. 13 Tahun 2008. Proses revisi UU No. 17 Tahun 1999, juga atas inisiatif DPR.

Pelaksanaan UU No. 13 Tahun 2008 tentang Penyelenggaraan Ibadah Haji sudah dianggap baik karena antara lain sudah memisahkan fungsi pengawasan penyelenggaraan ibadah haji kepada komisi khusus dengan mencantumkan secara eksplisit dalam Pasal 12 hingga Pasal 20 mengenai Komisi Pengawas Haji Indonesia (KPHI). Namun demikian, masalah-masalah teknis pemondokan, katering, transportasi, kesehatan yang dikeluhkan jamaah haji terus berulang setiap musim haji, karena dilaksanakan oleh kepanitiaan yang tidak profesional dan bersifat *ad hoc*. Kemudian masih menyatunya fungsi regulator dan operator pada penyelenggaraan haji.

Hal inilah yang mendorong DPR untuk menyusun Hak Angket terkait penyelenggaraan haji. Terkait dinamika Hak Angket Haji ini, Dadi Darmadi menyimpulkan sebagai sinyal DPR mulai memainkan peran sebagai pengawas Pemerintah:

*The hajj's governing body risks losing all of its power if it dithers over the case, but by maintaining the balance power in the government and in decision making, the majority members of the House, using their Hak Angket Haji, have cast a signal to their Muslim voters that they did monitor, evaluate and participate in decision making, however ambiguous and contradictory they are.*³⁴

Peran Pemerintah Indonesia dalam penyelenggaraan ibadah haji menjadi begitu penting karena pemerintah merupakan panitia penyelenggaraan ibadah haji itu sendiri. UU Nomor 13 Tahun 2008 masih menegaskan bahwa Pemerintah –dalam hal ini Kemenag– masih menjadi operator penyelenggaraan ibadah haji Indonesia. Hal itu tertuang jelas dalam Pasal 10 ayat (1) yang berbunyi:

³⁴ Dadi Darmadi, "Hak Angket Haji: Pilgrimage and the Cultural Politics of Hajj Organization in Contemporary Indonesia," *Studia Islamica*, Vol 10 No. 23, 2013, h. 460.

Pemerintah sebagai penyelenggara Ibadah Haji berkewajiban mengelola dan melaksanakan Penyelenggaraan Ibadah Haji. Dalam melaksanakan perannya sebagai penyelenggara ibadah haji, Pemerintah Indonesia bertugas untuk membentuk badan dan komisi yang bertugas dalam penyelenggaraan ibadah haji, membentuk Komisi Pengawas Haji Indonesia, mengatur dan merumuskan Biaya Penyelenggaraan Ibadah Haji, mengatur dan merumuskan pendaftaran jemaah haji serta jumlah kuota jemaah haji, melakukan pembinaan dan pelayanan kesehatan ibadah haji, mengatur dan mengelola keimigrasian, transportasi serta akomodasi dan terakhir mengatur mengenai penyelenggaraan ibadah haji khusus."

Dalam kaitan inilah, kemudian muncul gagasan terkait swastanisasi penyelenggaraan ibadah haji.³⁵ Melihat model di Mesir, penyelenggaraan haji ditangani sepenuhnya oleh pihak swasta. Menurut Pemerintah Mesir, pihak swasta mampu menyelenggarakan ibadah haji dengan sangat bagus. Dampaknya positif, karena pelayanannya sangat memuaskan.³⁶ Namun, Pemerintah melalui Kementerian Agama menolak tegas ide swastanisasi penyelenggaraan haji ini.

Merujuk pada data historis, Indonesia pernah punya pengalaman menunjuk swasta sebagai penyelenggara haji pada 1952. Saat itu sebagai penyelenggaranya adalah PT Pelayanan Arafat. Kemudian pada 1959 dilakukan oleh Yayasan Penyelenggara Haji Indonesia. Namun, keduanya bangkrut. Melihat hal itu, Pemerintah pun mengambil alih mulai 1985 hingga saat ini. Untuk swasta itu sendiri, saat ini diberi kesempatan menyelenggarakan haji khusus.

Wacana lahirnya Badan Haji Indonesia agar penyelenggaraan haji lebih baik dan transparan kembali mencuat pada Ijtima Ulama Komisi Fatwa MUI ke IV di Pondok Pesantren Cipasung, Tasikmalaya, Jawa Barat. Hal tersebut dilontarkan Ketua Umum Ikatan Persaudaraan Haji Indonesia (IPHI) H. Kurdi Mustofa. Menurut Kurdi, usulan Badan Haji Indonesia itu merupakan bagian dari sembilan rekomendasi pada Rapat Kerja Nasional (Rakernas) ke-10 Ikatan Persaudaraan Haji Indonesia (IPHI) pada 8-10 April di Solo.

Dalam rakernas itu, IPHI mendukung revisi UU No 13/2008 tentang Penyelenggaraan Ibadah Haji sebagai program legislasi nasional (prolegnas) di parlemen. Kurdi menilai operator dan regulator penyelenggaraan haji yang selama ini di bawah Kementerian Agama (Kemenag) tidak mencerminkan manajemen haji yang baik. Menurut Kurdi, IPHI mengusulkan pembentukan badan khusus

³⁵ Lihat juga Cecep Rukmana, "Swastanisasi Penyelenggaraan Haji Indonesia," *Republika*, Senin, 13 Juni 2005.

³⁶ <https://m.tempo.co/read/news/2012/04/12/173396661/pemerintah-tolak-swastanisasi-penyelenggaraan-haji>, diunduh 18 Desember 2016.

penyelenggara haji agar penyelenggaraan haji Indonesia lebih profesional. Adapun Kemenag, yang selama ini sebagai regulator merangkap eksekutor, akan fokus pada fungsinya sebagai regulator dan pembinaan umat.

Kurdi juga menepis anggapan pembentukan badan khusus penyelenggara haji akan menjadi proyek swastanisasi yang akan mengebiri peran Kemenag dan mematikan Kelompok Bimbingan Ibadah Haji (KBIH). Sebab IPHI mendorong agar revisi UU 13 tahun 2008 agar membentuk badan khusus penyelenggara haji yang bertanggung jawab kepada Presiden.³⁷

Hal-hal inilah yang mendorong perlunya revisi UU No. 13 Tahun 2008. Puncaknya adalah pada penyelenggaraan haji tahun 2011. Setelah melakukan pengawasan intensif dan menemukan berbagai kekurangan dalam penyelenggaraan haji, DPR menyatakan perlunya revisi UU Haji dan munculnya wacana badan khusus penyelenggara ibadah haji.

Revisi UU No. 13 Tahun 2008 pun masuk dalam daftar Prolegnas DPR 2012. Kemudian Komisi VIII DPR yang membidangi haji mengundang kelompok masyarakat, termasuk IPHI untuk memberikan pandangan dan pemikiran mengenai revisi UU Haji, dan segera menindaklanjuti dengan menyusun RUU tentang Pengelolaan Ibadah Haji dilengkapi dengan Naskah Akademisnya, serta meneruskannya ke Badan Legislasi (Baleg) DPR.

Pada Naskah Akademik tertanggal 8 Juni 2015 yang resmi dalam halaman website DPR RI,³⁸ disebutkan: Dalam praktiknya, Undang- Undang Nomor 13 Tahun 2008 belum menjawab tuntutan dan harapan masyarakat karena substansi dan cakupannya belum sepenuhnya dapat mempresentasikan terselenggaranya ibadah haji secara profesional, sehingga penyelenggaraan ibadah haji menjadi permasalahan kompleks yang dihadapi Pemerintah setiap tahun. Permasalahan-permasalahan yang dihadapi oleh Pemerintah dalam pelaksanaan penyelenggaraan ibadah haji antara lain:

- 1) pendaftaran, pembinaan, pelayanan, dan perlindungan/keamanan;
- 2) pemondokan, transportasi, dan catering (persoalan ini terjadi dari tahun ke tahun, tetapi tak kunjung ada solusi yang bersifat komprehensif);
- 3) daftar tunggu haji yang sangat lama/panjang;

³⁷ <http://www.iphi.web.id/2012/07/02/kembali-mencuat-wacana-pembentukan-badan-haji-indonesia/>, diunduh pada 18 Desember 2016.

³⁸ Naskah Akademik RUU Penyelenggaraan Haji dan Umrah. www.dpr.go.id, diunduh tanggal 18 Desember 2016.

4) kurangnya koordinasi antara petugas/panitia pelaksanaan ibadah haji di Arab Saudi.

Dalam UU Nomor 13 Tahun 2008 juga belum mengatur mengenai penyelenggaraan ibadah Umrah, padahal saat ini ibadah umrah menjadi semakin diminati oleh masyarakat yang beragama Islam seiring semakin panjangnya daftar tunggu haji. Pelaksanaan Umroh pun tidak luput dari permasalahan yang dihadapi oleh para calon jemaah Umroh. Selain itu, kelemahan lainnya dari UU ini adalah belum atau tidak terdapatnya ketentuan khusus yang mengatur mengenai persyaratan sebagai TPHD/TKHD, sehingga pelayanan yang diberikan terhadap jemaah haji oleh TPHD/TKHD belum maksimal.

Selanjutnya, hal yang mendorong agar Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2008 tentang Penyelenggaraan Ibadah Haji perlu diubah atau diganti adalah perlunya pendelegasian pengaturan ke dalam Peraturan Daerah terkait peran pemerintah daerah secara spesifik dalam mengurus transportasi jemaah haji (termasuk pengangkutan bagasi dan biaya porter). Hal ini juga akan terkait dengan biaya tambahan yang harus dikeluarkan, apakah dibebankan kepada jemaah haji atau pemerintah daerah untuk menanggung secara penuh biaya-biaya lainnya (transportasi, pengangkutan bagasi, dan biaya porter) di luar komponen BPIH.

Berdasarkan pertimbangan tersebut, DPR memandang perlu dilakukan penyempurnaan aturan dan perbaikan dalam praktik penyelenggaraannya. Dengan demikian, Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2008 tentang Penyelenggaraan Ibadah Haji sudah tidak sejalan dengan dinamika dan kebutuhan hukum sehingga perlu diganti agar penyelenggaraan Ibadah Haji dapat dilaksanakan dengan aman, nyaman, tertib, lancar, dan sesuai dengan syariah, serta menjunjung tinggi prinsip keadilan, transparansi, dan akuntabilitas publik untuk sebesar-besar kemanfaatan khususnya bagi jemaah haji dan warga negara pada umumnya.³⁹

Pada tahun 2014 dilakukan sejumlah perbaikan regulasi dan tata kelola haji antara lain: (1) Penetapan Undang-Undang Nomor 34 Tahun 2014 tentang Pengelolaan Keuangan Haji yang salah satu mandatnya adalah membentuk Badan Pengelola Keuangan Haji (BPKH) paling lambat September 2015.

³⁹ *Ibid.*

KESIMPULAN

Berdasarkan pembahasan di atas, dapat disimpulkan dua hal sebagai berikut: *Pertama*, Indonesia secara bertahap bisa menerima norma-norma syariah sebagai bagian integral dari hukum nasional. Penerimaan yang lebih luas terjadi dengan pengesahan UU yang terkait dengan zakat, wakaf dan haji. Kenyataan ini membantah teori kompatibilitasnya H. B. Hooker yang cenderung mirip dengan teori *receptie*-nya Snouck Hurgronje.

Kedua, penerimaan syariat Islam menjadi bagian integral dalam sistem hukum nasional masih menyisakan kelemahan, yaitu UU tentang zakat, wakaf, dan haji itu sendiri lebih menitikberatkan pada persoalan administratif-birokratif. Bahkan dalam perkara administrasi syariah tersebut, peran negara lebih ditonjolkan dalam bentuk badan atau lembaga yang dibentuk oleh pemerintah (non-struktural) dengan fungsi yang dominan baik sebagai regulator, pengawas, juga operator itu sendiri. Konsekuensi lebih lanjut, keberadaan UU tersebut tidak lebih dari sekedar birokratisasi-syari'ah. *Allahu a'lam*.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Abdillah, Masykuri, 2015, *Islam dan Demokrasi: Respons Intelektual Muslim Indonesia Terhadap Konsep Demokrasi 1966-1993*, Jakarta: Prenada.
- Effendy, Bahtiar, 1998, *Islam dan Negara: Transformasi Pemikiran dan Praktik Politik Islam di Indonesia*, Jakarta: Paramadina.
- Hooker, M. B., 2008, *Indonesian Syariah: Defining a National School of Islamic Law*, Singapore: ISEAS.
- Junaidi, 2009, *Positivisasi Hukum Islam Dalam Perspektif Pembangunan Hukum Nasional Indonesia di Era Reformasi*, Surakarta: Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret.
- Latif, Yudi, *Negara Paripurna: Historisitas, Rasionalitas, dan Aktualitas*. Jakarta: Gramedia, 2015.
- Lukito, Ratno, 1997, *Islamic Law And Adat Encounter: The Experience Of Indonesia*, Canada: Institute of Islamic Studies, McGill University.

Maarif, Ahmad Syafii, 1987, *Islam dan Masalah Kenegaraan: Studi Tentang Percaturan dalam Konstituante*, Jakarta: LP3ES.

Mahendra, Yusril Ihza, 1999, *Modernisme dan Fundamentalisme dalam Politik Islam*, Jakarta: Paramadina.

Sumitro, Warkum, 2005, *Perkembangan Hukum Islam di Tengah Kehidupan Sosial Politik di Indonesia*, Malang: Banyumedia Publishing.

Tim Peneliti Dit. Pendidikan dan Agama Bappenas, *Evaluasi Terpadu Pelaksanaan Pengelolaan dana Zakat tahun 2012*. Jakarta: Sekretariat Kementerian PPN/ Bappenas.

Jurnal/Makalah

Alfitri, 2006, "The Law of *Zakat* Management and Non-Governmental *Zakat* Collectors in Indonesia", *International Journal of Not-for-Profit Law*, Vol. 8, No. 2, January, h. 55-64.

Buehler, Michael, 2008, "The Rise Of Shari'a By-Laws In Indonesian Districts: An Indication For Changing Patterns Of Power Accumulation And Political Corruption." *South East Asia Research*, Vol. 16, No. 2, Special Issue: The State and Illegality in Indonesia, July, h. 255-285.

Darmadi, Dadi, 2013, "Hak Angket Haji: Pilgrimage and the Cultural Politics of Hajj Organization in Contemporary Indonesia", *Studia Islamika*, Vol. 10, No. 23, h. 443-466.

Fauzan, Pepen Irpan, dan Ahmad Khoirul Fata, 2018, "Model Penerapan Syariah dalam Negara Modern: Studi Kasus, Arab Saudi, Iran, Turki, dan Indonesia", *Al-Manahij*, Vol. XII, No 1, Juni, h. 51-70.

Jahar, Asep Saefudin, 2006, "The Clash of Muslims and the State: Waqf and Zakat in Post Independence Indonesia," *Studia Islamika*, Vol. 13, No. 3, h. 353-395.

Mahendra, Yusril Ihza, 2007, "Hukum Islam dan Pengaruhnya terhadap Hukum Nasional Indonesia", *Makalah disampaikan pada Seminar Nasional* di Fakultas Syariah UIN Syarif Hidayatullah Jakarta, 5 Desember .

Mufidah, 2016, "Sistem Hirarki Kelembagaan Badan Pengelola Zakat di Indonesia: Tinjauan Terhadap Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2011", *Jurnal Cita Hukum*, Vol.4 No.2, h. 323-344.

Mustofa dan Ahmad Khoirul Fata, 2015, "Zakat & Tax; From the Synergy to Optimization." *Al-Ulum*, Vol. 15, No. 1, h. 43-56.

Nurlelawati, Euis, 2007, "Change and Continuity: The Kompilasi and Indonesian Islamic Courts", *Studia Islamika*, Vol. 14, No.1, h. 87-112.

Salim, Arskal, 2006, "The Influential Legacy of Dutch Islamic Policy on The Formation Of Zakat (Alms) Law in Modern Indonesia," *Pacific Rim Law & Policy Journal*. Vol. 15 No. 3, h. 683-701.

Surat Kabar/Majalah

Fata, Ahmad Khoirul, 2017, "Gagasan Usang Sekularisasi." *Republika*, 31 Maret.

Rukmana, Cecep, 2005, "Swastanisasi Penyelenggaraan Haji Indonesia," *Republika*, Senin, 13 Juni.

Majalah Kompetisi, Edisi 9, 2007, diunduh dari <http://kppu.go.id>, diakses tanggal 3 Desember 2016.

Naskah Akademik RUU Penyelenggaraan Haji dan Umrah. www.dpr.go.id, diunduh tanggal 18 Desember 2016.

Putusan

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 86/PUU-X/2012 Tanggal 28 Pebruari 2013.

Internet

<https://m.tempo.co/read/news/2012/04/12/173396661/> pemerintah-tolak-swastanisasi-penyelenggaraan-haji, diunduh 18 Desember 2016.

<http://www.iphi.web.id/2012/07/02/kembali-mencuat-wacana-pembentukan-badan-haji-indonesia/>, diunduh 18 Desember 2016.

Aspek-Aspek Konstitusional Penodaan Agama Serta Pertanggungjawaban Pidananya di Indonesia

Constitutional Aspects of Blasphemy and Their Criminal Liability in Indonesia

Ajie Ramdan

Pusat Studi Kebijakan Kriminal Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran
Jl. Dipati Ukur No. 35 Bandung
E-mail: ajie.ramdan@unpad.ac.id

Naskah diterima: 06/04/2017 revisi: 14/01/2018 disetujui: 20/06/2018

Abstrak

Penodaan agama dalam konteks penafsiran konstitusi telah dijabarkan oleh Mahkamah Konstitusi (MK) dalam Putusan Nomor 140/PUU-VII/2009. UU Pencegahan Penodaan Agama tidak menentukan pembatasan kebebasan beragama, akan tetapi pembatasan untuk mengeluarkan perasaan atau melakukan perbuatan yang bersifat permusuhan, penyalahgunaan atau penodaan terhadap suatu agama serta pembatasan untuk melakukan penafsiran atau kegiatan yang menyimpang dari pokok-pokok ajaran agama yang dianut di Indonesia. Pembatasan-pembatasan tersebut hanya dapat dilakukan dengan Undang-Undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam masyarakat yang demokratis [vide Pasal 28] ayat (2) UUD 1945]. Tulisan ini akan menganalisis aspek-aspek konstitusionalitas penodaan agama serta pertanggungjawaban pidana dalam kasus yang dialami oleh Basuki Tjahaja Purnama. Karena pidatonya di kepulauan seribu memenuhi unsur-unsur tindak pidana dalam Pasal 156a KUHPidana berdasarkan Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Utara Nomor 1537/Pid.B/2016/PN.JktUtr. Konsep pertanggungjawaban pidana (*criminal liability /toerekeningvatsbaarheid*) atau sesungguhnya tidak hanya menyangkut soal hukum semata-mata, melainkan juga menyangkut soal nilai-nilai moral atau kesusilaan umum yang dianut

oleh suatu masyarakat atau kelompok-kelompok dalam masyarakat. Analisis pertanggungjawaban pidana dalam delik penodaan agama Islam dalam tulisan ini menggunakan teori pertanggungjawaban pidana, putusan MK Nomor 140/PUU-VII/2009, Putusan Pengadilan tentang Penodaan Agama dan perbandingan pertanggungjawaban pidana di Belanda dan Inggris.

Kata kunci: Pertanggungjawaban Pidana, Penodaan Agama, KUHP.

Abstract

Blasphemy in the context of interpretation of the constitution has been elaborated by the Constitutional Court (MK) in Decision Number 140/PUU-VII/2009. The Prevention of Blasphemy Law does not specify restrictions on religious freedom, but restrictions on issuing feelings or committing acts of hostility, abuse or desecration against a religion as well as restrictions on interpretation or activities that deviate from the principles of the teachings of the religion adopted in Indonesia. These restrictions can only be done by Law with the sole purpose of guaranteeing recognition and respect for the freedom of others and to fulfill just demands in accordance with moral considerations, religious values, security and public order in a democratic society. [vide Article 28] paragraph (2) of the 1945 Constitution]. This paper will analyze aspects of constitutionality of blasphemy and criminal liability in the case experienced by Basuki Tjahaja Purnama. Because his speech in the thousand islands fulfilled the elements of criminal acts in Article 156a of the Criminal Code based on the North Jakarta District Court Decision Number 1537/Pid.B/2016/PN.JktUtr. The concept of criminal liability (criminal liability/toerekeningvatsbaarheid) or actually does not only involve legal matters, but also concerns the general moral values or morality adopted by a society or groups in society. Analysis of criminal responsibility in the Islamic blasphemy offense in this paper uses the theory of criminal responsibility, Constitutional Court decision No. 140/PUU-VII/2009, Court Decision on Blasphemy and a comparison of criminal liability in the Netherlands and England.

Keyword: Criminal Liability, Blasphemy, The Criminal Code.

PENDAHULUAN

Konstitusi (*constitution*) merupakan suatu pengertian tentang seperangkat prinsip-prinsip nilai dan norma dasar yang mengatur mengenai apa dan bagaimana suatu sistem kekuasaan dilembagakan dan dijalankan untuk mencapai tujuan bersama dalam wadah organisasi.¹ Nilai dan norma dasar yang mengatur tentang Agama terdapat dalam Bab XI. Pasal 29 ayat (1) UUD 1945 menyebutkan Negara

¹ Jimly Asshiddiqie, *Gagasan Konstitusi Sosial*, Jakarta: LP3ES, 2015, h. 27.

berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa dan Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu terdapat dalam Pasal 29 ayat (2) UUD 1945. Oleh karena itu, apabila ada yang melakukan penodaan agama harus mendapatkan sanksi hukum yang tegas dari negara.

Setelah video pidato Basuki Tjahaja Purnama alias Ahok sebagai Gubernur DKI Jakarta di-*upload* oleh Buni Yani dan beredar di Media Sosial yang bersumber dari Humas Pemerintah Provinsi DKI Jakarta. Dalam kunjungan kerjanya di kepulauan Seribu ucapannya:²

"... Jadi jangan percaya sama orang, kan bisa saja dalam hati kecil Bapak-Ibu nggak bisa pilih saya ya kan? dibohongi pakai Surat Al-Maidah 51, macam-macam itu. Itu hak Bapak-Ibu ya. Jadi kalau Bapak-Ibu perasaan nggak bisa kepilih nih, karena saya takut masuk neraka karena dibodohin gitu ya, nggak apa-apa."

Sebagai Calon Gubernur petahana telah menimbulkan kegaduhan yang mengganggu ketertiban umum yaitu tersinggungnya Umat Islam. Hal tersebut dibuktikan dengan adanya laporan dugaan penodaan agama yang dilakukan oleh Ahok kepada polisi mulai tanggal 6 Oktober sampai 21 Oktober 2016. Laporan polisi pertama dilaporkan oleh Habib Novel Chaidir Hasan dan Gus Joy Setiawan pada tanggal 6 Oktober 2016. Kemudian, dilanjutkan oleh pelapor atas nama Muhammad Burhanuddin, Habib Muchsin Alatas, Willyuddin Abdul Rasyid Dhani, Syamsu Hilal, dan Pedri Kasman yang membuat laporan polisi pada 7 Oktober. Selanjutnya, laporan polisi pada tanggal 9 Oktober 2016 dilakukan atas nama pelapor Iman Sudirman. Lalu, ada pelapor atas nama Nandi Naksabandi dan Muchsin Alhabsy pada 10 Oktober. Pada 12 Oktober, ada laporan polisi atas nama pelapor Ibnu Baskoro dan 20 Oktober atas nama pelapor Aswar. Terakhir, pada 21 Oktober 2016 atas nama pelapor Irena Handono dan Muhammad Asroi Saputra.³ Pelaporan terhadap Ahok tersebut ada di beberapa Polda hingga berjumlah 11 laporan. Bareskrim kemudian menarik semua penanganan kasus itu ke Mabes Polri.⁴

Apabila melihat konstitusi Indonesia UUD 1945 sangat jelas jaminan kemerdekaan warga negara Indonesia untuk memeluk agamanya masing-masing

² <https://www.youtube.com/watch?v=bTAKjnCBUMw>, diunduh 28 Maret 2018.

³ <http://wartakota.tribunnews.com/2017/01/03/inilah-14-saksi-kunci-pelapor-penistaan-agama-yang-jadikan-ahok-terdakwa>, diunduh 28 Maret 2018.

⁴ <https://news.detik.com/berita/d-3338806/begini-perjalanan-kasus-dugaan-penistaan-agama-oleh-ahok-di-bareskrim>, diunduh 28 Maret 2018.

dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu. Oleh karena itu, ucapan Ahok sebagai Gubernur DKI Jakarta harus mendapatkan sanksi yang tegas dari negara.

Pasca laporan tersebut para pelapor meminta Fatwa Majelis Ulama Indonesia, pada tanggal 11 Oktober 2016 MUI mengeluarkan pendapat dan sikap keagamaan Majelis Ulama Indonesia menyatakan pernyataan Basuki Tjahaja Purnama tersebut dikategorikan: (1) menghina Al-Quran dan atau (2) menghina ulama yang memiliki konsekuensi hukum. Karena menyatakan bohong terhadap ulama yang menyampaikan dalil surah Al-Maidah ayat 51 tentang larangan menjadikan nonmuslim sebagai pemimpin adalah penghinaan terhadap ulama dan umat Islam. Salah satu rekomendasi MUI adalah aparat penegak hukum wajib menindak tegas setiap orang yang melakukan penodaan dan penistaan Al-Quran dan ajaran agama Islam serta penghinaan terhadap ulama dan umat Islam sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.⁵

Reaksi atas ucapan Ahok disambut demonstrasi besar oleh Umat Islam pada tanggal 14 Oktober 2016.⁶ Demonstrasi yang lebih besar dihadiri oleh umat Islam kurang lebih satu juta orang kemudian terjadi kembali pada tanggal 4 November 2016.⁷ Bareskrim POLRI mengadakan gelar perkara terbuka terbatas pada tanggal 15 November 2016 dengan mengundang Pelapor, Terlapor, Saksi dan Ahli. Keesokan harinya pada tanggal 16 November 2016 jam 10.00 pagi Bareskrim mengumumkan penetapan Tersangka calon Gubernur DKI Basuki Tjahaja Purnama sebagai tersangka penodaan agama.⁸ Demonstrasi lebih besar kemudian terjadi kembali pada hari Jum'at 2 Desember 2016 dengan tuntutan Polisi melakukan penahanan Tersangka penista agama calon Gubernur DKI Basuki Tjahaja Purnama.⁹ Saat ini Pengadilan Negeri Jakarta Utara telah memvonis Mantan Gubernur DKI Jakarta 2 tahun penjara. Ahok dinyatakan terbukti bersalah melakukan penodaan agama karena pernyataan soal Surat Al-Maidah 51 saat berkunjung ke Pulau Pramuka, Kepulauan Seribu. Tidak puas dengan putusan tersebut tanggal 2 Februari 2018 Ahok mengajukan PK ke Mahkamah Agung melalui pengacaranya.¹⁰ Pada tanggal 26 Maret 2018 Mahkamah Agung (MA) menolak peninjauan kembali (PK) yang

⁵ <http://berita.islamedia.id/2016/10/inilah-fatwa-lengkap-mui-ahok-terbukti-menghina-alquran-ulama.html>, diunduh 1 Februari 2017.

⁶ <https://metro.tempo.co/read/812293/jika-polisi-tak-tangkap-ahok-ini-ancaman-rizieq-fpi>, diunduh 28 Maret 2018

⁷ <http://www.republika.co.id/berita/nasional/umum/16/11/04/og4c9e361-komnas-ham-aksi-4-november-demo-paling-bermartabat>, diunduh 28 Maret 2018.

⁸ <https://nasional.kompas.com/read/2016/11/16/10083881/bareskrim.tetapkan.ahok.sebagai.tersangka.penistaan.agama>, diunduh 28 Maret 2018.

⁹ <https://news.detik.com/berita/d-3348460/gnpf-mui-gelar-aksi-2-desember-ini-tuntutannya>, diunduh 28 Maret 2018.

¹⁰ <https://megapolitan.kompas.com/read/2018/02/26/05491211/mengapa-ahok-ajukan-pk-atas-vonisnya>, diunduh 28 Maret 2018.

diajukan oleh Ahok. Pertimbangan PK itu ditolak karena semua alasannya tak dapat dibenarkan.¹¹

Kasus penodaan agama yang dilakukan oleh Ahok mendapatkan perhatian besar dari masyarakat Indonesia dan¹² pemberitaan internasional. Kasus penodaan agama merupakan hal yang sangat sensitif bagi masyarakat Indonesia. Artinya persoalan penodaan agama apapun harus mempunyai mekanisme pertanggungjawaban. Penulis bertujuan melakukan pengkajian terhadap konsep pertanggungjawaban pidana Ahok sebagai Terpidana penodaan agama dengan melakukan perbandingan kasus Tindak Pidana Penodaan Agama dalam perkara lainnya. Rumusan masalah yang diangkat oleh penulis adalah bagaimanakah pertanggungjawaban pidana Basuki Tjahaja Purnama atas pidatonya di kepulauan seribu? Bagaimanakah perbandingan pertanggungjawaban pidana Tindak Pidana Penodaan Agama dalam perkara lainnya?

PEMBAHASAN

Substansi penting dari UU No.1/PNPS/1965 adalah terletak pada Pasal I: "Setiap orang dilarang dengan sengaja di muka umum menceritakan, menganjurkan atau mengusahakan dukungan umum, untuk melakukan penafsiran tentang sesuatu agama yang dianut di Indonesia atau melakukan kegiatan-kegiatan keagamaan yang menyerupai kegiatan-kegiatan keagamaan dari agama itu, penafsiran dan kegiatan mana menyimpang dari pokok-pokok ajaran agama itu. Sedangkan Pasal 2 dan seterusnya merupakan pasal-pasal yang mengatur tentang aturan teknis pelaksanaan gagasan pokok Pasal 1.¹³ Putusan MK No. 140/PUU-VII/2009 telah diputuskan sebagai delik pidana yang tidak bertentangan dengan UUD 1945, dan karenanya masih bisa diterapkan dan menjerat siapapun yang diduga melakukannya. Putusan MK menyatakan UU No.1/PNPS/1965 konstitusional dimaksudkan agar negara memiliki legitimasi untuk membatasi terjadinya penodaan agama berdasarkan UU. Jika UU No.1/PNPS/1965 dinyatakan bertentangan dengan dengan UUD 1945, hal tersebut akan menimbulkan hilangnya jaminan perlindungan hukum dari pemerintah terhadap berbagai agama di tanah air. Apalagi, jika pencabutan UU tersebut dilakukan, seseorang atau sekelompok orang juga bisa bebas menodai ajaran agama tanpa terkena hukuman apa

¹¹ <https://megapolitan.kompas.com/read/2018/03/26/16581111/pk-ahok-ditolak-ma>, diunduh 28 Maret 2018.

¹² <https://news.detik.com/berita/d-3497449/sorotan-internasional-di-kasus-ahok-dari-dubes-inggris-sampai-pbb>, diunduh 28 Maret 2018.

¹³ Yayan Sopyan, "Menyoal Kebebasan Beragama dan Penodaan Agama Di Indonesia", *Jurnal Cita Hukum*, Volume 3, Nomor 2, Desember 2015, h. 103.

pun. Justru UU No.1/PNPS/1965 menjaga keharmonisan kehidupan antarumat beragama dari kemungkinan penodaan dan pelecehan agama.¹⁴ Dengan tetap berlakunya UU No.1/PNPS/1965, apabila terjadi Tindak Pidana Penodaan Agama, negara melalui aparat penegak hukum akan meminta pertanggungjawaban pidana terduga pelaku Tindak Pidana Penodaan Agama.

Dalam kamus Bahasa Indonesia, kata “pertanggungjawaban” bermakna “perbuatan bertanggung jawab” atau “sesuatu yang dipertanggungjawabkan”.¹⁵ Konsep *liability* atau pertanggungjawaban dilihat dari segi falsafah hukum, seorang Filosof besar dalam bidang hukum pada abad 20, Roscoe Pound, telah mengemukakan pendapatnya:¹⁶

“I use the simple word liability for the situation whereby one may exact legally and other is legally subjected to the exaction”

Bertitik tolak pada rumusan tentang pertanggungjawaban atau *liability* tersebut, Pound hendak membahasnya dari sudut sistematis, Pound lebih jauh telah menguraikan perkembangan konsepsi *liability*. Teori pertama, menurut Pound, bahwa *liability* diartikan sebagai suatu kewajiban untuk membayar pembalasan yang akan diterima pelaku dari seorang yang telah dirugikan. Sejalan dengan semakin efektifnya perlindungan undang-undang terhadap kepentingan masyarakat akan suatu kedamaian dan ketertiban, dan adanya keyakinan bahwa pembalasan sebagai suatu alat penangkal, maka pembayaran ganti-rugi bergeser kedudukannya, semula sebagai suatu hak istimewa kemudian menjadi suatu kewajiban. Ukuran ganti rugi tersebut tidak lagi dari nilai suatu pembalasan yang harus dibeli, melainkan dari sudut kerugian atau penderitaan yang ditimbulkan oleh perbuatan pelaku yang bersangkutan.¹⁷

Pertanggungjawaban pidana atau (*criminal liability/toerekeningvatsbaarheid*) atau sesungguhnya tidak hanya menyangkut soal hukum semata-mata, melainkan juga menyangkut soal nilai-nilai moral atau kesusilaan umum yang dianut oleh suatu masyarakat atau kelompok-kelompok dalam masyarakat. Sekalipun perkembangan masyarakat dan teknologi berkembang dengan pesatnya dan karena itu timbullah perkembangan pandangan atau persepsi masyarakat tentang nilai-nilai kesusilaan umum tadi. namun demikian inti dari nilai-nilai kesusilaan

¹⁴ Ahmad Jazuli, “Penyelesaian Konflik Penodaan Agama Dalam Perspektif Hukum Pidana di Indonesia”, *Jurnal De Jure*, Volume 17, Nomor 3, September 2017, h. 339.

¹⁵ *Kamus Bahasa Online*, <http://kamusbahasaonline.org>, diunduh 1 Februari 2017.

¹⁶ Romli Atmasasmita, *Perbandingan Hukum Pidana*, Bandung: Mandar Maju, 2000, h. 65-66.

¹⁷ *Ibid.*

umum tetap tidak berubah, terutama terhadap perbuatan-perbuatan seperti, pembunuhan, perkosaan, penganiayaan atau kejahatan terhadap jiwa dan badan serta kejahatan terhadap benda.¹⁸ Dalam pengertian hukum pidana dapat disebut ciri atau unsur kesalahan dalam arti yang luas, yaitu:¹⁹

1. *Dapatnya dipertanggungjawabkan pembuat.*
2. *Adanya kaitan psikis antara pembuat dan perbuatan, yaitu adanya sengaja atau kesalahan dalam arti sempit (culpa).*
3. *Tidak adanya dasar peniadaan pidana yang menghapus dapatnya dipertanggungjawabkan sesuatu kepada pembuat.*

Analisis dalam tulisan ini lebih menekankan pada konsep pertanggungjawaban pidana penodaan agama Islam berdasarkan Putusan No. 1537/Pid.B/2016/PN. Jkt Utr yang menyatakan terdakwa Basuki Tjahaja Purnama (Ahok) terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana melakukan penodaan agama, karena terdakwa telah menganggap Surat Al-Maidah adalah alat untuk membohongi umat atau masyarakat atau Surat Al-Maidah 51 sebagai sumber kebohongan dan dengan adanya anggapan demikian, maka menurut pengadilan, terdakwa telah merendahkan dan menghina Surat Al-Maidah ayat 51. Ahok dinyatakan oleh majelis hakim terbukti melanggar Pasal 156a KUHPidana, yakni secara sengaja di muka umum mengeluarkan perasaan atau melakukan perbuatan permusuhan, penyalahgunaan, atau penodaan terhadap suatu agama.²⁰ Putusan MK No. 140/PUU-VII/2009, Putusan No. 132 / Pid. B / 2013 / PN.Dps tentang penodaan agama Hindu dan Putusan No. 81/Pid.B/2015/PN Bna tentang penodaan agama Islam digunakan sebagai rujukan dan perbandingan pertanggungjawaban pidana di negara Belanda dan Inggris.

1. Perbuatan dan Rumusan Delik Penodaan Agama Menurut Putusan MK Nomor 140/PUU-VII/2009

Pertanyaan yang muncul dalam perkara No. 140/PUU-VII/2009, apakah ancaman pidana yang terkandung dalam Pasal 1 juncto Pasal 3 UU Pencegahan Penodaan Agama dan Pasal 156a huruf a dan huruf b pada KUHP yang ditambahkan oleh Pasal 4 UU Pencegahan Penodaan Agama yang memberikan ancaman pidana 5 tahun adalah bentuk kriminalisasi terhadap kebebasan berpikir, berpendapat, dan berekspresi dalam persoalan agama

¹⁸ *Ibid.*, h. 67.

¹⁹ Andi Hamzah, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Jakarta: PT Rineka Cipta, 1994, h. 130.

²⁰ <https://news.detik.com/berita/d-3496185/ahok-divonis-2-tahun-penjara>, diunduh 28 Maret 2017.

dan kepercayaan? Pertanyaan ini muncul karena pemidanaan atas dasar penyalahgunaan atau penodaan agama sangat sulit pembuktiannya, sehingga dapat digunakan oleh rezim yang berkuasa untuk melakukan kriminalisasi terhadap minoritas agama lainnya sehingga bertentangan dengan prinsip negara hukum.

Oemar Seno Adji memaparkan tiga pandangan tentang pentingnya perlindungan agama:²¹

1. *Friedensschutz theory*, memandang “*der religiosce interkon fessionelle Feriede*” sebagai kepentingan hukum yang harus dilindungi;
2. *Gefühlsschutz-theorie* yang hendak melindungi rasa keamanan sebagai “*dasheiligste Innenleben der Gesamtheit*”, seperti dikemukakan oleh *Binding*, dan
3. *Religionsschutz-theori*, dikemukakan oleh *Kohler* dan *Kahl*, yang melihat agama sebagai kepentingan hukum yang harus diamankan oleh negara berdasarkan “*das Kulturgut der Religion und der ungeheuren Idealismus, der aus ihr fürreine grösse Menge von Menschen hervorgeht.*”

Indonesia sendiri dengan pengaturan kejahatan terhadap agama lebih cenderung menerapkan *Religionsschutz-theori*. Karena tujuan pengaturan UU No. 1/PNPS/1965 untuk mengamankan kepentingan hukum atas agama yang dianut di Indonesia. Oemar Seno Adji²² dapat dianggap sebagai ahli hukum yang paling bertanggung jawab atas masuknya delik agama dalam KUHP. Dasar yang digunakan untuk memasukkan delik agama dalam KUHP adalah sila Ketuhanan Yang Maha Esa sebagai *causa prima* negara Pancasila dan di dalam Pasal 29 UUD 1945 juga menyebutkan bahwa negara berdasar Ketuhanan Yang Maha Esa. Karena itu, kalau ada orang yang mengejek dan melakukan penodaan terhadap Tuhan yang disembah, maka tidak dapat dibiarkan tanpa pemidanaan. Atas dasar itu, dengan melihat Ketuhanan Yang Maha Esa sebagai titik sentral dari kehidupan kenegaraan, maka delik *Godslastering* sebagai penodaan agama (*blasphemy*) menjadi prioritas dalam delik agama.

Menurut Mudzakkir dalam penyampaian keterangan Ahli perkara di atas menyatakan bahwa:²³

²¹ Hwian Christianto, “Arti Penting UU No. 1/PNPS/1965 Bagi Kebebasan Beragama”, *Jurnal Yudisial*, Volume 6, Nomor 1, April 2013, h. 4.

²² Ahmad Jazuli, *Op.Cit.*, h. 336.

²³ Keterangan Ahli Mudzakkir dalam perkara No. 140/PUU-VII/2009.

Ketentuan Pasal 4 UU Pencegahan Penodaan Agama adalah bentuk amandemen KUHP, yakni menambah Pasal 156a. Norma hukum pidana dalam Pasal 156a pada huruf a adalah norma hukum yang menentukan sanksi bagi perbuatan jahat, yang sifat jahatnya melekat pada perbuatan yang dilarang, sedangkan sifat kriminalnya muncul karena memang perbuatan itu adalah jahat. Adapun sifat jahatnya itu adalah permusuhan, penyalahgunaan dan penodaan terhadap agama.

Untuk dapat menghukum seseorang sekaligus memenuhi tuntutan keadilan dan kemanusiaan, harus ada suatu perbuatan yang bertentangan dengan hukum dan yang dapat dipersalahkan kepada pelakunya. Tambahan pada syarat-syarat ini adalah pelaku yang bersangkutan harus merupakan seseorang yang dapat dimintai pertanggungjawaban (*toerekeningsvatbaar*) atau *schuldfig*. Syarat-syarat umum tindak pidana yaitu sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*), kesalahan (*schuld*) dan kemampuan bertanggungjawab menurut hukum pidana (*toerekeningsvatbaarheid*).²⁴

Selain itu menurut Andi Hamzah dalam keterangan ahli perkara diatas menyatakan bahwa:²⁵

Rumusan delik penodaan agama harus sesuai dengan asas legalitas, nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali, harus ada ketentuan peraturan perundang-undangan sebelum adanya perbuatan pidana. Seseorang baru dapat dijatuhi pidana apabila ada Undang-Undang yang melarang perbuatan pidana tersebut terlebih dahulu, delik-delik umum di semua negara. Artinya, delik tersebut bersifat netral, misalnya pencurian, tetapi ada delik yang tidak netral, yaitu: delik agama dan delik kesusilaan, misalnya tentang penodaan agama dan pornografi. Di Cina orang bebas menghujat agama. Dalam KUHP Belanda yang baru mengatur juga tentang penodaan agama, dan delik ideologi, karena berada dalam alam pikiran.

MK dalam putusannya halaman 287 bagian [3.51] menyatakan UU Pencegahan Penodaan Agama tidak melarang seseorang untuk melakukan penafsiran terhadap suatu ajaran agama ataupun melakukan kegiatan keagamaan yang menyerupai suatu agama yang dianut di Indonesia secara

²⁴ Jan Rammelink, *Hukum Pidana Komentar atas Pasal Terpenting dari KUHP Belanda dan Padanannya Dalam KUHP Indonesia*, Jakarta: Gramedia, 2003, h.85-86.

²⁵ Keterangan Andi Hamzah dalam perkara No. 140/PUU-VII/2009.

sendiri-sendiri. Yang dilarang adalah dengan sengaja di muka umum menceritakan, menganjurkan atau mengusahakan dukungan umum, untuk melakukan penafsiran tentang sesuatu agama yang dianut di Indonesia atau melakukan kegiatan keagamaan yang menyerupai kegiatan keagamaan dari agama itu, penafsiran dan kegiatan mana menyimpang dari pokok-pokok ajaran agama itu.

Untuk membuktikan terdapat *actus reus* dan *mens rea* dalam tindak pidana yang mengacu pada Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1/PNPS/1965, khususnya terkait dengan unsur penafsiran dan kegiatan yang menyimpang dari pokok-pokok ajaran agama, hakim harus meminta keterangan ahli agama dari pihak ulama dan/atau Kementerian Agama yang memiliki kecenderungan pada kelompok keagamaan tertentu. Dalam hal ini diperlukan keterangan ahli agama yang berasal dari kelompok keagamaan.²⁶ Menurut Pasal 186 Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP) menyatakan bahwa keterangan seorang saksi ahli adalah apa yang seorang ahli nyatakan dalam sidang pengadilan.

2. Analisis Putusan Ahok No. 1537/Pid.B/2016/PN. Jkt Utr

a. Kesalahan dan Pertanggungjawaban Pidana

Asas dalam pertanggungjawaban pidana ialah tidak dipidana jika tidak ada kesalahan (*Geen straf zonder schuld; Actus non facit reum nisi mens sit res*). Orang yang tidak dapat dipersalahkan melanggar suatu perbuatan pidana tidak mungkin dikenakan pidana. Kesalahan adalah adanya keadaan psikis yang tertentu pada orang yang melakukan perbuatan pidana dan adanya hubungan antara keadaan tersebut dengan perbuatan yang dilakukan yang sedemikian rupa, sehingga orang itu dapat dicela karena melakukan perbuatan tadi.²⁷ Penetapan mampu atau tidaknya seseorang dimintai pertanggungjawaban, menurut Jan Rummelink akan sangat tergantung pada situasi dan kondisi sosial yang ada termasuk sifat dan konteks dari tindak pidana yang secara konkret dilakukan. Keberadaan kemampuan bertanggung jawab sebagai landasan pencelaan bersalah. Ketiadaan kemampuan ini sebagai varian dari tiadanya kesalahan (*afwezigheid van alle schuldlatas*), yakni *overmacht* psikis

²⁶ Mien Rukmini, *Perlindungan HAM Melalui Asas Praduga Tidak Bersalah dan Asas Persamaan Kedudukan Dalam Hukum Pada Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, Bandung: Alumni, 2007, h. 137.

²⁷ Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Jakarta: Rineka Cipta, 2002, h.153-158

yang disebabkan oleh penyakit jiwa. Di dalam masyarakat kita tidak ditemukan satu kelompok manusia yang tergolong tidak mampu dimintai pertanggungjawaban, yang dapat dipertentangkan dengan kelompok lain yang mampu dimintai pertanggungjawaban. Bahkan mereka yang sakit jiwa pun pada dasarnya mampu dimintai pertanggungjawaban.²⁸ Unsur kemampuan bertanggung jawab dapat disamakan keadaannya dengan unsur sifat melawan hukum. Keduanya merupakan syarat mutlak, yang satu bagi dilarangnya perbuatan (adanya sifat melawan hukum) dan yang lain bagi adanya kesalahan.²⁹

Ucapan Basuki Tjahaja Purnama alias Ahok sebagai Gubernur DKI Jakarta dalam kunjungan kerjanya di kepulauan Seribu telah menimbulkan kegaduhan dan keresahan bagi umat Islam di Indonesia yang mengganggu Ketertiban Umum yaitu tersinggungnya Umat Islam wabil khusus lagi Para Ulama yang mengajarkan Al-Qur'an kepada umat Islam.³⁰ Apakah ucapan tersebut dapat dipertanggungjawabkan secara pidana?³¹ Dakwaan yang dibuat oleh jaksa penuntut umum adalah dakwaan alternatif. Dalam hal ini masing-masing dakwaan tersebut saling mengecualikan satu sama lain. Ucapan Ahok sebagai Gubernur DKI Jakarta dalam kunjungan kerjanya di kepulauan Seribu lebih memenuhi rumusan delik Pasal 156a KUHP berdasarkan Putusan Nomor 1537/Pid.B/2016/PN.Jkt Utr untuk dipertanggungjawabkan. Pasal 156a terdapat dalam Bab V tentang Kejahatan terhadap Ketertiban Umum yang berbunyi sebagai berikut:

"Dipidana dengan pidana penjara selama-lamanya 5 tahun barang siapa dengan sengaja di muka umum mengeluarkan perasaan atau melakukan perbuatan:

- a. Yang pada pokoknya bersifat permusuhan, penyalahgunaan atau penodaan terhadap suatu agama yang dianut di Indonesia;*
- b. Dengan maksud agar supaya orang tidak menganut agama apapun juga yang bersendikan Ketuhanan Yang Maha Esa."*

²⁸ Jan Rammelink, *Op.Cit.*, h. 191.

²⁹ Moeljatno, *Op.Cit.*, h. 168.

³⁰ <http://www.bbc.com/indonesia/indonesia-37996601>, diunduh 28 Maret 2018.

³¹ Andi Hamzah, *Hukum Acara Pidana*, Jakarta: Sinar Grafika, 2004, h.181.

Ucapan Ahok adalah bentuk perasaan yang menjadi kontroversi terkait penyebutan surat Al Maidah 51 dilakukan saat berkunjung ke Kepulauan Seribu dalam sosialisasi program pengembangan perikanan oleh warga. Perasaan tersebut disampaikan dengan sengaja di muka umum. Perasaan yang diungkapkan oleh Ahok dianggap penghinaan atau penodaan agama Islam yaitu terhadap Al-Qur'an dan Ulama menurut pendapat dan sikap keagamaan Majelis Ulama Indonesia pada tanggal 11 Oktober 2016. Majelis hakim dalam persidangan meminta keterangan Majelis Ulama Indonesia. Majelis Hakim dalam pertimbangannya sependapat dengan pendapat dan sikap keagamaan Majelis Ulama Indonesia. Ungkapan perasaan tersebut mendapatkan vonis 2 tahun penjara. Ahok dinyatakan terbukti bersalah melakukan penodaan agama karena pernyataan soal Surat Al-Maidah 51 saat berkunjung ke Pulau Pramuka, Kepulauan Seribu.

Majelis hakim dalam pertimbangannya menyatakan penodaan agama dengan penyebutan Surat Al-Maidah dalam sambutan Ahok saat bertemu dengan warga di Tempat Pelelangan Ikan (TPI) Pulau Pramuka, Kepulauan Seribu. Kalimat Ahok yang dinyatakan menodai agama adalah:

"Jadi jangan percaya sama orang, kan bisa saja dalam hati kecil Bapak-Ibu nggak bisa pilih saya ya kan? dibohongi pakai Surat Al-Maidah 51, macam-macam itu. Itu hak Bapak-Ibu ya. Jadi kalau Bapak-Ibu perasaan nggak bisa kepilih nih, karena saya takut masuk neraka karena dibodohin gitu ya, nggak apa-apa."

Terdakwa telah menganggap Surat Al-Maidah adalah alat untuk membohongi umat atau masyarakat atau Surat Al-Maidah 51 sebagai sumber kebohongan dan dengan adanya anggapan demikian, maka menurut pengadilan, terdakwa telah merendahkan dan menghina Surat Al-Maidah ayat 51. Majelis hakim menyebut Ahok sengaja memasukkan kalimat terkait dengan pemilihan gubernur. Hal ini mengandung makna yang negatif menurut hakim dalam putusannya.

Majelis hakim menyatakan kesalahan yang dilakukan oleh Ahok adalah menyampaikan pendapatnya tentang Al-Qur'an surat Al-Maidah ayat 51 di depan umum yang dianggap penghinaan atau penodaan agama Islam yaitu terhadap Al-Qur'an dan Ulama. Ungkapan pendapat tersebut dianggap melawan hukum karena perbuatan tersebut dilarang

Pasal 156a KUHPidana. Dengan merujuk kemampuan bertanggung jawab yang diungkapkan oleh Jan Rammelink bahwa Penetapan mampu atau tidaknya seseorang dimintai pertanggungjawaban, akan sangat tergantung pada situasi dan kondisi sosial yang ada termasuk sifat dan konteks dari tindak pidana yang secara konkret dilakukan. Situasi dan kondisi sosial yang terjadi setelah Ahok mengucapkan pendapatnya tentang Al-Qur'an surat Al-Maidah ayat 51 adalah gejala yang menimbulkan kegaduhan dan keresahan bagi umat Islam di Indonesia yang mengganggu Ketertiban Umum yaitu tersinggungnya Umat Islam wabil khusus lagi Para Ulama yang mengajarkan Al-Qur'an kepada umat Islam. Putusan Majelis Hakim No. 1537/Pid.B/2016/PN. Jkt Utr sudah sesuai dengan Putusan MK No. 140/PUU-VII/2009 bahwa untuk membuktikan terdapat *actus reus* dan *mens rea* dalam tindak pidana yang mengacu pada Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1/PNPS/1965, hakim harus meminta keterangan ahli agama dari pihak ulama dan/atau Kementerian Agama yang memiliki kecenderungan pada kelompok keagamaan tertentu.

b. Kesengajaan

Dalam *Memorie van Toelichting* (MvT) Menteri Kehakiman sewaktu mengajukan *Crimineel Wetboek* tahun 1881 yang menjadi Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia tahun 1915, dimuat antara lain bahwa kesengajaan itu adalah dengan sadar berkehendak untuk melakukan suatu kejahatan tertentu (*de bewuste richting van den wil op een bepaald misdrijf*). Mengenai MvT tersebut, Satochid Kartanegara mengutarakan bahwa yang dimaksud dengan *opzet willens en weten* (dikehendaki dan diketahui) adalah:³²

“Seseorang yang melakukan suatu perbuatan dengan sengaja harus menghendaki (willen) perbuatan itu serta harus menginsafi atau mengerti akan akibat dari perbuatan itu.”

Beberapa pakar merumuskan *de will* sebagai keinginan, kemauan, atau kehendak. Dengan demikian, perbuatan merupakan pelaksanaan dari kehendak. Kehendak (*de will*) dapat ditujukan terhadap:

- a) Perbuatan yang dilarang
- b) Akibat yang dilarang

³² Leden Marpaung, *Asas Teori Praktik Hukum Pidana*, Jakarta: Sinar Grafika, 2012, h.13.

Terdapat dua teori kesengajaan dalam hukum pidana, yaitu teori kehendak dan teori pengetahuan. Teori kehendak kesengajaan adalah kehendak yang diarahkan pada terwujudnya perbuatan seperti dirumuskan dalam *wet (de op verwerklijking der wettelijke omschrijving gerichte wil)*, sedangkan menurut yang lain, kesengajaan adalah kehendak untuk berbuat dengan mengetahui unsur-unsur yang diperlukan menurut rumusan *wet (de wil tot handelen bij voorstelling van de tot de wettelijke omschrijving behorende bestandelen)*.³³

Ucapan Basuki Tjahaja Purnama alias Ahok sebagai Gubernur DKI Jakarta dalam sambutannya adalah bentuk perasaan atau pendapat yang dikeluarkan dengan sengaja dihadapan umum dalam acara di kepulauan seribu. Sesuai dengan teori kesengajaan diterima sebagai pengetahuan. Dengan menganut teori ini dapat menempuh dua jalan yaitu membuktikan adanya hubungan kausal dalam batin terdakwa antara motif dan tujuan, atau pembuktian adanya penginsyafan atau pengertian terhadap apa yang dilakukan beserta akibat dan keadaan-keadaan yang menyertainya. Oleh karena itu, seharusnya Ahok harus menginsyafi terhadap ucapan perasaannya yang akan menodai agama Islam beserta akibat dan keadaan-keadaan yang menyertainya. Hal ini terbukti dengan adanya demonstrasi besar umat Islam untuk menuntut keadilan Ahok sebagai penista agama pada tanggal 14 Oktober , 4 November, dan 2 Desember 2016.

c. Kemampuan Bertanggung jawab

Menurut Van Hamel, kemampuan untuk bertanggung jawab (secara hukum) adalah suatu kondisi kematangan dan kenormalan psikis yang mencakup tiga kemampuan lainnya, yakni memahami arah tujuan faktual dari tindakan sendiri, kesadaran bahwa tindakan tersebut secara sosial dilarang, adanya kehendak bebas berkenaan dengan tindakan tersebut.³⁴ Menurut Moeljatno dari ucapan para sarjana bahwa untuk adanya kemampuan bertanggung jawab harus ada:³⁵ Kemampuan untuk membedakan antara perbuatan yang baik dan yang buruk, yang sesuai hukum dan yang melawan hukum dan kemampuan untuk menentukan

³³ Moeljatno, *Op.Cit.*, h. 116.

³⁴ Jan Rammelink, *Op.Cit.*, h. 213.

³⁵ Moeljatno, *Op.Cit.*, h. 165.

kehendaknya menurut keinsyafan tentang baik dan buruknya perbuatan tadi.

Menurut Moeljatno³⁶ pertama merupakan faktor akal (*intellectual factor*) yaitu dapat membedakan antara perbuatan yang diperbolehkan dan yang tidak. Kedua adalah faktor perasaan atau kehendak (*volitional factor*) yaitu dapat menyesuaikan tingkah lakunya dengan keinsyafan atas nama yang dibolehkan dan mana yang tidak. Sebagai konsekuensinya maka tentunya orang yang tidak mampu menentukan kehendaknya menurut keinsyafan tentang baik dan buruknya perbuatan tadi, dia tidak mempunyai kesalahan kalau melakukan perbuatan pidana. Orang yang demikian itu tidak dapat dipertanggungjawabkan. Menurut Pasal 44 KUHP ketidakmampuan tersebut harus disebabkan karena alat-alat batinnya sakit atau cacat dalam tubuhnya.³⁷

Menurut Moeljatno unsur kemampuan bertanggung jawab ini dapat disamakan keadaannya dengan unsur sifat melawan hukum. Sebab, keduanya merupakan syarat mutlak, yang satu bagi dilarangnya perbuatan (adanya sifat melawan hukum), dan yang lain bagi adanya kesalahan. Berhubung dengan keduanya itu, dalam KUHP ada alasan penghapusan pidana yaitu dalam pasal 49, 50 dan 51 (alasan pembenar) dan dalam Pasal 44 (tak mampu bertanggung jawab).³⁸ Ahok tidak mempunyai kompetensi dan bukan pada tempatnya berbicara Al-Qur'an surat Al-Maidah ayat 51 pada acara di kepulauan seribu. Karena Ahok bukan seorang muslim apalagi ulama. Ahok menyadari apa yang diucapkannya akan menyinggung umat Islam dan khususnya ulama yang mengajarkan Al-Qur'an. Situasi dan kondisi sosial yang terjadi setelah Ahok mengucapkan pendapatnya tentang Al-Qur'an surat Al-Maidah ayat 51 adalah gejala yang menimbulkan kegaduhan dan keresahan bagi umat Islam di Indonesia yang mengganggu Ketertiban Umum yaitu tersinggungnya Umat Islam wabillkhusus lagi Para Ulama yang mengajarkan Al-Qur'an kepada umat Islam. Ahok sudah tentu memiliki kemampuan untuk membedakan antara perbuatan yang baik dan yang buruk dan juga memiliki kemampuan untuk menentukan kehendaknya menurut keinsyafan tentang baik dan

³⁶ *Ibid.*, h. 168.

³⁷ *Ibid.*, h.168.

³⁸ *Ibid.*

buruknya perbuatan tadi, sudah tentu batinnya pun juga normal. Dengan mampunya Ahok bertanggung jawab, unsur kesalahan dan unsur melawan hukum sudah dianggap ada. Alasan penghapusan pidana yaitu dalam pasal 49, 50 dan 51 KUHPidana (alasan pembenar) dan dalam Pasal 44 KUHP (tak mampu bertanggungjawab) tidak dapat digunakan untuk menghapus pidana yang akan dijatuhkan kepada Ahok. Hal ini memperkuat dengan ditolaknya Peninjauan Kembali Ahok oleh Mahkamah Agung. Meskipun Novum yang diajukan adalah Putusan pemidanaan terhadap Buni Yani. Karena Buni Yani terbukti menyebarkan potongan video pidato ahok di kepulauan seribu.

3. Putusan Pengadilan tentang Penodaan Agama

Putusan Nomor 132/Pid. B/2013/PN.Dps

Pada hari Sabtu tanggal 25 Agustus 2012 sekitar pukul 15.30 Wita Rusgiani als Yohana pernah datang ke rumah Ni Ketut Surati di Jalan Puri Gading II Gang Tresna Asih No. 101, Lingkungan Buana Gubug, Kelurahan Jimbaran, Kec. Kuta Selatan, kab. Badung dan menyampaikan “Tuhan tidak bisa datang ke rumah ini karena canang itu jijik dan kotor” tetapi terdakwa menyampaikan; “menurut keyakinan terdakwa bahwa canang adalah kenajisan bagi Tuhan sehingga menghambat kehadiran Tuhan untuk datang dan itu adalah suatu kejjijakan bagi Tuhan”.

Majelis Hakim dalam pertimbangannya menyatakan apa yang dikatakan terdakwa merupakan suatu penghinaan atau penodaan terhadap Agama, karena menurut saksi pemuka agama I Nyoman Kenak sebagai Ketua KHDI Denpasar, menurut Kitab atau Lontar Empu Lutuk yang dimaksud Canang adalah wujud dari perwakilan kita untuk menghadap kepada Tuhan Yang Maha Esa (Ida Sang Hyang Widhi Wasa) sebagai tanda bakti kita dengan pikiran suci, jadi pada intinya Canang adalah perwujudan atau sarana bagi Angga Sarira (diri kita sendiri) untuk menghadap kepada Tuhan, sedangkan arti Canang bagi Umat Hindu adalah merupakan inti dari sarana upakara (persembahan) kepada Tuhan Yang Maha Esa.

Menurut keterangan saksi I Nyoman Kenak selaku Ketua PHDI (Persatuan Hindu Dharma Indonesia) Cabang Denpasar dan juga merangkap Sekretaris PHDI Bali, dimana menurut saksi baik itu kata-kata yang diucapkan oleh terdakwa versi saksi Ni Nengah Suliati maupun kata-kata yang diucapkan

oleh terdakwa versi terdakwa sendiri adalah tetap perkataan tersebut dapat menyinggung perasaan Umat Hindu dan dapat mengganggu keharmonisan atau kerukunan antar umat beragama dan menurut saksi perbuatan Terdakwa tersebut telah menodai Agama Hindu.

Pengadilan berpendapat bahwa perbuatan terdakwa telah memenuhi rumusan delik yang didakwakan yaitu pasal 156 huruf a KUHP. Berdasarkan Pasal 44 KUHP terdakwa ternyata tidak kehilangan akal sehatnya, dalam persidangan terdakwa mampu berdialog dan mampu menjawab semua pertanyaan yang diajukan kepadanya dengan baik. Terdakwa RUSGIANI ALS YOHANA terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana “dengan sengaja dimuka umum mengeluarkan perasaan atau melakukan perbuatan yang pada pokoknya bersifat permusuhan, penyalahgunaan atau penodaan terhadap suatu Agama Hindu“. Terdakwa mendapatkan hukuman pidana penjara selama 1 (satu) tahun dan 2 (dua) bulan.

Putusan Nomor : 81/Pid.B/2015/PN Bna

M. Althaf Mauliyul Islam Bin Fuad Mardatillah pada hari dan tanggal yang tidak dapat dipastikan yaitu sekira bulan Oktober tahun 2014 sampai bulan Januari tahun 2015 atau setidaknya-tidaknya pada suatu waktu di dalam tahun 2014 dan tahun 2015 bertempat di kantor DPD Gafatar Aceh tepatnya di Desa Lamgapan Kecamatan Krueng Barona Jaya Kabupaten Aceh Besar. Dengan sengaja dimuka umum mengeluarkan perasaan atau melakukan perbuatan yang pada pokoknya bersifat permusuhan, penyalahgunaan atau penodaan agama yang dianut di Indonesia, perbuatan tersebut dilakukan terdakwa dengan cara terdakwa bergabung dengan GAFATAR adalah untuk turut berpartisipasi dan menjadi partisipan dalam melaksanakan aksi-aksi GAFATAR termasuk menyampaikan visi misi Millata Abraham karena di dalam GAFATAR tetap menggunakan paham Millata Abraham. Mempelajari isi kitab Alquran dan injil, kemudian isi Alquran dan injil tersebut kami terapkan di dalam kehidupan sehari-hari sedangkan mengerjakan sholat di aliran Millata Abraham tidak dibahas, hal tersebut diserahkan kepada keyakinan masing-masing (boleh dilaksanakan dan juga boleh tidak dilaksanakan).

Dalam praktik dan doktrin *Memorie van Toelichting* yang diikuti selama ini, ‘kesengajaan’ dalam konteks perbuatan pidana telah diartikan sebagai melakukan suatu tindakan atau perbuatan yang terlarang secara

dikehendaki dan diketahui (*willens en wetens*). Ketentuan perbuatan-perbuatan di dalam delik Pasal 156a huruf a KUHP juga bersifat alternatif, yaitu: mengeluarkan perasaan atau melakukan perbuatan yang bersifat permusuhan, penyalahgunaan atau mengeluarkan perasaan atau melakukan perbuatan yang bersifat penodaan, terhadap suatu agama yang dianut di Indonesia, yaitu : Budha, Hindu, Islam, Kristen Protestan, Katolik dan Kong Chu (Confusius).

Terdakwa pernah bergabung dan menjadi pengikut Komunitas Millata Abraham (Komar) di Propinsi Aceh sejak tahun 2010 sampai dengan tahun 2011. Berdasarkan Keputusan Bersama Walikota Banda Aceh, Kepala Kejaksaan Negeri Banda Aceh, dan Kepala Kantor Kementerian Agama Kota Banda Aceh Nomor : 114 Tahun 2011, Nomor: KEP-515/N.1.10/DSP.5/03/2011, Nomor: 19 Tahun 2011, tanggal 30 Maret 2011 Tentang Pelarangan Kegiatan Ajaran Millata Abraham di Wilayah Kota Banda Aceh yang kemudian ditindaklanjuti dengan Keputusan Bersama Gubernur Aceh, Panglima Komando Daerah Militer Iskandar Muda, Kepala Kepolisian Daerah Aceh, Kepala Kejaksaan Tinggi Aceh, Kepala Kantor Wilayah Kementerian Agama Aceh, Nomor 450.1/165/2011, Nomor: KEP/216/IV/2011, Nomor KEP/65/IV/2011, Nomor KEP-073/N.1/Dsp.5/04/2011, Nomor KW.01.1/4/HM.00.1/766/2011 tanggal 6 April 2011 tentang Larangan Kegiatan Aliran Millata Abraham di Aceh, maka terhadap penganut, anggota dan/pengurus Komunitas Millata Abraham di Provinsi Aceh telah diberikan peringatan dan perintah untuk menghentikan penyebaran, penafsiran dan kegiatan yang menyimpang dari aqidah dan syariat Agama Islam dan/atau agama. Pengadilan memvonis Terdakwa M. ALTHAF MAULIYUL ISLAM Bin FUAD MARDATILLAH telah terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana “Penodaan Agama Islam” dan menjatuhkan pidana penjara selama 3 (tiga) tahun.

4. Perbandingan Pertanggungjawaban Pidana di Negara Lain

a. Konsep Pertanggungjawaban Pidana di negara Belanda³⁹

Pertanggungjawaban hukum pidana Belanda, pertanggungjawaban pidana pada diri seseorang pelaku tindak pidana, harus memenuhi 4 (empat) persyaratan sebagai berikut:

1. Ada suatu tindakan (*commission* atau *ommission*) oleh si pelaku, tertuduh telah melakukan perbuatan yang dituduhkan atau dikenal

³⁹ Romli Atmamasmita, *Op.Cit.*, h. 67-68.

- dengan istilah *Actus Reus*. Perbuatan yang dituduhkan harus secara langsung dilakukan tertuduh. Pada prinsipnya seseorang tidak dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatan orang lain, kecuali ia membujuk orang lain untuk melakukan pelanggaran undang-undang.
2. Yang memenuhi rumusan-rumusan delik dalam undang-undang, tertuduh melakukan pelanggaran terhadap undang-undang dengan disertai niat jahat atau dikenal dengan istilah *Mens-Rea*.
 3. Tindakan itu bersifat melawan hukum atau *unlawful*, kita menemukan syarat melawan hukum itu dalam rumusan tindak pidana. Terhadap keadaan demikian tidak sulit untuk menemukan dan membuktikan sesuatu perbuatan yang dituntut berdasarkan rumusan tindak pidana tersebut.
 4. Pelakunya harus dapat dipertanggungjawabkan, tidak terdapat alasan-alasan pembenar dari suatu tindak pidana. Baik landasan pembenar yang tertulis maupun landasan pembenar yang tidak tertulis.

Kasus Penodaan Agama di Belanda⁴⁰

Politisi Belanda anti-Islam, Geert Wilders, dinyatakan bersalah dan harus mempertanggungjawabkan perbuatannya menghina satu kelompok dan memicu diskriminasi kepada Islam Maroko di Belanda. Geert Wilders⁴¹ berulang kali mengkritik Islam, menyerukan agar Alquran dilarang dan agar semua masjid di Belanda ditutup. Namun tidak ada hukuman yang dijatuhkan kepada pemimpin Partai Kebebasan (PVV) tersebut. Hakim yang menangani perkara tersebut Hendrik Steenhuis mengatakan pengadilan tidak menjatuhkan hukuman karena vonis bersalah sudah cukup untuk menghukum seorang anggota parlemen yang dipilih secara demokratis.

Pada Maret 2014 Geert Wilders menyatakan dirinya akan menjamin lebih sedikit orang Maroko di Belanda melalui pesan Twitter. Vonis ini ditetapkan setelah sidang selama tiga minggu yang dipicu oleh 6.400 laporan kepada polisi tentang komentarnya dalam kampanye pemilihan lokal dua tahun lalu.

⁴⁰ <http://www.bbc.com/indonesia/dunia-38263971>, diakses tanggal 4 April 2018.

⁴¹ <http://www.bbc.com/indonesia/dunia-37822692>, diakses tanggal 4 April 2018.

Sebelum membacakan vonis, Hakim Steenhuis menegaskan bahwa kebebasan berbicara tidak sedang diadili. Kebebasan berbicara adalah satu landasan dari masyarakat demokratis. Kebebasan berbicara bisa dibatasi, misalnya, untuk melindungi hak dan kebebasan orang lain. Jaksa dalam dakwaannya berpendapat bahwa Wilders melanggar batas kebebasan berbicara. Karena secara khusus menjadikan orang Maroko sebagai sasaran.

b. Konsep Pertanggungjawaban Pidana di negara Inggris⁴²

Hukum pidana Inggris mengenal dua macam pertanggungjawaban pidana. Pertanggungjawaban tersebut tidak dikenal dalam hukum pidana Indonesia.

1. *Strict-Liability crimes*, prinsip pertanggungjawaban pidana mutlak menurut hukum pidana Inggris tanpa harus dibuktikan ada atau tidak adanya unsur kesalahan pada si pelaku tindak pidana. Hal tersebut hanya diberlakukan terhadap pelanggaran ringan yaitu pelanggaran terhadap ketertiban umum atau kesejahteraan umum. Diantaranya adalah:
 - a. *Contempt of court* atau pelanggaran terhadap tata tertib pengadilan;
 - b. *Criminal libel* atau *defamation* atau pencemaran nama baik seseorang; dan
 - c. *Public nuisance* atau mengganggu ketertiban masyarakat (umum).
2. *Vicarious liability* adalah suatu pertanggungjawaban pidana yang dibebankan kepada seseorang atas perbuatan orang lain. Dalam sistem hukum *civil law* prinsip pertanggungjawaban ini tidak dikenal. *Vicarious liability* ini hanya berlaku terhadap:
 1. Delik-delik yang mensyaratkan kualitas.
 2. Delik-delik yang mensyaratkan adanya hubungan antara buruh dan majikan.

Strict-Liability dan *vicarious liability* tidak mensyaratkan adanya *mens rea* atau unsur kesalahan pada orang yang dituntut pidana. Perbedaannya terletak pada *Strict-Liability crimes* pertanggungjawaban pidana bersifat

⁴² Romli Atmasmita, *Perbandingan Hukum Pidana*, Jakarta: PT Fikahati Aneska, 2009, h. 99-104.

langsung dikenakan kepada pelakunya, sedangkan pada *vicarious liability* pertanggungjawaban pidana bersifat langsung

Seseorang tidak dipertanggungjawabkan atas suatu tindak pidana jika:

- a. Ia memperoleh tekanan (fisik atau psikologis) sedemikian rupa sehingga mengurangi pengendalian diri yang bersangkutan atau membatasi kebebasan pribadinya, seperti: gila atau daya paksa atau
- b. Pelaku termasuk golongan orang-orang yang tunduk pada peraturan khusus, seperti: diplomat asing atau anak di bawah umur.

Kasus Penodaan Agama di Inggris

Penodaan agama masuk ke dalam kategori *strict liability*. Paul Cliteur, dalam bukunya *Rise and Fall of Blasphemy Law* menyatakan, delik penodaan agama adalah upaya otoritas berkuasa untuk mendisiplinkan warga dengan memanfaatkan legitimasi institusi keagamaan seperti gereja. Di Inggris, hukum penodaan agama pertama kali dianut sejak reformasi keagamaan. Saat itu monarki berhubungan mesra dengan kaum agama yang ortodoks. Sebanyak 20 pasal diperkuat pada tahun 1533 dan 1547 guna melindungi praktik peribadatan dari penyimpangan. Institusi agama dan kekuasaan terjalin kuat pada negara monarki. Pada tahun 1675, posisi pasal penodaan agama mencapai derajat tinggi dalam hukum Inggris. Saat menyidang kasus James Nayler, jaksa Sir Matthew Hale menyebut kesalahan Nayler harus dibalas dengan hukuman berat karena “menyerang agama sama dengan menyerang hukum dan negara.” James Nayler ialah misionaris pemimpin Quaker, perkumpulan keagamaan Inggris, yang didakwa melakukan penodaan agama karena merekonstruksi kedatangan Yesus di Yerusalem. Pengadilan menjatuhkan sanksi James Nayler ditato B di dahi. B itu singkatan dari *Blasphemy* (penistaan agama).⁴³

Kristen merupakan jantung hukum Inggris. Setiap perkataan yang bertentangan dengan nilai dan ajaran Kristen dianggap sebagai tindak pidana. Pada abad ke-20, penistaan agama pelan-pelan dihapus dari hukum pidana di beberapa negara Eropa. Di Inggris hanya berlaku untuk penistaan terhadap Gereja Anglikan, tidak berlaku untuk

⁴³ <https://kumparan.com/@kumparannews/tarik-ulur-pasal-penodaan-agama-di-dunia>, diunduh 5 April 2018.

penghinaan agama Yahudi, Islam, bahkan Kristen non-Anglikan. Kasus penistaan agama terakhir terjadi pada abad-19. Mulai abad-20, praktek pemidanaan penistaan agama sudah hilang, kendatipun pasal pidananya tak pernah dihapus. Penistaan agama kemudian bergeser dari pidana menjadi masalah hukum perdata, namun sangat jarang. Sepanjang abad-20, hanya ada 4 kasus perdata terhadap perbuatan penghujatan agama. Kasus terakhir terjadi tahun 1979 antara *Whitehouse versus Lemon*. Kasus itu bermula dari penerbitan puisi di majalah *Gay News*, yang menggambarkan Yesus Kristus sebagai homoseksual. Penerbit majalah tersebut didenda 500 pound dan hukuman percobaan 9 bulan. Majalahnya didenda 1000 pound dan harus membayar pengganti penjara 10.000 pound. Kasus Salman Rusdhie yang digugat di Inggris tidak berujung pada penghukuman.⁴⁴

Apabila ditarik garis tegas di atas dari seluruh uraian yang telah dipaparkan, Ucapan Ahok yang diungkapkan dalam bentuk perasaan adalah sebuah penodaan agama Islam. Putusan Majelis Hakim yang memeriksa, mengadili dan memutus perkara penodaan agama dalam menentukan pertanggungjawaban pidana harus meminta keterangan dari pihak ulama dan/atau Kementerian Agama yang memiliki kecenderungan pada kelompok keagamaan tertentu. Putusan No. 1537/Pid.B/2016/PN. Jkt Utr sudah sejalan dengan Putusan MK No. 140/PUU-VII/2009. Ucapan Ahok dalam bentuk perasaan, adalah bentuk perasaan yang serupa dalam Putusan Nomor : 132 / Pid. B / 2013 / PN.Dps dan Putusan Nomor : 81/Pid.B/2015/PN Bna. Sebagaimana terdapat dalam Putusan Nomor 132 / Pid. B / 2013 / PN.Dps dengan meminta keterangan dari Ketua PHDI (Persatuan Hindu Dharma Indonesia) Cabang Denpasar dan Putusan Nomor 81/Pid.B/2015/PN Bna dengan meminta keterangan dari Majelis Permusyawarah Ulama Aceh.

KESIMPULAN

Penodaan agama sudah diatur dalam UU No. 1/PNPS/1965 dan konstitusi juga menjamin kebebasan beragama dalam Pasal 29 ayat (2) UUD 1945, demikian

⁴⁴ <http://www.brentonpriestley.com/writing/blasphemy.htm>, diunduh 5 April 2018.

juga MK telah memberikan penafsiran dalam Putusan No. 140/PUU-VII/2009 yang pada pokoknya UU Pencegahan Penodaan Agama tidak menentukan pembatasan kebebasan beragama, akan tetapi pembatasan untuk mengeluarkan perasaan atau melakukan perbuatan yang bersifat permusuhan, penyalahgunaan atau penodaan terhadap suatu agama serta pembatasan untuk melakukan penafsiran atau kegiatan yang menyimpang dari pokok-pokok ajaran agama yang dianut di Indonesia. Berdasarkan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, pembatasan-pembatasan tersebut hanya dapat dilakukan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam masyarakat yang demokratis. Putusan MK No. 140/PUU-VII/2009 telah menyatakan bahwa UU No. 1/PNPS/1965 konstitusional dan jaminan kebebasan beragama dijamin dalam UUD 1945. Walaupun UU tersebut perlu diperbaiki, UU tersebut tetap relevan dan konstitusional. Dengan tetap berlakunya UU No. 1/PNPS/1965, apabila terjadi dugaan penodaan agama, setiap orang yang diduga melakukan penodaan agama harus dimintakan pertanggungjawaban pidananya.

Pernyataan Ahok di kepulauan seribu tentang surat Al-Maidah ayat 51 yang diungkapkan dalam bentuk perasaan di kepulauan Seribu adalah sebuah penodaan agama Islam yang harus dipertanggungjawabkan secara pidana. Untuk menentukan pertanggungjawaban tersebut Majelis Hakim dalam Putusan No. 1537/Pid.B/2016/PN. Jkt Utr sudah tepat dengan meminta pendapat Majelis Ulama Indonesia. Ahok tidak mempunyai kompetensi dan bukan pada tempatnya berbicara Al-Qur'an surat Al-Maidah ayat 51 pada acara di kepulauan seribu. Ahok menyadari apa yang diucapkannya akan menyinggung umat Islam dan khususnya ulama yang mengajarkan Al-Qur'an. Hak demikian akan menodai agama Islam beserta akibat dan keadaan-keadaan yang menyertainya. Dengan mampunya Ahok bertanggung jawab, unsur kesalahan dan unsur melawan hukum sudah dianggap ada.

Perbandingan kasus penodaan agama ahok dengan kasus penodaan agama lainnya adalah bentuk perasaan yang serupa. Untuk membuktikan terdapat perbuatan dan niat jahat yang menentukan pertanggungjawaban pidana dalam delik penodaan agama mengacu pada Putusan MK No. 140/PUU-VII/2009. Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1/PNPS/1965 menentukan bahwa khususnya terkait dengan unsur penafsiran dan kegiatan yang menyimpang dari pokok-pokok ajaran

agama, hakim harus meminta keterangan ahli agama dan/atau Kementerian Agama yang memiliki kecenderungan pada kelompok keagamaan tertentu. Putusan Nomor : 132/Pid. B/2013/PN.Dps dengan meminta keterangan dari Ketua PHDI (Persatuan Hindu Dharma Indonesia) Cabang Denpasar dan Putusan Nomor : 81/Pid.B/2015/PN Bna dengan meminta keterangan dari Majelis Permusyawarah Ulama Aceh.

Konsep Pertanggungjawaban Pidana dalam kasus penodaan agama di Indonesia dibandingkan dengan dua negara barat yaitu Belanda dan Inggris memiliki perbedaan yang fundamental. Kebebasan berbicara di Belanda bisa dibatasi, misalnya, untuk melindungi hak dan kebebasan orang lain. Apabila dilanggar dapat dimintai pertanggungjawaban pidana, akan tetapi sanksinya tidak tegas. Vonis bersalah sudah dinyatakan cukup untuk menghukum penoda agama. Di Inggris pada tahun 1675, posisi pasal penodaan agama mencapai derajat tinggi dalam hukum Inggris. Pertanggungjawaban pidananya mutlak menurut hukum pidana Inggris tanpa harus dibuktikan ada atau tidak adanya unsur kesalahan pada si pelaku tindak pidana. Mulai abad-20, praktik pemidanaan penistaan agama sudah hilang, kendatipun pasal pidananya tak pernah dihapus. Penistaan agama kemudian bergeser dari pidana menjadi masalah hukum perdata, namun sangat jarang. Sepanjang abad-20, hanya ada 4 kasus perdata terhadap perbuatan penghujatan agama.

Dengan adanya penodaan agama yang dilakukan oleh ahok, siapapun orangnya harus menjaga ucapan dan perbuatan di depan umum. Apalagi orang tersebut tidak mempunyai kompetensi menyampaikan pendapatnya tentang agama tertentu di Indonesia. Aparat penegak hukum, dalam hal ini Polisi, Jaksa dan Hakim harus selalu melibatkan pihak ulama dan/atau Kementerian Agama yang memiliki kecenderungan pada kelompok keagamaan tertentu apabila terjadi kasus penodaan agama.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

Arief, Barda Nawawi, 2005, *Pembaharuan Hukum Pidana dalam Perspektif Kajian Perbandingan*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti.

Asshiddiqie, Jimly, 2015, *Gagasan Konstitusi Sosial*, Jakarta: LP3ES.

- Atmasasmita, Romli, 2000, *Perbandingan Hukum Pidana*, Bandung: Mandar Maju.
- _____, 2009, *Perbandingan Hukum Pidana*, Jakarta: PT Fikahati Aneska.
- Hamzah, Andi, 2004, *Hukum Acara Pidana*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Moeljatno, 1994, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Jakarta: PT Rineka Cipta.
- _____, 2002, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Jakarta: Rineka Cipta.
- Marpaung, Leden, 2012, *Asas Teori Praktik Hukum Pidana*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Remmelink, Jan, 2003, *Hukum Pidana Komentar atas Pasal Terpenting dari KUHP Belanda dan Padanannya dalam KUHP Indonesia*, Jakarta: Gramedia.
- Rukmini, Mien, 2007, *Perlindungan HAM Melalui Asas Praduga Tidak Bersalah dan Asas Persamaan Kedudukan Dalam Hukum Pada Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, Bandung: Alumni.

Jurnal

- Christianto, Hwian, "Arti Penting UU No. 1/PNPS/1965 Bagi Kebebasan Beragama", *Jurnal Yudisial*, Volume 6, Nomor 1, April 2013, h. 1-16.
- Jazuli, Ahmad, "Penyelesaian Konflik Penodaan Agama dalam Perspektif Hukum Pidana di Indonesia", *Jurnal De Jure*, Volume 17, Nomor 3, September 2017, h. 336-339.
- Sopyan, Yayan, "Menyoal Kebebasan Beragama dan Penodaan Agama di Indonesia", *Jurnal Cita Hukum*, Volume 3, Nomor 2, Desember 2015, h. 195-212.

Internet

- <https://www.youtube.com/watch?v=bTAKjnCBUMw>, diunduh 28 Maret 2018.
- <http://wartakota.tribunnews.com/2017/01/03/inilah-14-saksi-kunci-pelapor-penistaan-agama-yang-jadikan-ahok-terdakwa>, diunduh 28 Maret 2018.
- <https://news.detik.com/berita/d-3338806/begini-perjalanan-kasus-dugaan-penistaan-agama-oleh-ahok-di-bareskrim>, diunduh 28 Maret 2018.
- <http://berita.islamedia.id/2016/10/inilah-fatwa-lengkap-mui-ahok-terbukti-menghina-alquran-ulama.html>, diunduh 1 Februari 2017.

- <https://metro.tempo.co/read/812293/jika-polisi-tak-tangkap-ahok-ini-ancaman-rizieq-fpi>, diunduh 28 Maret 2018
- <http://www.republika.co.id/berita/nasional/umum/16/11/04/og4c9e361-komnas-ham-aksi-4-november-demo-paling-bermartabat>, diunduh 28 Maret 2018.
- <https://nasional.kompas.com/read/2016/11/16/10083881/bareskrim.tetapkan.ahok.sebagai.tersangka.penistaan.agama>, diunduh 28 Maret 2018.
- <https://news.detik.com/berita/d-3348460/gnpf-mui-gelar-aksi-2-desember-ini-tuntutannya>, diunduh 28 Maret 2018.
- <https://megapolitan.kompas.com/read/2018/02/26/05491211/mengapa-ahok-ajukan-pk-atas-vonisnya>, diunduh 28 Maret 2018.
- <https://megapolitan.kompas.com/read/2018/03/26/16581111/pk-ahok-ditolak-ma>, diunduh 28 Maret 2018.
- <https://news.detik.com/berita/d-3497449/sorotan-internasional-di-kasus-ahok-dari-dubes-inggris-sampai-pbb>, diunduh 28 Maret 2018.
- <https://news.detik.com/berita/d-3496185/ahok-divonis-2-tahun-penjara>, diunduh 28 Maret 2017.
- <http://www.bbc.com/indonesia/indonesia-37996601>, diunduh 28 Maret 2018.
- <http://www.bbc.com/indonesia/dunia-38263971>, diunduh 4 April 2018.
- <http://www.bbc.com/indonesia/dunia-37822692>, diunduh 4 April 2018.
- <https://kumparan.com/@kumparannews/tarik-ulur-pasal-penodaan-agama-di-dunia>, diunduh 5 April 2018.
- <http://www.brentonpriestley.com/writing/blasphemy.htm>, diunduh 5 April 2018.

Keberlakuan Yurisprudensi pada Kewenangan Pengujian Undang-Undang dalam Putusan Mahkamah Konstitusi

Jurisprudence Enforceability on Judicial Review Authority in the Constitutional Court Decision

Oly Viana Agustine

Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia
Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta
E-mail: olyve_lovelaw@yahoo.co.id

Naskah diterima: 12/04/2018 revisi: 15/06/2018 disetujui: 06/08/2018

Abstrak

Keberlakuan yurisprudensi sebagai salah satu sumber hukum yang diakui di Indonesia selalu menarik untuk dilakukan penelitian. Indonesia yang terpengaruh dengan sistem hukum *civil law* pada dasarnya tidak mengikatkan diri pada yurisprudensi. Namun apabila ada putusan yang dianggap kontradiksi dengan putusan sebelumnya menjadi perdebatan mengenai bagaimana keberlakuan yurisprudensi yang telah ada. Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman memiliki kewenangan melakukan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945. Dalam kewenangannya tersebut, terkadang Mahkamah Konstitusi dibenturkan dengan putusan terdahulu yang telah menjadi *landmark* namun tidak diikuti. Dengan kata lain, terdapat kontradiksi antara putusan yang terdahulu dengan putusan yang ada saat ini. Dalam penelitian ini akan dilihat bagaimana keberlakuan yurisprudensi pada pengujian undang-undang dalam putusan Mahkamah Konstitusi. Metode analisis yang digunakan adalah studi pustaka dengan menggunakan pendekatan studi kasus. Kesimpulan yang didapat dalam penelitian ini adalah bahwa yurisprudensi adalah sumber hukum yang dapat menjadi rujukan dalam memutus suatu perkara pengujian undang-undang namun tidak mengikat hakim untuk menyimpanginya berdasarkan alasan yang logis sesuai dengan prinsip *the judiciary independence* dan *judiciary accountability* serta konsepsi *the living constitution*.

Kata kunci: Mahkamah Konstitusi, Pengujian Undang-Undang, dan Yurisprudensi.

Abstract

The enforceability of jurisprudence as one of the recognized legal sources in Indonesia is a compelling research topic. Indonesia that uses the civil law on law system does not bind to jurisprudence. Nevertheless, if there is a decision that is contradictory to the previous one, that will be a debate over how the enforceability of the existed jurisprudence. The Constitutional Court as one of the judicial authority has the authority to examine the law against the Constitution 1945 of the State of the Republic of Indonesia. In its authority, the Constitutional Court is bumped by a previous decision which has become a landmark but was not followed. In other words, there is a contradiction between the previous decision and the present decision. This research will see how the enforceability of jurisprudence on the judicial review in the decision of the Constitutional Court. The analysis method used is literature study using case study approach. The conclusion available in this study is that jurisprudence is a source of law that can be a reference in a union of judicial review cases but not bound by judges to deviate based on logical reasons in the judiciary independence and judiciary accountability as well as the conception of the living constitution.

Keywords: *Constitutional Court, Judicial Review, and Jurisprudence.*

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Yurisprudensi adalah salah satu sumber hukum yang dapat menjadi rujukan oleh hakim dalam memutus perkara. Belum ada satu kesepahaman mengenai pengertian yurisprudensi yang diakui bersama. Luasnya pengertian yurisprudensi dikarenakan Indonesia terpengaruh sistem hukum *civil law* yang menempatkan yurisprudensi sebagai sumber hukum yang tidak mengikat oleh hakim. Hakim dapat mengikuti yurisprudensi yang telah ada sebelumnya atau bahkan berbeda dengan yurisprudensi.

Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman yang diamanatkan oleh Pasal 24C ayat (1) dan ayat (2) UUD NRI 1945 memiliki kewenangan mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final dan mengikat untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum serta wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar.

Dalam melaksanakan kewenangannya, yakni menguji undang-undang berdasarkan Undang-Undang Dasar NRI 1945 terkadang Mahkamah Konstitusi dibenturkan dengan putusan pengujian undang-undang sebelumnya yang memuat substansi norma yang sama. Sebagai satu-satunya peradilan norma yang memiliki kewenangan berdasarkan konstitusi, memang nampak aneh jika dengan norma yang sama, Mahkamah Konstitusi memberikan putusan yang berbeda.

Hal ini dapat dilihat pada putusan Mahkamah Konstitusi yang bertentangan dengan putusan sebelumnya yang memuat norma atau isu konstusionalitas yang sama, yakni pada putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 25/PU-XIV/2016 terhadap putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 yang menguji materiil Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

Oleh karena itu, dalam penelitian ini akan dianalisis mengenai keberlakuan yurisprudensi pada pengujian undang-undang di Mahkamah Konstitusi.

B. Perumusan Masalah

Permasalahan dalam penelitian ini adalah bagaimana keberlakuan yurisprudensi pada kewenangan pengujian undang-undang dalam putusan Mahkamah Konstitusi?

C. Metode Penelitian

Metode penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah yuridis normatif dengan menggunakan pendekatan *case study*. Kasus-kasus yang dipelajari dan dianalisis adalah beberapa putusan Mahkamah Konstitusi yang relevan dengan tema. Selain terhadap putusan Mahkamah Konstitusi, terdapat pula buku, jurnal dan literatur lain yang menunjang dan berhubungan sebagai bahan penelaahan hukum terhadap kaidah yang dianggap sesuai dengan penelitian hukum tertulis. Penelitian normatif dilakukan terhadap hal-hal yang bersifat teoritis asas-asas hukum, dasar hukum dan konsep-konsep hukum.¹ Dalam penelitian ini, penulis mengumpulkan bahan hukum berupa putusan Mahkamah Konstitusi dan menganalisisnya dengan menggunakan teori tentang yurisprudensi dan keberlakuannya, prinsip *the judiciary independence* dan *judiciary accountability* serta konsepsi *the living constitution*.

¹ Abdulkadir Muhammad, *Hukum dan Penelitian Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2004, h. 57.

PEMBAHASAN

A. Kedudukan Yurisprudensi dalam Sistem Hukum di Indonesia

Salah satu yang menjadi pembahasan dalam studi ilmu hukum adalah mengenai sumber hukum. Sumber hukum adalah segala sesuatu yang menimbulkan atau melahirkan hukum atau asal mulanya hukum. Sumber hukum menurut Kansil² dapat dilihat dari segi materiil dan segi formil. Sumber hukum formil antara lain, yakni: undang-undang (*statute*), kebiasaan (*custom*), keputusan-keputusan hakim (*yurisprudensi*) dan traktat (*treaty*). Dari keempat sumber hukum tersebut, bagaimana keberlakuan yurisprudensi dalam pengujian undang-undang di Mahkamah Konstitusi menjadi topik pembahasan, karena keberadaan yurisprudensi seringkali menjadi perdebatan. Perdebatan yang terjadi dikarenakan oleh sistem hukum yang digunakan Indonesia yang merupakan warisan Belanda yakni *civil law* yang menempatkan yurisprudensi sebagai salah satu rujukan sumber hukum yang tidak mengikat oleh hakim dalam memutus suatu perkara.

Sudikno Mertokusumo berpendapat bahwa yurisprudensi ialah sebagai peradilan pada umumnya (*judicature, rechtspraak*) yaitu pelaksanaan hukum dalam hal konkret terjadi tuntutan hak yang dijalankan oleh suatu badan yang berdiri sendiri dan diadakan oleh negara serta bebas dari pengaruh apa atau siapapun dengan cara memberikan putusan yang bersifat mengikat dan berwibawa. Di dalam yurisprudensi terdapat dua asas yang mempengaruhi seseorang hakim itu mengikuti hakim yang terdahulu atau tidak. Asas-asas itu terdiri dari:³

1. Asas *precedent*

Asas ini bermakna bahwa seseorang hakim terikat oleh hakim lain, baik yang sederajat maupun yang lebih tinggi. Hakim dalam mengadili dan memutuskan perkara tidak boleh menyimpang dari hakim lain, baik yang sederajat maupun yang lebih tinggi. Asas *precedent* dianut di negara Amerika Serikat, Inggris, dan Afrika Selatan. Asas *precedent* atau dapat juga disebut sebagai *stare decisis* adalah suatu lembaga peradilan yang lebih dikenal di negara *anglo saxon* atau negara *common law system*.

2. Asas bebas

Asas ini bermakna bahwa seorang hakim tidak terikat oleh putusan hakim lain, baik yang sederajat maupun yang lebih tinggi. Perkataan tidak terikat disini diartikan bahwa seorang hakim, dalam memutuskan suatu perkara,

² Kansil, *Tanya Jawab Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Sinar Grafiti, h. 14.

³ Dudu Duswara Machmudin, *Pengantar Ilmu Hukum (sebuah Sketsa)*, Bandung: PT Refika Aditama, 2000, h. 97.

boleh mengikuti putusan hakim terdahulu, baik yang sederajat atau yang lebih tinggi, boleh juga tidak mengikuti. Asas bebas ini dianut oleh negara-negara eropa kontinental atau *civil law system* seperti Belanda, Perancis dan Indonesia.

Bagi penganut asas *precedent*, selain sistem hukum mempengaruhi keterikatan hakim dengan putusan sebelumnya, terdapat beberapa alasan mengapa seorang hakim mengikuti putusan hakim terdahulu yaitu:⁴

- a. Sebab psikologi, artinya seorang hakim mempunyai kekuasaan, terutama apabila putusan itu dibuat oleh pengadilan tinggi atau Mahkamah Agung.
- b. Sebab praktis, artinya seseorang hakim bawahan (pengadilan negeri) secara logis akan mengikuti putusan yang dibuat oleh hakim yang lebih tinggi kedudukannya.
- c. Sebab keyakinan, artinya hakim pemutus setuju atau sependapat dengan putusan hakim terdahulu.

Dari segi teori dan praktik, yurisprudensi telah diterima sebagai salah satu sumber hukum, baik dalam sistem hukum *civil law* maupun *common law*. Tetapi daya kekuatan mengikatnya yurisprudensi bagi para hakim dalam sistem hukum *civil law*, memang berbeda dengan sistem hukum *common law*.⁵ Bagi negara *common law* (Inggris, Amerika Serikat dan Afrika Selatan), yurisprudensi memang merupakan sumber hukum terpenting. *Judge made law* mengambil tempat terpenting di samping *statute law* (hukum undang-undang).⁶ Sedangkan secara hukum, kekuatan mengikat yurisprudensi bagi negara-negara dengan sistem hukum *civil law* hanya mengikat secara *persuasive precedent* sehingga hakim-hakim dibawahnya atau setelahnya diperkenankan tidak mengikuti yurisprudensi.

Perbedaan asas *presedent* (*stare decicis*) dalam *common law* dan yurisprudensi telah kehilangan ketajamannya selama abad kedua puluh. Jika putusan pengadilan Anglo-Amerika mempunyai kekuatan mengikat, putusan pengadilan *civil law* memperoleh kekuatan persuasif.⁷ Otoritas putusan *civil law* nyaris mendekati kekuatan asas *presedent* yang mengikat dalam sistem Anglo-Amerika. Demikianlah, apabila dalam sistem *civil law* sebuah putusan yang dianggap sebagai yurisprudensi dapat mempunyai otoritas persuasif yang besar, maka serangkaian putusan yang konsisten mengenai suatu permasalahan hukum tertentu dapat dipandang

⁴ *Ibid.*, h. 99.

⁵ Paulus Effendi Lotulung, *Peranan Yurisprudensi sebagai Sumber Hukum*, Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional, 1997, h. 10.

⁶ L.J. van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: PT. Pradnya Paramita, 2004, h. 161-162.

⁷ Sebastian Pompe, *Runtuhnya Institusi Mahkamah Agung*, Jakarta: Lembaga Kajian dan Advokasi Untuk Independensi Peradilan, 2012, h. 605.

mengikat. Konsistensi ini ditopang oleh fakta bahwa pengadilan tertinggi di berbagai negara yang menganut sistem *civil law* telah mengacu pada putusan mereka sendiri dan demikian telah menciptakan yurisprudensi tetap. Hal mana dapat dikatakan bertentangan dengan doktrin dan praktik awal *civil law*. Akibatnya, putusan-putusan pengadilan di kebanyakan negara *civil law* mempunyai dampak pembuatan hukum yang menjangkau di luar pihak yang berperkara.⁸

Putusan hakim dapat menjadi sumber hukum formal apabila putusan tersebut diikuti oleh hakim setelahnya yang dikenal sebagai yurisprudensi. Yurisprudensi bisa lahir berkaitan dengan adanya prinsip di dalam hukum bahwa hakim tidak boleh menolak untuk mengadili perkara yang diajukan kepadanya. Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib mengadili, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup di dalam masyarakat, maka dalam menangani perkara hakim dapat melakukan:⁹

1. Menerapkan secara *in concreto* aturan-aturan hukum yang sudah ada (secara *in abstracto*) dan berlaku sejak sebelumnya.
2. Mencari sendiri aturan-aturan hukum berdasarkan nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

Yurisprudensi tidak dapat dipisahkan dari perkembangan ilmu hukum di Indonesia. Peranan yurisprudensi di Indonesia sudah sedemikian pentingnya, selain sebagai sumber hukum yurisprudensi menjadi *guidelines* bagi para hakim dalam memutus perkara. Yurisprudensi merupakan produk hukum dari lembaga yudikatif.¹⁰ Fungsi yurisprudensi sendiri dalam hal hakim membuat putusan adalah mengisi kekosongan hukum karena menurut *Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesia* (A.B.), hakim tidak boleh menolak perkara karena tidak ada hukum yang mengatur. Kekosongan hukum hanya bisa teratasi dan ditutupi melalui *judge made law* yang akan dijadikan pedoman sebagai yurisprudensi sampai terciptanya kodifikasi hukum yang lengkap dan baku.¹¹

B. Yurisprudensi dalam Putusan Pengujian Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi

Menurut Sudikno, putusan pengadilan adalah hukum sejak dijatuhkan sampai dilaksanakan. Sejak dijatuhkan putusan pengadilan mempunyai kekuatan

⁸ *Ibid*, h. 605-606.

⁹ S.F Marbun dan Moh. Mahfud MD, *Pokok-Pokok Administrasi Negara*, Yogyakarta: Liberty, 2006, h. 36.

¹⁰ Pusatlitbang Hukum dan Peradilan Badan Litbang Diklat Kumdil MA RI, *Kedudukan dan Relevansi Yurisprudensi Untuk Mengurangi Disparitas Putusan Pengadilan*, Jakarta: Penerbit Balitbang Pendidikan dan Pelatihan Hukum dan Peradilan MA RI, 2010, h. 103.

¹¹ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*, Yogyakarta: Liberty Yogyakarta, 2003, h. 31.

mengikat bagi para pihak yang berperkara, mengikat para pihak untuk mengakui eksistensi putusan tersebut. Dalam pengujian undang-undang di Mahkamah Konstitusi, keberlakuan putusan pengujian undang-undang bersifat *erga omnes*, yang artinya berlaku kepada semua orang bukan para pihak yang berperkara saja, sejak putusan dibacakan oleh Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi. Putusan Mahkamah Konstitusi bersifat final dan mengikat adalah cikal bakal munculnya yurisprudensi yang berlaku *erga omnes*.¹²

Terdapat beberapa putusan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian undang-undang yang menjadi yurisprudensi dan diikuti oleh putusan-putusan setelahnya. Bahkan putusan tersebut menjadi syarat dalam pengajuan pengujian undang-undang. Putusan tersebut yakni putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005 dan putusan Nomor 11/PUU-V/2007 terkait dengan adanya kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional sebagaimana dimaksud dalam Pasal 51 ayat (1) UU MK, yakni syarat-syarat sebagai berikut:

- a. adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
- b. hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut, dianggap telah dirugikan oleh berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;
- c. kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut harus bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
- d. adanya hubungan sebab-akibat (*causal verband*) antara kerugian dimaksud dengan berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;
- e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian konstitusional tersebut tidak akan atau tidak lagi terjadi.

Selain yurisprudensi mengenai kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional dalam pengujian undang-undang, terdapat putusan mengenai tafsir hak menguasai negara yang telah menjadi yurisprudensi. Sebelumnya, hak menguasai negara di setiap rezim kekuasaan yang pernah ada di Indonesia dimaknai secara berbeda, dan bertolak belakang dengan semangat dan tujuan. Namun demikian, dalam hubungannya dengan penguasaan tanah dan sumber daya alam, rezim kolonial, rezim orde lama, rezim orde baru menempatkan negara pada posisi yang hampir sama yaitu sebagai penguasa tertinggi atas tanah dan sumber daya alam. Dengan hadirnya Mahkamah Konstitusi yang mewakili

¹² *Ibid.*, h. 92.

semangat reformasi mengubah tatanan tersebut dengan menempatkan negara bukan sebagai pemilik atas tanah dan sumber daya alam, melainkan sebagai pengatur dan pengawas penguasaan tanah dan sumber daya alam. Mahkamah Konstitusi telah menafsirkan Pasal 33 UUD 1945 tentang Hak Menguasai Negara melalui putusan permohonan Undang-Undang Nomor 20 tahun 2003 tentang Ketenagalistrikan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003, pengujian Undang-Undang Nomor 22 tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi Nomor dalam putusan Nomor 002/PUU-I/2003, dan Putusan permohonan Undang-Undang No 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air melalui putusan Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004. Mahkamah Konstitusi juga sudah memakai penafsiran itu selama tiga kali dalam tiga putusan sehingga sudah menjadi yurisprudensi tetap (*faste jurisprudence*).

Dari kedua isu konstitusional tersebut, dapat dilihat bahwa Mahkamah Konstitusi telah memberlakukan yurisprudensi dengan mengikuti putusan sebelumnya yang telah ada dengan isu konstitusional yang sama. Di dalam pertimbangan putusan, juga nampak bahwa Mahkamah Konstitusi merujuk putusan-putusan terdahulu. Hal ini menunjukkan bahwa Mahkamah Konstitusi meyakini bahwa putusan yang terdahulu masih relevan dengan permasalahan konstitusional saat ini, sehingga putusan tersebut diikuti oleh majelis hakim dalam memutus perkara.

Namun, terdapat pula putusan Mahkamah Konstitusi yang bertentangan dengan putusan sebelumnya yang memuat norma atau isu konstitusionalitas yang sama. Pada putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 25/PU-XIV/2016 terhadap putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 yang menguji Materiil Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

Pada putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006, majelis hakim telah memutuskan untuk menyatakan sebuah kalimat dalam Penjelasan Pasal 2 Ayat (1) UU Tipikor bertentangan dengan konstitusi. Kalimat tersebut berbunyi:

“Yang dimaksud dengan “secara melawan hukum” dalam Pasal ini mencakup perbuatan melawan hukum dalam arti formil maupun dalam arti materiil, yakni meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, namun apabila perbuatan tersebut dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan sosial dalam masyarakat, maka perbuatan tersebut dapat dipidana.”

Adapun pertimbangan pokok mengapa menurut Mahkamah Konstitusi kalimat penjelas dari apa yang dimaksud dari “secara melawan hukum” dari Pasal 2 Ayat (1) bertentangan dengan konstitusi khususnya Pasal 28D Ayat (1) adalah sebagai berikut:

Penjelasan dari pembuat undang-undang ini sesungguhnya bukan hanya menjelaskan Pasal 2 ayat (1) tentang unsur melawan hukum, melainkan telah melahirkan norma baru, yang memuat digunakannya ukuran-ukuran yang tidak tertulis dalam undang-undang secara formal untuk menentukan perbuatan yang dapat dipidana. Penjelasan yang demikian telah menyebabkan kriteria perbuatan melawan hukum (Pasal 1365 KUHPerdara) yang dikenal dalam hukum perdata yang dikembangkan sebagai jurisprudensi mengenai perbuatan melawan hukum (onrechtmatigedaad), seolah-olah telah diterima menjadi satu ukuran melawan hukum dalam hukum pidana (wederrechtelijkheid). Oleh karena itu, apa yang patut dan yang memenuhi syarat moralitas dan rasa keadilan yang diakui dalam masyarakat, yang berbeda-beda dari satu daerah ke daerah lain, akan mengakibatkan bahwa apa yang di satu daerah merupakan perbuatan yang melawan hukum, di daerah lain boleh jadi bukan merupakan perbuatan yang melawan hukum;

Singkatnya, melalui putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 pemaknaan merugikan keuangan negara atau perekonomian negara tidak merupakan akibat yang harus nyata (*actual loss*) terjadi. Sehingga apabila ada tindakan yang memenuhi unsur memperkaya diri sendiri dan/atau orang lain secara melawan hukum sudah terpenuhi, maka tindak pidana korupsi sudah terjadi.

Pada putusan selanjutnya dengan isu konstitusional yang sama yakni pada putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 25/PU-XIV/2016, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Adapun dalam pertimbangannya, terdapat alasan yang mendasar bagi Mahkamah Konstitusi untuk mengubah penilaian konstitusionalitas dalam putusan sebelumnya, karena penilaian sebelumnya telah nyata secara berulang-ulang justru menimbulkan ketidakpastian hukum dan ketidakadilan dalam pemberantasan korupsi. Dengan demikian kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor bertentangan

dengan UUD 1945, sehingga tidak mengikatnya kata “dapat” menjadikan Pasal 2 dan Pasal 3 UU Tipikor menjadi delik materiil.

Mahkamah Konstitusi menilai Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor terkait penerapan unsur merugikan keuangan negara telah bergeser dengan menitikberatkan adanya akibat delik materiil. Tegasnya, unsur merugikan keuangan negara tidak lagi dipahami sebagai perkiraan (*potential loss*), tetapi harus dipahami benar-benar sudah terjadi atau nyata (*actual loss*) dalam tipikor. Pencantuman kata ‘dapat’ membuat delik kedua pasal tersebut menjadi delik formil, yang pada praktiknya sering disalahgunakan untuk menjangkau banyak perbuatan yang diduga merugikan keuangan negara termasuk kebijakan atau keputusan diskresi atau pelaksanaan asas *freies ermessen* yang bersifat mendesak dan belum ditemukan landasan hukumnya. Hal ini berakibat pada terjadinya kriminalisasi dengan dugaan penyalahgunaan wewenang.

Dengan memperhatikan perkembangan pengaturan dan penerapan unsur merugikan keuangan negara terdapat alasan mendasar untuk mengubah penilaian konstitusionalitas putusan sebelumnya. Sebab, penilaian sebelumnya telah nyata berulang-ulang justru menimbulkan ketidakpastian hukum dan ketidakadilan dalam upaya pemberantasan korupsi. Dengan demikian, kata ‘dapat’ dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor bertentangan dengan UUD 1945. Dengan adanya perubahan putusan tersebut, delik korupsi yang selama ini sebagai delik formil berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006, berubah menjadi delik materiil berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 25/PU-XIV/2016, yang mensyaratkan ada akibat yakni unsur kerugian keuangan negara harus dihitung secara nyata/pasti.

C. *Ratio Decidendi* Penyimpangan Yurisprudensi dalam Putusan Mahkamah Konstitusi

Seorang hakim adalah salah satu aparat yang diberi wewenang oleh undang-undang untuk melaksanakan kekuasaan kehakiman. Dalam melaksanakan tugasnya, hakim memiliki kemerdekaan dalam pengertian bebas dari campur tangan pihak kekuasaan negara lainnya, dan kebebasan dari paksaan, direktiva atau rekomendasi yang datang dari pihak ekstra *judicial*, kecuali dalam hal-hal yang diizinkan oleh undang-undang. Secara lebih konkret kebebasan hakim mengandung 4 (empat) pengertian:¹³

¹³ Mahkamah Agung RI, *Yurisprudensi Mahkamah Agung RI*. 2006, h. 150

- a. Tidak terpengaruh oleh pihak-pihak berperkara baik pihak meteriil maupun pihak formil,
- b. Tidak terpengaruh oleh tekanan, paksaan direktiva atau rekomendasi pihak ekstra *judicial* dari siapapun dan dari badan apapun,
- c. Bebas dan berani berinisiatif dan berimprofisasi dalam tugas pemeriksaan dan mengadili suatu perkara demi pengembangan hukum itu sendiri, demi keadilan dan kebenaran, demi pembangunan dan demi eksistensi negara dan bangsa yang merdeka dan berdaulat,
- d. Kebebasan yang bertanggung jawab kepada Tuhan Yang Maha Esa, negara dan bangsa, masyarakat, nama baik korp dan diri sendiri.

Menurut Yahya Harahap¹⁴ jangkauan otonomi kebebasan hakim dalam menyelenggarakan fungsi peradilan tersebut meliputi lima hal, yaitu :

- a. Menafsir peraturan perundang-undangan,
- b. Mencari dan menemukan asas-asas dan dasar-dasar hukum,
- c. Mencipta hukum baru apabila menghadapi kekosongan perundang-undangan,
- d. Melakukan *contra legem* apabila ketentuan suatu pasal perundang-undangan bertentangan dengan kepentingan umum,
- e. Bebas mengikuti yurisprudensi.

Menurut Sudikno Mertokusumo¹⁵ dalam sistem hukum Indonesia pada dasarnya seorang hakim tidak terikat pada putusan hakim terdahulu mengenai perkara atau persoalan hukum serupa dengan yang akan diputuskannya. Kontradiksi pada putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 terhadap putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 25/PU-XIV/2016, dapat dipahami karena terdapat permasalahan dan perubahan secara sosiologis. Permasalahan sosiologis terjadi karena masyarakat berkembang dan selalu mengalami perubahan, yang mana membutuhkan kebutuhan hukum berbeda mengikuti perkembangan yang ada di masyarakat. Dalam putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006, dirasa tidak memberikan kepastian hukum sehingga membuka ruang adanya penyimpangan yang dilakukan oleh aparat penegak hukum.

Secara teoritik, penyimpangan yurisprudensi putusan Mahkamah Konstitusi dapat dipahami berdasarkan praktik *judicial independence* dan *judicial accountability* dimana hakim memiliki kebebasan dalam memeriksa dan memutus

¹⁴ M.Yahya Harahap, "Peran Yurisprudensi sebagai Standar Hukum Sangat Penting Pada Era Globalisasi", dimuat dalam *Pustaka Peradilan*, 1995, h. 87.

¹⁵ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum, Op. Cit.*, h. 93-94.

perkara pengujian undang-undang dengan dapat mempertanggungjawabkan putusannya kepada publik dan konsepsi *living constitution* yang menggambarkan konstiusionalitas norma bersifat dinamis dan tidak kaku.

1. Konsepsi *Judicial Independence* dan *Judicial Accountability*

Istilah independen atau independensi merupakan serapan dari kata *Independence* yang berarti *The state of quality of being independent; a country freedom to manage all its affairs, whether external or internal without control by other country*.¹⁶ Jika frasa kata independen atau kemandirian dilekatkan dengan kekuasaan kehakiman, maka yang dimaksudkan adalah suatu kondisi yang menunjukkan suatu kehendak yang bebas terhadap lembaga kekuasaan kehakiman yang Merdeka.¹⁷ Makna merdeka adalah berdiri sendiri; bebas dari penghambatan; penjajahan dan sebagainya, tidak terkena tuntutan; leluasa; tidak terikat; tidak tergantung pada pihak tertentu atau *freedom of independency judiciary* yang tidak terbatas dalam organ struktural dan fungsional.

Kemerdekaan kekuasaan kehakiman terdiri dari dua komponen sebagaimana dikemukakan oleh Paulus E Lotulung yakni independensi institusional dan independensi individual.¹⁸ Pasal 24 Ayat (1) dan (2) UUD NRI Tahun 1945 menyatakan bahwa:

- (1) Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.
- (2) Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi”.

Kekuasaan kehakiman yang merdeka terlepas dari pengaruh kekuasaan pemerintah, seperti dikehendaki UUD NRI Tahun 1945, sebagai upaya untuk menjamin dan melindungi kebebasan rakyat dari kemungkinan tindakan sewenang-wenang dari pemerintah apabila kekuasaan kehakiman digabungkan dengan kekuasaan legislatif, maka kehidupan dan kebebasan seseorang akan berada dalam suatu kendali yang dilakukan secara sewenang-wenang, kalau

¹⁶ Bryan A Garner, *Black Law Dictionary*, seventh edition, United States of America: West group, 1999, h. 773.

¹⁷ Sudarsono, *Kamus Hukum*, Jakarta: Penerbit Rineka Cipta, 1992, h. 274.

¹⁸ J.Djohansyah, *Reformasi Mahkamah Agung Menuju Independensi Kekuasaan Kehakiman*, Jakarta: Kesaint Blanc, 2008, h.11.

kekuasaan kehakiman bersatu dengan kekuasaan eksekutif, maka hakim mungkin akan selalu bertindak semena-mena dan menindas.¹⁹

Akar dari konsep independensi kekuasaan kehakiman adalah doktrin pemisahan kekuasaan yang ide pertama kali dikemukakan oleh Aristoteles dalam *Politica* dan memperoleh formulasi sempurnanya oleh Montesquieu yang menyatakan:

“Again, there is not liberty, if the judiciary power be not separated from the legislative and executive. Were it joined with the legislative, the life and liberty of the subject would be exposed to arbitrary control; for the judge would be then the legislator. Were it joined to executive powers, then judge might behave with violence and oppression.”

Oleh karena itu, harus ada pemisahan yang tegas antara tiga kekuasaan legislatif, eksekutif maupun yudikatif agar tidak menimbulkan penyalahgunaan kekuasaan. Guna mewujudkan sebuah negara hukum, kekuasaan yudikatif yang merdeka merupakan suatu *conditio sine qua non* demi terjaminnya kebebasan dan pengendalian atas jalannya pemerintahan negara. Dalam hal kekuasaan kehakiman yang merdeka. Scheltema mengemukakan bahwa penyelesaian sengketa hukum oleh suatu kekuasaan kehakiman yang merdeka (hakim yang bebas), merupakan dasar bagi berfungsinya sistem hukum dengan baik.²⁰

Sir Ninian Stephen dalam J Djohansyah mengemukakan pengertian Independensi dengan cara menjelaskan apa yang dimaksud istilah suatu kekuasaan kehakiman yang independen yaitu *“a judiciary which dispenses justice according to law without regard to the policies and inclinations of the goverment of the day”* yang artinya suatu peradilan yang menjalankan keadilan menurut hukum tanpa pengaruh dari kebijakan dan tekanan pemerintah pada saat itu.²¹ Independensi kekuasaan kehakiman diyakini sebagai sarana yang efektif bagi tercapainya keadilan dalam bentuk jaminan perlindungan warga negara dari tindakan melawan hukum atau tindakan represif dari pihak penguasa.²²

Hakim bebas dalam memeriksa dan memutus suatu perkara. Namun, kebebasan tersebut tidak bersifat mutlak, karena tugas hakim adalah menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, dengan jalan

¹⁹ Bagir Manan dan Kuntana Magnar, *Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia*, Bandung: Alumni, 1997, h. 77.

²⁰ *Ibid.*, h. 6.

²¹ J.Djohansyah “Reformasi Mahkamah Agung...”, *Op. Cit.*, h. 136.

²² Ismail Suny, *Pembagian Kekuasaan Negara*, Jakarta: Aksara Baru, 1978, h. 21.

menafsirkan hukum dan mencari dasar-dasar serta asas yang menjadi landasannya, melalui perkara-perkara yang dihadapkan kepadanya, sehingga putusannya mencerminkan rasa keadilan.²³ Hal tersebut berarti kebebasan hakim dibatasi oleh Pancasila, konstitusi, undang-undang, kepentingan para pihak dan ketertiban umum. Dengan kata lain, putusan hakim tidak boleh menyimpang dari Pancasila dan tidak boleh bertentangan dengan kepentingan negara dan bangsa Indonesia.

Terkait dengan hal tersebut, hakim Benjamin N. Cardozo, dalam "*The Nature of The Judicial Process*", mengatakan:

*My duty as judge may be to objectify in law, not my own aspirations and convictions and philosophies, but the aspirations and convictions and philosophies of the men and women of my time. Hardly shall I do this well if my own sympathies and beliefs and passionate devotions are with a time that is past.*²⁴

Franken²⁵, ahli hukum Belanda, sebagaimana dikutip oleh Firman Floranta Adonara menyatakan bahwa independensi kekuasaan kehakiman dapat dibedakan ke dalam empat bentuk, yaitu:

1. Independensi Konstitusional (*Constittionele Onafhankelijkheid*); Independensi Konstitusional (*Constittionele Onafhankelijkheid*) adalah independensi yang dihubungkan dengan doktrin *Trias Politica* dengan sistem pembagian kekuasaan menurut Montesquieu lembaga kekuasaan kehakiman harus independen dalam arti kedudukan kelembagaannya harus bebas dari pengaruh politik.
2. Independensi Fungsional (*Zakelijke of Fuctionele Onafhankelijkheid*); Independensi fungsional berkaitan dengan pekerjaan yang dilakukan oleh hakim ketika menghadapi suatu sengketa dan harus memberikan suatu putusan. Independensi hakim berarti bahwa setiap hakim boleh menjalankan kebebasannya untuk menafsirkan undang-undang apabila undang-undang tidak memberikan pengertian yang jelas. Karena bagaimanapun hakim mempunyai kebebasan untuk menerapkan isi undang-undang pada kasus atau sengketa yang sedang berjalan. Independensi substansial dapat juga dipandang sebagai pembatasan,

²³ Penjelasan Pasal 1 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman.

²⁴ Benjamin N. Cardozo, *The Nature of The Judicial Process*, New Haven and London: Yale University Press, 1991, h. 173.

²⁵ H. Franken, "Onafhankelijkheid en Verantwoordelijke" Gouda Quhnt, 1997, h. 9-10, dalam Firman Floranta Adonara, "Prinsip Kebebasan Hakim dalam Memutus Perkara Sebagai Amanat Konstitusi", *Jurnal Konstitusi* Volume 12, Nomor 2, Juni 2015, h. 224.

dimana seorang hakim tidak boleh memutuskan suatu perkara tanpa dasar hukum. Independensi substansial juga berarti bahwa dalam kondisi tertentu, hakim atau lembaga kekuasaan kehakiman dapat mencabut suatu ketentuan perundang-undangan yang dianggap bertentangan dengan keadilan atau konstitusi.

3. Independensi Personal Hakim (*Persoonlijke of Rechtspositionele Onafhankelijkheid*);

Independensi Personal Hakim (*Persoonlijke of Rechtspositionele Onafhankelijkheid*) adalah mengenai kebebasan hakim secara individu ketika berhadapan dengan suatu sengketa.

4. Independensi Praktis yang Nyata (*Praktische of Feitelijke Onafhankelijkheid*).

Independensi Praktis yang nyata (*Praktische of Feitelijke Onafhankelijkheid*) adalah independensi hakim untuk tidak berpihak (imparsial). Hakim harus mengikuti perkembangan pengetahuan masyarakat yang dapat dibaca atau disaksikan dari media. Hakim tidak boleh dipengaruhi oleh berita-berita itu dan kemudian mengambil begitu saja kata-kata dari media tanpa mempertimbangkan. Hakim juga harus mampu menyaring desakan-desakan dalam masyarakat untuk dipertimbangkan dan diuji secara kritis dengan ketentuan hukum yang sudah ada. Hakim harus mengetahui sampai sejauh mana dapat menerapkan norma-norma sosial ke dalam kehidupan bermasyarakat.

Menurut Oemar Seno Adjie²⁶, independensi kekuasaan kehakiman dapat dilihat dari dua sudut, yaitu : *independensi zakelijke* atau fungsional; dan *independensi persoonlijk* atau *rechtspositionele*. Berdasarkan uraian di atas dapat dipahami bahwa pengertian independensi kekuasaan kehakiman mempunyai 2 (dua) aspek, yaitu:

1. Dalam arti sempit independensi kekuasaan kehakiman berarti independensi institusional atau dalam arti lain disebut independensi struktural atau independensi eksternal atau independensi kolektif;
2. Dalam arti luas, independensi kekuasaan kehakiman meliputi juga independensi individual atau independensi internal atau independensi fungsional atau independensi normatif. Pengertian independensi personal dapat dilihat juga dari 2 sudut pandang yaitu: independensi personal, yaitu independensi seorang hakim terhadap pengaruh sesama hakim atau

²⁶ Oemar Seno Adji, *Peradilan Bebas Negara Hukum*, Jakarta: Erlangga, 1987, h. 252-253

koleganya; independensi substantif, yaitu independensi hakim terhadap kekuasaan mana pun, baik ketika memutuskan suatu perkara maupun ketika menjalankan tugas dan kedudukannya sebagai hakim.

Dari konsep independensi peradilan tersebut, dapat diambil pemahaman bahwa kebebasan hakim (*independence of judiciary*) harus diimbangi dengan pertanggungjawaban peradilan (*judicial accountability*). Dalam kaitan inilah kemudian melahirkan konsep pertanggungjawaban peradilan (*judicial accountability*) termasuk di dalamnya *integrity* dan *transparency*, yang dibangun di atas prinsip yang merupakan harmonisasi antara tanggung jawab hukum (*legal responsibility*) dan tanggung jawab kemasyarakatan (*social responsibility*).

Konsekuensi adanya *judicial accountability*, adalah adanya pengawasan terhadap badan peradilan termasuk perilaku hakim. Dalam kaitannya dengan tugas hakim, kebebasan hakim harus dilengkapi dengan *impartiality* dan *professionalism* di bidangnya. Dengan demikian, aspek pertanggungjawaban, integritas moral dan etika, transparansi, imparialitas, profesionalisme dan aspek pengawasan, merupakan rambu-rambu diakuinya kebebasan dan independensi hakim.²⁷

Hakim harus mampu merefleksikan setiap teks pasal yang terkait dengan fakta kejadian yang ditemukan di persidangan ke dalam putusan hakim yang mengandung nilai-nilai Pancasila dan nilai-nilai konstitusi dasar dalam UUD 1945, sehingga setiap putusan hakim memancarkan pertimbangan nilai filosofis tinggi, konkretnya ditandai oleh karakter putusan yang ber-Ketuhanan, berperikemanusiaan, menjaga persatuan, penuh kebajikan, dan berkeadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Filsafat harus masuk membantu pikiran hakim menyusun pertimbangan putusannya, sehingga putusan hakim mengandung nilai-nilai keadilan filosofis. Putusan hakim yang baik harus mengandung 3 (tiga) pokok pertimbangan meliputi pertimbangan keadilan filosofis, pertimbangan keadilan sosiologis, dan pertimbangan keadilan yuridis.²⁸

Dalam sistem kekuasaan kehakiman di Indonesia, kata kebebasan digunakan terhadap lembaga peradilan (kekuasaan kehakiman yang merdeka), maupun terhadap hakim (kebebasan hakim) sebagai aparatur inti

²⁷ Kusnu Goesniadhie S, *Harmonisasi Hukum Dalam Perspektif Perundang-undangan: Lex Specialis Suatu Masalah*, Surabaya: JPBooks, 2006, h.176-177.

²⁸ Firman Floranta Adonara, "Prinsip Kebebasan Hakim dalam Memutus Perkara sebagai Amanat Konstitusi", *Jurnal Konstitusi*, Volume 12, Nomor 2, Juni 2015, h. 220.

kekuasaan kehakiman. Istilah kebebasan hakim sebagai suatu prinsip yang telah ditancapkan konstitusi, ternyata dalam tataran implementasi personal maupun sosial telah banyak menimbulkan berbagai macam penafsiran. Ketika kata kebebasan digabungkan dengan kata hakim, yang membentuk kata majemuk kebebasan hakim, maka penafsirannya bermacam-macam. Ada yang menafsirkan bahwa kebebasan hakim merupakan kebebasan yang tidak bersifat mutlak, karena tugas hakim adalah untuk menegakkan hukum dan keadilan yang harus didasarkan kepada dasar Pancasila.²⁹ Oleh karena itu, kebebasan hakim tidak bersifat mutlak, maka kebebasan hakim tidak boleh terlepas dari unsur tanggung jawab. Kebebasan hakim bukanlah kebebasan yang mutlak dan tanpa batas yang cenderung menjurus kepada kesewenang-wenangan.³⁰

Independensi pada hakikatnya merupakan hal yang telah ada di setiap pengadilan namun independensi bukanlah hal yang mutlak, adanya ketentuan mengenai independensi hakim bukan berarti hakim dapat bertindak sewenang-wenang. Dalam menjalankan tugasnya hakim dibatasi oleh pancasila, UUD 1945, Peraturan Perundang-undangan, ketertiban umum dan kesusilaan.³¹ Lebih lanjut di dalam *Conferensi International Commission of Jurist* juga dijelaskan bahwa kebebasan hakim pada hakikatnya diikat dan dibatasi oleh rambu-rambu tertentu. "*Independence does not mean that the judge is entitled to act in an arbitrary manner*". Ketentuan dari segi prosedural maupun substansial atau materiil sudah menjadi batasan bagi hakim agar dalam melakukan independensinya tidak melanggar hukum dan bertindak sewenang-wenang karena hakim adalah subordinat pada hukum dan tidak dapat bertindak *contra legem*. Sehingga dalam konteks kebebasan hakim (*independency of judiciary*) haruslah diimbangi dengan pasangannya yaitu akuntabilitas peradilan (*judicial accountability*)³². Adapun bentuk pembatasan kebebasan hakim dalam memutus perkara antara lain³³:

1. Hakim hanya memutus berdasarkan hukum;

Setiap putusan hakim harus dapat menunjukkan secara tegas ketentuan hukum yang diterapkan dalam suatu perkara konkret. Hal ini sejalan

²⁹ Miriam Budiarto, *Aneka Pemikiran tentang kuasa dan Wibawa*, Jakarta: Sinar Harapan, 1991, h. 1.

³⁰ Kees Bertens, *Sejarah Filsafat Yunani*, Yogyakarta: Kanisius, 1999, h. 94.

³¹ Bambang Sutyoso dan Sri Hastutti Puspitasari, *Aspek-aspek Perkembangan Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*, Yogyakarta: UII Press, 2005, h.52.

³² Paulus E. Lotulung, "Kebebasan Hakim dalam Sistem Penegakan Hukum, *Makalah Seminar Pembangunan Hukum Nasional VIII*, Denpasar, 14-18 Juli 2003, h. 3-5.

³³ Bagir Manan, *Kekuasaan Kehakiman Indonesia*, Yogyakarta: UII Press, 2007, h.112.

dengan asas legalitas bahwa suatu tindakan haruslah berdasarkan aturan hukum. Asas legalitas menuntut suatu kepastian hukum bahwa seseorang yang dinyatakan bersalah melakukan suatu perbuatan yang didakwakan kepadanya, telah ada sebelumnya suatu ketentuan perundang-undangan yang mengatur perbuatan tersebut sebagai perbuatan yang dilarang. Segala putusan hakim atau putusan pengadilan selain harus memuat alasan-alasan dan dasar-dasar dari putusan tersebut, juga harus memuat pasal-pasal tertentu dari peraturan-peraturan yang bersangkutan atau sumber hukum tidak tertulis yang dijadikan dasar mengadili.

2. Hakim memutus untuk keadilan

Untuk mewujudkan keadilan, hakim dimungkinkan untuk menafsirkan, melakukan kontruksi hukum, bahkan tidak menerapkan atau mengesampingkan suatu ketentuan yang berlaku. Apabila hakim tidak dapat menerapkan hukum yang berlaku, maka hakim wajib menemukan hukum demi terwujudnya putusan yang adil. Karena penafsiran, konstruksi, tidak menerapkan hukum atau menemukan hukum tersebut semata-mata untuk mewujudkan keadilan, tidak dapat dilaksanakan secara sewenang-wenang. Undang-undang telah menggariskan bahwa hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup di dalam masyarakat.

2. **Konsepsi *the Living Constitution* dalam Putusan Mahkamah Konstitusi**

Konstitusi dalam kedudukan suatu negara memiliki peran yang sangat signifikan karena terkait dengan hal-hal pokok/fundamental dalam kehidupan suatu negara. Hal ini tidak terlepas dari pemahaman, bahwa konstitusi merupakan titik temu dari keseluruhan kepentingan dan kepercayaan dari suatu masyarakat di dalam segala bidang. Sebagaimana yang dinyatakan oleh K.C Wheare, sebagai berikut³⁴: "*a constitution is indeed the resultant of parallelogram of forces –political, economic, and social- which operate at the time its adoption*". Pendapat KC Wheare dapat dipahami bahwa konstitusi memiliki materi muatan yang sangat luas dan tidak terbatas mengenai kelembagaan politik suatu negara saja.

Kewajiban untuk menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai yang hidup di masyarakat dikenal sebagai konsepsi *the living law* atau *the living*

³⁴ KC Wheare, *Modern Constitution*, London: Oxford University Press, 1969, h. 68.

constitution. Konstitusi memiliki makna yang dinamis atau sering disebut sebagai *living constitution* yang merupakan buah pikir dari aliran *non-originalism*. *Non-originalism* adalah salah satu aliran penafsiran selain aliran *originalism*. Para penganut aliran *non-originalism* beranggapan bahwa prinsip penafsiran yang mencoba untuk mencari tahu makna konstitusi berdasarkan kondisi pada saat itu obyeknya bukan hanya teks akan tetapi subyek yang melakukan interpretasi melihat keadaan pada saat itu.

Pandangan aliran *non-originalism* melihat suatu konstitusi, setidaknya terdapat 2 (dua) hal penting. *Pertama*, pandangan pragmatis, yang berpendapat bahwa menafsirkan konstitusi sesuai dengan makna asli sesuai dengan rumusan dan kondisi pada saat konstitusi dibentuk tidak dapat diterapkan untuk memberikan jawaban terhadap permasalahan yang terjadi. *Kedua*, yang berkaitan dengan maksud konstitusi, para perumus konstitusi merumuskan konstitusi secara luas dan fleksibel yang mengakibatkan konstitusi bersifat dinamis.

Penafsiran *non-originalism* (*non-original intent*) memiliki perbedaan dengan penafsiran *originalis*, alasan yang kuat bahwa penggunaan penafsiran *non-originalism* (*non-original intent*) oleh hakim merupakan penafsiran yang paling tepat dalam memahami konstitusi sekaligus sebagai dasar menentukan pertentangan norma hukum adalah: (1) para perancang konstitusi (pada konvensi Philadelphia) mengindikasikan bahwa mereka tidak ingin keinginan-keinginan mereka yang bersifat spesifik nantinya akan mengontrol interpretasi; (2) tidak ada satupun konstitusi tertulis yang mampu mengantisipasi cara-cara yang dapat digunakan pemerintah di masa yang akan datang untuk menindas rakyat, sehingga ada kalanya merupakan keharusan bagi hakim untuk mengisi kekosongan itu; (3) maksud para perancang itu bermacam-macam, terkadang bahkan sifatnya sementara dan acapkali mustahil untuk ditentukan; (4) *non-originalism* memungkinkan hakim untuk mencegah krisis yang dapat terjadi karena penafsiran yang tidak fleksibel terhadap suatu ketentuan dalam konstitusi yang tidak lagi mampu memenuhi maksud asli dari ketentuan itu; (5) *non-originalism* memungkinkan konstitusi berkembang sesuai dengan pengertian-pengertian yang lebih mencerahkan tentang hal-hal seperti perlakuan yang sama terhadap orang-orang (kulit hitam), kaum perempuan, dan kaum minoritas lainnya.³⁵

³⁵ I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint): Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-Hak Konstitusional Warga Negara*, Jakarta: Sinar Grafika, 2013, h. 289-290.

Penafsiran *non-originalism* memberikan pemahaman bahwa lembaga kekuasaan kehakiman yakni Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga penafsir undang-undang dasar (*the sole judicial interpreter of the constitution*) tidak boleh hanya semata-mata terpaku kepada metode penafsiran “originalism” dengan mendasarkan diri hanya kepada *original intent* perumusan pasal UUD NRI Tahun 1945, terutama apabila penafsiran demikian justru menyebabkan tidak bekerjanya ketentuan-ketentuan UUD NRI Tahun 1945 sebagai suatu sistem dan/atau bertentangan dengan gagasan utama yang melandasi UUD NRI Tahun 1945 itu sendiri secara keseluruhan berkait dengan tujuan yang hendak diwujudkan. Mahkamah Konstitusi harus memahami UUD NRI Tahun 1945 dalam konteks keseluruhan jiwa (*spirit*) yang terkandung di dalamnya guna membangun kehidupan ketatanegaraan yang lebih tepat dalam upaya memadukan cita hukum (*rechtsidee*) dan cita negara (*staatsidee*) guna mewujudkan negara hukum yang demokratis dan negara demokrasi yang berdasar atas hukum, yang merupakan penjabaran pokok pikiran yang terkandung dalam Pembukaan UUD 1945.³⁶

Menurut Maruarar Siahaan bahwa untuk menjembatani teks konstitusi sebagai produk di zamannya yang merefleksikan nilai, tantangan dan persoalan yang dihadapi perumus di masa lalu untuk dijadikan pedoman, nilai dan pandangan hidup dan dasar bernegara di masa kini dengan persoalan, tantangan dan situasi yang berbeda. Oleh karena itu, untuk memenuhi tuntutan demikian, norma konstitusi yang diperlukan dari UUD NRI Tahun 1945 pada masa lalu, tantangan dan kebutuhan zaman di masa sekarang tidak harus hanya dipahami sebagaimana dipahami dan dimaksudkan pada awalnya ketika para perumus menyusunnya (*original intent*). Yang harus ditemukan tidak selalu makna yang dimaksud pembentuknya, akan tetapi apa yang menjadi makna yang dikehendaki oleh teks norma konstitusi itu sendiri untuk menyelesaikan satu perselisihan hukum yang dihadapi. *Justice Brennan* yang menjabat sebagai Hakim Agung Amerika mengemukakan bahwa “sikap bersikukuh dengan *original intent* tersebut merupakan “sikap sombong yang dibungkus dengan sikap rendah hati”. Sehingga dianjurkan agar hakim di zaman modern semestinya tidak hanya mengacu pada sejarah

³⁶ Tanto Lailam, “Penafsiran Konstitusi Dalam Pengujian Konstitusionalitas Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945”, *Jurnal Media Hukum* Vol. 21, No. 1 Juni 2014, h. 12.

masa penyusunannya, melainkan pada sejarah masuknya interpretasi dan apa yang dimaksudkan oleh kata-kata dalam teks masa lalu tersebut.³⁷

Merujuk pada teori *the living constitution*, maka UUD 1945 harus dipahami sebagai konstitusi yang memiliki dinamika berdimensi tekstual dan kontekstual. Sehingga penafsiran terhadap ketentuan norma-norma yang ada di dalam UUD 1945 tidak hanya dipahami maksudnya sebagai aturan yang melihat kondisi pada saat dirumuskan norma tersebut dirumuskan, tetapi juga melihat kondisi saat ketentuan norma-norma itu diterapkan di dalam masyarakat.

David A. Strauss³⁸ dalam *The Living Constitution* menyatakan bahwa *a living Constitution is one that evolves, changes over time, and adapts to new circumstances, without being formally amended*. Menurut pendapatnya, konsep *the living constitution* hadir karena adanya perubahan masyarakat, ekonomi, teknologi dan budaya yang tidak mungkin diramalkan saat konstitusi tersusun. Sehingga tidak terhindarkan jika konstitusi berubah untuk mengikuti perkembangan zaman.³⁹ Singkatnya, konsep *the living constitution* merupakan upaya untuk mewujudkan konstitusi yang hidup, beradaptasi, dan berubah secara bersamaan dengan permasalahan yang ada di masyarakat.

Paradigma yang menyerahkan secara penuh kepada penafsiran hukum berdasarkan otonomi teks hanya akan menimbulkan keadilan berdasarkan teks, sedangkan yang hendak dicari bukanlah keadilan seperti itu tetapi suatu makna yang lebih dalam lagi, yakni keadilan sosial atau keadilan substantif. Kontradiktif putusan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor membuktikan bahwa Mahkamah Konstitusi dalam melakukan tafsir konstitusionalitas suatu undang-undang tidak kaku dan tidak hanya bertumpu pada otonomi teks, sehingga eksistensi UUD NRI Tahun 1945 sebagai *living constitution*, akan benar-benar terwujud. Merujuk pada teori *the living constitution*, maka UUD 1945 harus dipahami sebagai konstitusi yang memiliki dinamika berdimensi tekstual dan kontekstual. MK

³⁷ Maruarar Siahaan, *Undang-Undang Dasar 1945: Konstitusi Yang Hidup*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008, h. 80.

³⁸ David A. Strauss, *The Living Constitution*, <https://www.law.uchicago.edu/news/living-constitution>, diunduh 30 Agustus 2018.

³⁹ Meanwhile, the world has changed in incalculable ways. The nation has grown in territory and its population has multiplied several times over. Technology has changed, the international situation has changed, the economy has changed, social mores have changed, all in ways that no one could have foreseen when the Constitution was drafted. And it is just not realistic to expect the cumbersome amendment process to keep up with these changes.

⁵⁰ It seems inevitable that the Constitution will change, too. It is also a good thing, because an unchanging Constitution would fit our society very badly. Either it would be ignored or, worse, it would be a hindrance, a relic that keeps us from making progress and prevents our society from working in the way it should.

memiliki keluasan ruang untuk menyatakan apa saja sesuai mandat menjaga dan menegakkan konstitusi, sementara konstitusi haruslah hidup (*living constitution*) di tengah masyarakat, bangsa dan negaranya.

KESIMPULAN

Yurisprudensi merupakan salah satu sumber hukum dalam pengujian undang-undang di Mahkamah Konstitusi. Yurisprudensi berlaku ketika majelis hakim meyakini bahwa putusan terdahulu masih relevan dengan permasalahan konstitusional saat ini. Hal ini dapat dilihat dalam putusan tentang persyaratan kerugian konstitusional dan tafsir hak menguasai negara dalam beberapa putusan Mahkamah Konstitusi. Namun, terdapat pula putusan Mahkamah Konstitusi yang berbeda dengan putusan sebelumnya dengan isu konstitusional yang sama, seperti dalam pengujian Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor. Mahkamah Konstitusi pada putusannya mengubah dari tafsir delik formil menjadi delik materiil. Mahkamah Konstitusi beranggapan, pergeseran tafsir ketentuan *a quo* karena menganggap penerapan unsur merugikan keuangan negara telah nyata berulang-ulang menimbulkan ketidakpastian hukum dan ketidakadilan dalam upaya pemberantasan korupsi. Sehingga terdapat alasan mendasar bagi Mahkamah Konstitusi untuk mengubah penilaian konstitusionalitas putusan sebelumnya. Hal ini mengisyaratkan bahwa yurisprudensi terhadap isu konstitusionalitas Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor tidak mengikat bagi hakim karena adanya permasalahan dari putusan terdahulu.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Adji, Oemar Seno, 1987, *Peradilan Bebas Negara Hukum*, Jakarta: Erlangga.
- Apeldoorn, van L.J., 2004, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: PT. Pradnya Paramita.
- Bagir, Manan, 2007, *Kekuasaan Kehakiman Indonesia*, Yogyakarta: UII Perss.
- Bertens, Kees, 1999, *Sejarah Filsafat Yunani*, Yogyakarta: Kanisius.
- Budiarto, Miriam, 1991, *Aneka Pemikiran tentang Kuasa dan Wibawa*, Jakarta : Sinar Harapan.

- Cardozo, Benjamin N., 1991, *The Nature of The Judicial Process*, New Haven and London: Yale University Press.
- Garner, Bryan A., 1999, *Black Law Dictionary*, seventh edition, United States of America: West Group.
- Goesniadhie S., Kusnu, 2006, *Harmonisasi Hukum dalam Perspektif Perundang-undangan*, (Lex Specialis Suatu Masalah), Surabaya: JPBooks.
- Harahap, M.Yahya, 1995, "Peran Yurisprudensi sebagai Standar Hukum Sangat Penting Pada Era Globalisasi" dimuat dalam *Pustaka Peradilan*.
- J. Djohansyah, 2008, *Reformasi Mahkamah Agung Menuju Independensi Kekuasaan Kehakiman*, Jakarta: Kesaint Blanc.
- Kansil, Tanya *Jawab Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Sinar Grafiti.
- Machmudin, Dudu Duswara, 2000, *Pengantar Ilmu Hukum (sebuah Sketsa)*, Bandung: PT Refika Aditama.
- Mahkamah Agung RI, 2006, *Yurisprudensi Mahkamah Agung RI*.
- Manan, Bagir dan Kuntana Magnar, 1997, *Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia*, Bandung: Alumni.
- Marbun, S.F dan Moh. Mahfud MD, 2006, *Pokok-Pokok Adminitrasi Negara*, Yogyakarta: Liberty.
- Mertokusumo, Sudikno, 2003, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*, Yogyakarta: Liberty Yogyakarta, 2003.
- Muhammad, Abdulkadir, *Hukum dan Penelitian Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2004.
- Palguna, I Dewa Gede, 2013, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint): Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-hak Konstitusional Warga Negara*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Paulus Effendi Lotulung, 1997, *Peranan Yurisprudensi sebagai Sumber Hukum*, Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional.
- Pompe, Sebastiaan, 2012, *Runtuhnya Institusi Mahkamah Agung*, Jakarta: Lembaga Kajian dan Advokasi Untuk Independensi Peradilan.

Puslitbang Hukum dan Peradilan Badan Litbang Diklat Kumdil MA RI, 2010, *Kedudukan dan Relevansi Yurisprudensi Untuk Mengurangi Disparitas Putusan Pengadilan*, Jakarta: Penerbit Balitbang Pendidikan dan Pelatihan Hukum dan Peradilan MA RI.

Siahaan, Maruarar, 2008, *Undang-Undang Dasar 1945: Konstitusi yang Hidup*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi.

Sudarsono, 1992, *Kamus Hukum*, Jakarta: Penerbit Rineka Cipta.

Suny, Ismail, 1978, *Pembagian Kekuasaan Negara*, Jakarta: Aksara Baru.

Sutiyoso, Bambang dan Sri Hastuti Puspitasari, 2005, *Aspek-aspek Perkembangan Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*, Yogyakarta: UII Press.

Wheare, KC, 1969, *Modern Constitution*, London: Oxford University Press.

Jurnal/Makalah

Adonara, Firman Floranta, 2015, "Prinsip Kebebasan Hakim dalam Memutus Perkara Sebagai Amanat Konstitusi", *Jurnal Konstitusi*, Volume 12, Nomor 2, Juni, h. 217-236.

Goesniadhie S., Kusnu, 2017, "Prinsip Pengawasan Independensi Hakim", *Jurnal Hukum*, No. 3, Vol 14, Juli, h. 436-447.

Lailam, Tanto, 2014, "Penafsiran Konstitusi Dalam Pengujian Konstitusionalitas Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar 1945", *Jurnal Media Hukum* Vol. 21, No. 1 Juni, h. 88-106.

Lotulung, Paulus E, 2003, "Kebebasan Hakim dalam Sistem Penegakan Hukum, Makalah Seminar Pembangunan Hukum Nasional VIII", Denpasar, 14-18 Juli.

**Eksistensi Majelis Kehormatan
Mahkamah Konstitusi (Studi Keputusan
Majelis Kehormatan Mahkamah
Konstitusi Nomor 01/MKMK/X/2013)**

***The Existence of the Honorary Council
of the Constitutional Court (Studies
Honorary Council of the Constitutional
Court Decision No. 01/MKMK/X/2013)***

Sutan Sorik

Pusat Penelitian Politik-Lembaga Ilmu Pengetahuan Indonesia (P2P-LIPI)
Jl. Jend. Gatot Subroto, Kav.10, Jakarta Selatan 12710
E-mail: sutan.sorik98@gmail.com

Mirza Nasution dan Nazaruddin

Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara Medan
Jl. Universitas No. 4-Kampus USU, Medan 20155
E-mail: mirzanasution@ymail.com; nazyuda@yahoo.co.id

Naskah diterima: 09/10/2017 revisi: 25/06/2018 disetujui: 27/08/2018

Abstrak

Penelitian ini membahas tentang eksistensi Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi. Metode yang digunakan dalam penelitian ini adalah yuridis normatif. Hasil penelitian menunjukkan bahwa kebebasan Hakim Konstitusi untuk menjalankan fungsi, kewenangan, serta kewajibannya merupakan hal yang mutlak harus dimiliki Hakim Konstitusi. Akan tetapi demi menjamin kehormatan, keluhuran martabat, dan kode etik Hakim Konstitusi, maka harus ada mekanisme pertanggungjawaban setiap perbuatan Hakim Konstitusi melalui pengawasan. Hal ini dilakukan supaya kebebasan tersebut tidak disalahgunakan menjadi tameng hukum oleh Hakim Konstitusi. Studi ini juga berhasil mengkonfirmasi bahwa Keputusan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi Nomor 01/MKMK/X/2013 yang menyatakan Hakim Terlapor H.M. Akil Mochtar terbukti

melakukan pelanggaran Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi, dengan menjatuhkan sanksi pemberhentian tidak dengan hormat, telah memberikan kepastian hukum dan kejelasan lembaga pengawas perilaku Hakim Mahkamah Konstitusi. Sehingga anggapan tirani yudisial, dan tirani kekuasaan kehakiman yang dijalankan Mahkamah Konstitusi secara monopolistik tidak benar-benar terjadi di Mahkamah Konstitusi.

Kata kunci : Eksistensi, Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi, Keputusan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi Nomor 01/MKMK/X/2013.

Abstract

This study discusses the existence of the Constitutional Court Honorary Council. The method used in this study is normative juridical, with a decision analysis approach of the Constitutional Court Honorary Council Number 01/MKMK/X/2013. From the analysis, it is known that the freedom of Constitutional Judges to carry out their functions, authorities, and obligations is an absolute requirement for Constitutional Judges. However, in order to guarantee the honor, dignity and ethics code of the Constitutional Justices, there must be a mechanism of accountability for every act of the Constitutional Justice through supervision. This is done so that freedom is not misused to be a legal shield by a Constitutional Judge. This study also succeeded in confirming that the Decision of the Constitutional Court Honorary Assembly Number 01/MKMK/X/2013 stated the Reported Judge H.M. Akil Mochtar was proven to have violated the Code of Ethics and Behavior of Constitutional Judges, by not sanctioning dismissal with respect, has provided legal certainty and clarity of the supervisory body of the conduct of the Judge of the Constitutional Court. So that the assumption of judicial tyranny, and the tyranny of the judicial power exercised by the Constitutional Court are monopolistically not true in the Constitutional Court.

Keywords: *Existence, Constitutional Court Honorary Council, Decision of the Honorary Council of the Constitutional Court Number 01/MKMK/X/2013.*

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Pengawasan terhadap Hakim Konstitusi pertama kali dilakukan oleh Komisi Yudisial, yaitu berdasarkan ketentuan Pasal 20 Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial *juncto* Pasal 34 ayat (3) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, yang menyatakan bahwa Komisi Yudisial berwenang melakukan pengawasan terhadap perilaku Hakim dalam rangka menegakkan kehormatan dan keluhuran martabat serta menjaga perilaku Hakim. Namun kewenangan Komisi Yudisial dalam mengawasi Hakim Konstitusi

dibatalkan melalui putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 005/PUU-IV/2006. Mahkamah Konstitusi menegaskan diri sebagai lembaga “*untouchable*” di negeri ini dengan memutuskan bahwa hakim konstitusi tidak termasuk sebagai pihak yang diawasi oleh Komisi Yudisial.¹ Selanjutnya guna menghindari kekosongan hukum dan lembaga pengawas perilaku Hakim Konstitusi, setelah perubahan UU No. 24 Tahun 2003 dibuatlah penormaan untuk Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi, yaitu berdasarkan Pasal 27A ayat (2) UU No. 8 Tahun 2011.

Akan tetapi berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 49/PUU-IX/2011 pasal tersebut dinyatakan bertentangan dengan UUD NRI 1945. Maka secara internal Mahkamah Konstitusi membentuk Pengaturan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi melalui Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 1 Tahun 2013. Namun, pada tanggal 2 Oktober 2013 terjadi peristiwa yang mengejutkan bagi rakyat Indonesia, yaitu tertangkap tangannya Ketua Mahkamah Konstitusi aktif Akil Mochtar oleh Komisi Pemberantasan Korupsi dengan dugaan tindak pidana korupsi. Kejadian tersebut memberikan dugaan tidak efektifnya lembaga pengawas internal dalam lembaga peradilan.²

Presiden Republik Indonesia Susilo Bambang Yudhoyono menganggap peristiwa tersebut merupakan kondisi yang memenuhi kaidah hal ikhwal kegentingan yang memaksa sebagaimana dimaksud Pasal 22 ayat (1) UUD NRI 1945. Demi menyelamatkan Mahkamah Konstitusi, Presiden mengambil langkah konstitusional dengan menetapkan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Akan tetapi, hanya berselang dalam jangka waktu kurang dari satu bulan setelah ditetapkannya Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2014 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 24 Tahun 2003 Mahkamah Konstitusi, Mahkamah Konstitusi mengabulkan permohonan pengujian UU No. 4 Tahun 2014, dengan Putusan Nomor 1-2/PUU-XII/2014 tentang Pengujian UU No. 4 Tahun 2014 tentang Penetapan Perppu Nomor 1 Tahun 2013 tentang Mahkamah Konstitusi Menjadi Undang-Undang. Putusan tersebut menyatakan bahwa UU No. 4 Tahun 2014 bertentangan dengan UUD NRI 1945, tidak mempunyai kekuatan hukum

¹ Abdul Malik, *Perspektif fungsi pengawasan komisi Yudisial pasca putusan Mahkamah Konstitusi No.005/PUU-IV/2006*, Dalam Jurnal Konstitusi, Vol.6, 2008, h. 4.

² Mahkamah Agung, *Cetak Biru Pembaruan Mahkamah Agung RI*, Jakarta: Leip-MA, 2003, h. 93.

mengikat serta memberlakukan kembali UU No. 24 Tahun 2003 sebagaimana telah diubah dengan UU No. 8 Tahun 2011.³

Salah satu konsekuensi putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 1-2/PUU-XII/2014 tersebut adalah keberadaan lembaga Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi yang diatur dalam Perppu tersebut dinyatakan tidak mempunyai kekuatan mengikat. Dengan demikian, penghapusan kembali lembaga pengawas perilaku Hakim Konstitusi dapat menjadi preseden buruk penegakan hukum di Mahkamah Konstitusi. Hal ini memungkinkan tumbuh suburnya “tirani yudisial”, dan “tirani kekuasaan kehakiman”, yang dijalankan Mahkamah Konstitusi.⁴

Namun untuk menjaga kepastian hukum, agar tidak terjadi kekosongan hukum dan lembaga pengawas Hakim Mahkamah Konstitusi, Mahkamah Konstitusi mengeluarkan kembali peraturan mengenai Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi, yaitu Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 2 Tahun 2014 tentang Kehormatan Mahkamah Konstitusi. Akan tetapi substansi yang dirubah dalam PMK No. 2 Tahun 2014 tidak ada yang bertentangan dengan PMK No. 1 Tahun 2013.

Oleh karena itu, penulis tertarik membahas masalah ini dengan mengangkat judul “Eksistensi Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi (Studi Keputusan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi Nomor 01/MKMK/X/2013)”. Penulis mencoba menganalisis lebih lanjut bagaimana sebenarnya eksistensi Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi melalui keputusan yang pernah dikeluarkan oleh Majelis Mahkamah Konstitusi terhadap dugaan laporan dan informasi pelanggaran berat yang dilakukan oleh Hakim Konstitusi, yaitu Keputusan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi Nomor 01/MKMK/X/2013.

B. Perumusan Masalah

Adapun beberapa pokok permasalahan yang akan dibahas dalam penelitian ini yaitu: *pertama*, bagaimana pengaturan Dewan Etik dan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi dalam Menjaga dan Menegakkan Kehormatan, Keluhuran Martabat, Serta Kode Etik Hakim Konstitusi sebagai Perangkat Penegak Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi? *Kedua*, bagaimana implementasi Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 1 Tahun 2013 terhadap Keputusan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi Nomor 01/MKMK/X/2013?

³ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 1-2/PUU-XII/2014, h. 121-122.

⁴ Muhtadi, “Politik Hukum Pengawasan Hakim Konstitusi”, Fakultas Hukum, Universitas Lampung, *Fiat Justitia* Jurnal Ilmu Hukum Volume 9 No. 3, Juli-September 2015, h. 321.

C. Metode Penelitian

Metode adalah cara kerja untuk memahami atau mawas objek yang menjadi sasaran ilmu yang bersangkutan.⁵ Penelitian ini adalah penelitian hukum doktrinal yang mengkaji hukum yang dikonsepsikan sebagai kaidah perundang-undangan menurut doktrin *positivisme*,⁶ atau penelitian *normative*. Menurut Johny Ibrahim,⁷ “penelitian hukum normatif adalah suatu prosedur penelitian ilmiah untuk menemukan kebenaran berdasarkan logika keilmuan hukum dari segi normatifnya.” Sedangkan, ilmu hukum (normatif) sendiri bertujuan mengubah keadaan atau menawarkan penyelesaian terhadap masalah konkret.⁸ Penelitian hukum normatif merupakan penelitian hukum yang meletakkan hukum sebagai sebuah bangunan sistem norma, dan berhenti pada lingkup konsepsi hukum, asas hukum, dan kaidah peraturan atau substansi hukum,⁹ karena merupakan penelitian terhadap taraf sinkronisasi vertikal dan taraf sinkronisasi horizontal.¹⁰ Penelitian ini bersifat deskriptif analitis karena mendeskripsikan dan memberikan data seteliti mungkin¹¹ mengenai Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi, dan berbagai peraturan perundang-undangan terkait. Kemudian menganalisis data tersebut dalam rangka mengkaji eksistensi Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi dengan menganalisis keputusan yang pernah dikeluarkan terkait pelanggaran berat yang dilakukan hakim konstitusi yaitu Keputusan Nomor 01/MKMK/X/2013.

PEMBAHASAN

1. Pengaturan Dewan Etik dalam Menjaga dan Menegakkan Kehormatan, Keluhuran Martabat, Serta Kode Etik Hakim Konstitusi sebagai Perangkat Penegak Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi

Hakim Konstitusi dalam menjalankan wewenang dan tugas konstitusionalnya, sejatinya harus memiliki integritas dan imparialitas, serta akuntabilitas. Karena Hakim membutuhkan kepercayaan dari masyarakat dan para pencari keadilan, untuk memberikan putusan yang adil bagi para pencari keadilan.¹² Tertangkap

⁵ M. Solly Lubis, *Filsafat Hukum dan Penelitian*, CV. Mandar Maju, Bandung, 1994, h. 21.

⁶ Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum: Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, HUMA, Jakarta, 2002, h. 147-160.

⁷ Johny Ibrahim, *Teori dan Metode Penelitian Hukum Normatif*, Malang : Bayumedia Publishing, 2005, h. 47.

⁸ *Ibid.* h. 53.

⁹ Mukti Fajar ND dan Yulianto Ahmad, *Dualisme Penelitian Hukum*, Cetakan 1, PT. Raja Grafindo Persada, Yogyakarta, 2010, h. 28.

¹⁰ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Cetakan 3, UI Press, Jakarta, 1986, h. 50-51.

¹¹ *Ibid.* h. 9-10.

¹² Wiryanto, Penguatan Dewan Etik dalam Menjaga Keluhuran Martabat Hakim Konstitusi, *Jurnal Konstitusi*, Volume 13, Nomor 4, Desember 2016, h. 734.

tangannya Akil Mochtar oleh Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) dengan dugaan penyuapan, membuat Mahkamah Konstitusi mengevaluasi struktur pengawasan terhadap Hakim Konstitusi. Atas kejadian tersebut, Mahkamah Konstitusi membentuk komponen dari Mahkamah Konstitusi yang baru yaitu Dewan Etik Hakim Konstitusi melalui PMK No. 2 Tahun 2013.

Namun PMK No. 2 Tahun 2013 yang ditetapkan pada tanggal 29 Oktober 2013 tersebut tidak berlaku lama, karena pada tanggal 18 Maret 2014 Peraturan tersebut dicabut dan dinyatakan tidak berlaku lagi. Kemudian pengaturan tentang Dewan Etik diatur pada PMK No. 2 Tahun 2014. Dengan berdasar pada PMK No. 2 Tahun 2014 tersebut maka Dewan Etik menetapkan Peraturan Dewan Etik Hakim Konstitusi Nomor 1 Tahun 2014 tentang Mekanisme Kerja dan Tata Cara Pemeriksaan Laporan dan Informasi.

Ketentuan Pasal 1 ayat (5) PMK No. 2 Tahun 2014 *juncto* Pasal 1 ayat (2) *juncto* Pasal 2 ayat (1) Peraturan Dewan Etik Nomor 1 Tahun 2014 memberikan definisi, “Dewan Etik Hakim Konstitusi merupakan perangkat yang dibentuk oleh Mahkamah Konstitusi untuk menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, dan perilaku hakim, serta Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim Konstitusi (*Sapta Karsa Utama*). Terkait dengan laporan dan informasi mengenai dugaan pelanggaran yang dilakukan oleh Hakim Terlapor dan Hakim Terduga yang disampaikan oleh masyarakat”.

Dewan Etik “bersifat tetap” dan berkantor di Mahkamah Konstitusi.¹³ Dewan Etik terdiri dari seorang ketua dan merangkap anggota dan dua orang anggota. Ketua Dewan Etik dipilih dari dan oleh anggota Dewan Etik secara musyawarah dan mufakat, jika mufakat tidak tercapai, pemilihan ketua dilakukan dengan suara terbanyak. Dewan Etik juga mempunyai sekretariat yang dipimpin oleh Sekretaris Dewan Etik yang diangkat dan diberhentikan oleh Sekretaris Jenderal Mahkamah Konstitusi.¹⁴

Sejak Mahkamah Konstitusi mulai bekerja secara efektif pada tanggal 19 Agustus 2003, Dewan Etik baru dibentuk pada tahun 2013. Dari tahun 2013 sampai dengan sekarang Dewan Etik sudah menangani laporan sebanyak 18 laporan.¹⁵ Satu diantara berita acara pemeriksaan Dewan Etik memuat keputusan

¹³ Ketentuan Pasal 14 ayat (2) PMK No. 2 Tahun 2014 *juncto* Pasal 2 ayat (1) dan (2) Peraturan Dewan Etik No. 1 Tahun 2014.

¹⁴ Ketentuan Pasal 3 Peraturan Dewan Etik No. 1 Tahun 2014.

¹⁵ Mahkamah Konstitusi, *Keputusan Dewan Etik*. <https://mkri.id/index.php?page=web.PutusanEtik&pages=2>. Diunduh 6 September 2018.

dugaan pelanggaran berat yang dilakukan oleh Hakim Konstitusi, yaitu dengan Hakim Terlapor Patrialis Akbar.¹⁶

Dalam pelaksanaan tugas dan kewenangannya Dewan Etik mempunyai kaitan yang erat dengan salah satu lembaga yang dibentuk Mahkamah Konstitusi dan berdasarkan PMK No. 2 Tahun 2014 juga, yaitu Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi. Sebagaimana ketentuan Pasal 22 PMK No. 2 Tahun 2014, yang menyatakan bahwa salah satu wewenang Dewan Etik adalah mengusulkan pembentukan Majelis Kehormatan untuk memeriksa dan mengambil keputusan terhadap Hakim Terduga yang diduga telah melakukan pelanggaran berat dan untuk memeriksa dan mengambil keputusan terhadap Hakim Terlapor atau Hakim Terduga yang telah mendapatkan teguran lisan dan/atau tulisan sebanyak tiga kali.

2. Pengaturan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi dalam Menjaga dan Menegakkan Kehormatan, Keluhuran Martabat, Serta Kode Etik Hakim Konstitusi sebagai Perangkat Penegak Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi

Pengaturan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi telah ada sejak ditetapkannya UU No. 24 Tahun 2003, yaitu pada Pasal 23 ayat (3), yang menyatakan bahwa; "Permintaan pemberhentian dengan tidak hormat sebagaimana dimaksud pada ayat (2) huruf b, huruf c, huruf d, huruf f, dan huruf g dilakukan setelah yang bersangkutan diberi kesempatan untuk membela diri di hadapan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi." Kemudian pada tahun 2006 Mahkamah Konstitusi membentuk Peraturan tentang Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi yaitu peraturan Nomor 10/PMK/2006. Pada perubahan UU No. 24 Tahun 2003 Majelis Kehormatan baru didefinisikan yaitu setelah ditetapkannya UU No. 8 Tahun 2011. Pasal 1 angka 4 UU No. 8 Tahun 2011 menyatakan bahwa: "Majelis Kehormatan Mahkamah konstitusi adalah perangkat yang dibentuk oleh Mahkamah Konstitusi untuk memantau, memeriksa dan merekomendasikan tindakan terhadap Hakim konstitusi, yang diduga melanggar Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim Konstitusi.

Pengaturan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi secara spesifik baru dibentuk pada tanggal 21 Maret 2013 melalui Peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK) No. 1 Tahun 2013. Namun, Peraturan tentang Majelis Kehormatan

¹⁶ Mahkamah Konstitusi, *Berita Acara 16.pdf*. <https://mkri.id/public/content/dewanetik/Berita%20Acara%2016.pdf>. Diakses Pada tanggal 6 September 2018. Pukul 09. 32 WIB.

Mahkamah Konstitusi ini tidak berlaku lama, yaitu hanya berlaku sekitar kurang dari satu tahun. Seperti halnya PMK No. 2 Tahun 2013, pada tanggal 18 Maret PMK No. 1 Tahun 2013 ini dicabut dan dinyatakan tidak berlaku lagi. Pengaturan Majelis Kehormatan kemudian diatur dalam PMK No. 2 Tahun 2014 yang disatukan dengan pengaturan Dewan Etik. Meskipun PMK No. 1 Tahun 2013 dinyatakan dicabut dan digantikan dengan PMK No. 2 Tahun 2014, namun substansi dalam PMK No. 2 Tahun 2014 tersebut tidak ada yang bertentangan dengan PMK No. 1 Tahun 2013, namun hanya sebatas penambahan pengaturan saja. Adapun pengaturan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi adalah sebagai berikut:

a. Kedudukan dan Pembentukan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi

Berdasarkan ketentuan Pasal 2 PMK No. 1 Tahun 2013 Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi dibentuk untuk menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim Konstitusi. Sedangkan Berdasarkan PMK No. 2 Tahun 2014, yaitu Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi merupakan perangkat yang dibentuk oleh Mahkamah Konstitusi untuk menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, dan kode etik hakim konstitusi terkait dengan laporan mengenai dugaan pelanggaran berat yang dilakukan oleh Hakim Terlapor atau Hakim Terduga yang disampaikan oleh Dewan Etik.¹⁷ Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi berdasarkan Pasal 12 PMK No. 1 Tahun 2013 bersifat *ad hoc*.

b. Keanggotaan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi

Keanggotaan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi pertama kali diatur pada Pasal 27A ayat (2) UU No. 8 Tahun 2011. Berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 49/PUU-XI/2011 pasal tersebut dinyatakan bertentangan dengan UUD NRI 1945. Kemudian keanggotaan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi diatur kembali pada pada Pasal 3 PMK No. 1 Tahun 2013. Pengaturan keanggotaan tersebut dirubah dan diatur kembali pada Pasal 27A ayat (5) UU No. 4 Tahun 2014, dan terakhir diatur pada Pasal 5 PMK No. 2 Tahun 2014.

Untuk lebih memperjelas perbandingan unsur-unsur keanggotaan Majelis Kehormatan yang pernah ditetapkan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku maka penulis membuat dalam bentuk tabel, seperti di bawah ini:

¹⁷ Ketentuan Pasal 1 angka 2 *juncto* Pasal 2 ayat (1) PMK No. 2 Tahun 2014.

Tabel 1

Perbandingan Unsur Keanggotaan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi Berdasarkan Peraturan yang Pernah Ditetapkan

Peraturan/Tentang	Unsur Keanggotaan
UU No. 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi	<ul style="list-style-type: none"> a. 1 (satu) orang hakim konstitusi b. 1 (satu) orang anggota Komisi Yudisial c. 1 (orang) dari unsur DPR d. 1 (orang) dari unsur pemerintah yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang hukum; dan e. 1 (satu) orang hakim
PMK No. 1 Tahun 2013 tentang Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi	<ul style="list-style-type: none"> a. 1 (satu) orang Hakim Konstitusi; b. (satu) orang Pimpinan Komisi Yudisial; c. 1 (satu) orang mantan pimpinan lembaga negara; d. 1 (satu) orang mantan Hakim Konstitusi atau mantan Hakim Agung, dan; e. 1 (satu) orang guru besar senior dalam ilmu hukum.
UU No. 4 Tahun 2014 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi Menjadi Undang-Undang	<ul style="list-style-type: none"> a. 1 (satu) orang mantan hakim konstitusi; b. 1 (satu) orang praktisi hukum; c. 2 (dua) orang akademisi yang salah satu atau keduanya berlatar belakang di bidang hukum; dan d. 1 (satu) orang tokoh masyarakat.
PMK No. 2 Tahun 2014 tentang Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi	<ul style="list-style-type: none"> a. 1 (satu) orang Hakim Konstitusi; b. 1 (satu) orang anggota Komisi Yudisial; c. 1 (satu) orang mantan Hakim Konstitusi; d. 1 (satu) orang Guru Besar dalam bidang hukum; e. 1 (satu) orang tokoh masyarakat

c. Syarat Keanggotaan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi

PMK No. 1 Tahun 2013 tidak ada mengatur tentang syarat keanggotaan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi. Sedangkan dalam PMK No. 2

Tahun 2014 yaitu Pasal 11 PMK No. 2 Tahun 2014 menyatakan bahwa untuk menjadi anggota Majelis Kehormatan Mahkamah konstitusi harus memenuhi syarat, yaitu sebagai berikut:

- a. *jujur, adil, dan tidak memihak;*
- b. *berusia paling rendah 60 (enam puluh) tahun untuk anggota Majelis Kehormatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5 huruf c, huruf d, dan huruf e;*
- c. *berwawasan luas dalam bidang etika, moral, dan profesi hakim; dan*
- d. *memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela.*

d. Tugas dan Wewenang Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi

Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi berdasarkan Pasal 8 PMK No. 1 Tahun 2013 bertugas melakukan :

- a. *pengumpulan informasi dan bukti terkait dengan dugaan pelanggaran yang dilakukan oleh Hakim Terlapor;*
- b. *pemanggilan terhadap Hakim Terlapor, pelapor, saksi, dan ahli untuk didengarkan keterangannya;*
- c. *pemeriksaan terhadap Hakim terlapor; dan*
- d. *penyampaian Keputusan Majelis Kehormatan kepada Mahkamah Konstitusi.*

Sedangkan kewenangan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi berdasarkan Pasal 7 PMK No. 1 Tahun 2013 adalah memeriksa dan mengambil keputusan terhadap laporan dan/atau informasi bahwa Hakim Terlapor diduga melakukan pelanggaran berat.

e. Persidangan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi

Berdasarkan Pasal 21 ayat (1) PMK No. 1 Tahun 2013 menyatakan bahwa sidang Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi meliputi:

- a. *mendengarkan keterangan Pelapor;*
- b. *mendengarkan keterangan Hakim terlapor;*
- c. *memeriksa alat bukti;*
- d. *mendengarkan pembelaan Hakim Terlapor;*
- e. *mengambil keputusan.*

Sedangkan PMK No. 2 Tahun 2014 menyatakan bahwa Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi dalam memeriksa dugaan pelanggaran berat yang dilakukan Hakim Terlapor atau Hakim Terduga yang diajukan oleh Dewan Etik akan melakukan persidangan. Berdasarkan ketentuan Pasal 33 PMK No. 2 Tahun 2014 menyatakan bahwa persidangan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi terdiri atas: sidang pemeriksaan pendahuluan, sidang pemeriksaan lanjutan, dan rapat pleno majelis kehormatan.

f. Prinsip Sifat Dasar Keputusan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi sebagai Alat Penegak Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi

Dalam PMK No. 1 Tahun 2013 tidak mengatur tentang prinsip-prinsip pelaksanaan tugas dan wewenang Majelis Kehormatan, Sedangkan dalam PMK No. 2 Tahun 2014 menyatakan adapun prinsip-prinsip yang dimaksud diatur dalam Pasal 55 PMK No. 2 Tahun 2014 yaitu sebagai berikut:

- a. *Prinsip Independensi Hakim Konstitusi, yaitu Dewan Etik dan Majelis Kehormatan dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya tidak boleh mengurangi kebebasan Hakim Konstitusi dalam memeriksa, mengadili, dan memutus perkara yang sedang ditangani;*
- b. *Prinsip Objektivitas, yaitu Dewan Etik dan Majelis Kehormatan harus menggunakan kriteria, parameter, data, informasi, dan fakta yang dapat dipertanggung jawabkan;*
- c. *Prinsip Imparsialitas, yaitu Dewan Etik dan Majelis Kehormatan dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya tidak memihak kepada siapapun dan kepentingan apapun;*
- d. *Prinsip Penghormatan Kepada Profesi Hakim Konstitusi, yaitu Dewan Etik dan Majelis Kehormatan dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya wajib menjaga kehormatan dan kekeluhuran martabat Hakim Konstitusi;*
- e. *Prinsip Praduga Tidak Bersalah, yaitu Hakim Terduga atau Terlapor dianggap tidak bersalah sampai dengan dibuktikannya sebaliknya berdasarkan Keputusan Dewan Etik atau Keputusan Majelis Kehormatan;*
- f. *Prinsip Transparansi, yaitu masyarakat dapat mengakses data, informasi, Keputusan Dewan Etik dan Keputusan Majelis Kehormatan, kecuali hal-hal yang ditentukan lain dalam Peraturan ini; dan*
- g. *Prinsip Akuntabilitas, yaitu Dewan Etik dan Majelis Kehormatan harus dapat mempertanggungjawabkan pelaksanaan tugas dan wewenang.*

Dalam keputusan Dewan Etik dan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi sebagai alat Penegak Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi memiliki sifat, dasar, dan muatan, yaitu sebagai berikut:

a) Sifat Keputusan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi

Bedasarkan Pasal 34 PMK No. 1 Tahun 2013 menyatakan bahwa Keputusan Majelis Kehormatan bersifat final dan mengikat. Demikian juga dalam Pasal 69 PMK No. 2 Tahun 2014 menyatakan bahwa Keputusan Dewan Etik dan Majelis Kehormatan bersifat final dan mengikat.

b) Dasar Keputusan Dewan Etik dan Majelis Kehormatan

Bedasarkan Pasal 35 PMK No. 1 Tahun 2013 menyatakan bahwa Keputusan Majelis Kehormatan didasarkan atas:

- 1) *asas kepatutan, moral, dan etik;*
- 2) *fakta yang terungkap dalam sidang dan rapat;*
- 3) *Kode Etik Hakim Konstitusi; dan*
- 4) *keyakinan anggota Majelis Kehormatan.*

Demikian juga dalam Pasal 70 PMK No. 2 Tahun 2014 menyatakan bahwa dalam mengambil keputusan Dewan Etik dan Majelis Kehormatan mendasarkan pada:

- 1) *asas kepatutan, moral, dan etik;*
- 2) *fakta yang terungkap dalam sidang dan rapat;*
- 3) *Kode Etik Hakim Konstitusi; dan*
- 4) *keyakinan anggota Dewan Etik dan anggota Majelis Kehormatan.*

Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi dibentuk pertama kali pada saat penanganan kasus Akil Mochtar. Namun pada saat pembentukan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi untuk memutuskan dugaan pelanggaran berat yang dilakukan oleh Akil Mochtar, bukan berdasarkan rekomendasi dari Dewan Etik, sebagaimana amanah dari PMK baik No 1 Tahun 2013 maupun No. 2 Tahun 2014. Karena Dewan Etik belum di bentuk secara resmi oleh Mahkamah Konstitusi. Pembentukan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi pada kasus Akil Mochtar berdasarkan atas permintaan Akil Mochtar sendiri. Mahfud MD menyatakan bahwa Mahkamah Konstitusi pada saat itu, membuat terobosan hukum baru, dengan cara menetapkan pembentukan Majelis Kehormatan atas permintaan Akil Mochtar.¹⁸

¹⁸ DetikNews, *MK Bentuk Majelis Kehormatan Hakim Atas Permintaan Akil Mochtar*, <https://news.detik.com/berita/1529763/mk-bentuk-majelis-kehormatan-hakim-atas-permintaan-akil-mochtar>. Diunduh 6 September 2018.

3. Implementasi Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 1 Tahun 2013 terhadap Keputusan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi Nomor 01/MKMK/X/2013

Hakim adalah konkritisasi hukum dan keadilan yang bersifat abstrak. Bahkan ada yang menggambarkan hakim sebagai wakil Tuhan di bumi untuk menegakkan hukum dan keadilan. Pasal 24 ayat (2) UUD NRI 1945 menyatakan bahwa Mahkamah Konstitusi terikat dengan prinsip umum penyelenggaraan kekuasaan kehakiman yang merdeka tanpa campur tangan dan pengaruh dari pihak manapun untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Hal ini sejalan dengan pandangan Hakim Agung Artidjo Alkostar, yang menyatakan bahwa tidak ada bangsa yang beradab tanpa adanya pengadilan yang merdeka dan bermartabat.¹⁹ Kemudian Richard D. Aldrich juga mengatakan terkait kemerdekaan kekuasaan kehakiman berarti:²⁰

"...that individual judges must remain free of influences, except for the dictates of law, the constitution, reasoned decision, legal precedent, and the dictates of the judges individual consciences". (...bahwa para hakim sendiri harus tetap bebas dari pengaruh, kecuali atas perintah hukum, konstitusi, keputusan yang dipertimbangkan pemikiran sehat, preseden hukum, dan perintah hati nurani para hakim sendiri)

Namun Bagir Manan menyatakan bahwa kekuasaan kehakiman yang merdeka, yang berwujud kebebasan hakim dalam memutus perkara tidaklah tanpa resiko. Sangat besar kemungkinan terjadi untuk menyalahgunakan kekuasaan dan bertindak sewenang-wenang atas nama kebebasan hakim. Sehingga perlu dibuat batasan-batasan tertentu tanpa mengorbankan prinsip kebebasan sebagai hakikat kekuasaan kehakiman, pembatasan tersebut diantaranya:²¹ 1. Hakim memutus menurut hukum; 2. Hakim memutus semata-mata untuk memberikan keadilan; 3. Dalam melakukan penafsiran konstruksi atau penemuan hukum, hakim harus tetap berpegang teguh pada asas-asas umum hukum (*general principle of law*) dan asas keadilan yang umum (*the general principles of nature justice*); 4. Harus diciptakan suatu mekanisme yang memungkinkan menindak hakim yang sewenang-wenang untuk menyalahgunakan kebebasannya.

¹⁹ Saldi Isra, *Putusan Mahkamah Konstitusi No 005/PUU-IV/2006*, <http://www.saldiisra.web.id/index.php/buku-jurnal/jurnal/19-jurnalnasional/422-putusan-mahkamah-konstitusi-no-005puu-iv2006-isi-implikasi-dan-masa-depan-komisi-yudisial.html>. Diunduh 11 November 2017.

²⁰ Richard D. Aldrich, "Judicial Independence in a Democratic Society," *The Advocate, The Law Review of the International Academy of Trial Lawyers I*, no. 1 (1995), h. 67. Dikutip dari Nuzul Qur'aini Mardiya, *Pengawasan Perilaku Hakim Mahkamah Konstitusi Oleh Dewan Etik. Jurnal Hukum dan Peradilan*, Volume 6 Nomor 1, Maret 2017. h. 28.

²¹ Bagir Manan, *Kekuasaan Kehakiman Republik Indonesia*, Bandung: LPPM Universitas Islam Bandung, 1995, h. 12-13.

Berkaitan dengan pendapat mengenai pembatasan keempat, Bagir Manan menjelaskan tindakan yang dimaksud bukan mengenai fungsi yustisialnya. Karena tidak ada suatu kekuasaan yang dapat menindak hakim karena putusannya dianggap kurang adil. Akan tetapi tindakan terhadap hakim atas perilaku pribadinya yang merugikan negara atau menurunkan martabat kekuasaan kehakiman.²² Hal ini senada dengan pendapat Sudikno Mertokusumo yang menyatakan bahwa diperlukan pengawasan atas kekuasaan kehakiman. Oleh karena itu, asas peradilan yang baik (*principle of good judicature*) ialah adanya pengawasan.²³ Pendapat yang dijabarkan oleh Bagir Manan terbukti dalam tataran praktis, yaitu pada tanggal 2 Oktober 2013 Ketua Mahkamah Konstitusi aktif Akil Mochtar tertangkap tangan oleh Komisi Pemberantasan Korupsi dengan dugaan tindak pidana korupsi.

Untuk dapat menilai sejauh mana eksistensi Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi maka akan dianalisis berdasarkan implementasi PMK No. 1 Tahun 2013 terhadap putusan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi No. 01/MKMK/X/2013. PMK No. 1 Tahun 2013 merupakan dasar hukum pemeriksaan dugaan pelanggaran yang dilakukan oleh Akil Mochtar. Bukan berdasarkan PMK No. 2 Tahun 2014 yang berlaku sekarang, karena pada pemeriksaan kasus Akil Mochtar PMK No. 2 Tahun 2014 ini belum dibentuk. Namun, sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya bahwa pengaturan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi dalam PMK No. 1 Tahun 2013 tidak ada bertentangan dengan PMK Nomor 2 Tahun 2014, hanya sekedar penambahan penormaan untuk memperkuat Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi. Adapun analisis tersebut sebagai berikut:

a. Pembentukan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi dalam Memeriksa dan Mengambil Keputusan Pelanggaran Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi Nomor 01/MKMK/X/2013

Untuk memeriksa dan mengambil keputusan secara kode etik atas dugaan pelanggaran Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi yang dilakukan oleh Akil Mochtar. Menyusul penangkapan yang bersangkutan oleh KPK, terkait dugaan suap sengketa pilkada. Maka dibentuk Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi berdasarkan Keputusan Ketua Mahkamah Konstitusi Nomor 7 Tahun 2013 *juncto* Nomor 8 Tahun 2013. Dalam Keputusan Ketua Mahkamah Konstitusi Nomor 7 Tahun 2013 pada bagian menimbangnaya

²² *Ibid.*, h. 13.

²³ NFN Rimdan, *Kekuasaan Kehakiman Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta, Kencana Prenada Media Group, 2012. h. 50. dikutip dari Nuzul Qur'aini Mardiya, *Jurnal Hukum dan Peradilan*, Volume 6 Nomor 1, Maret 2017. h. 28.

mengatakan bahwa untuk memeriksa dan mengambil keputusan terhadap Hakim Konstitusi Akil Mochtar, yang diduga melakukan tindak pidana korupsi, Rapat Pleno Hakim Konstitusi pada hari Kamis, 3 Oktober 2013 menyepakati untuk membentuk Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi. Oleh karenanya, perlu menetapkan Keputusan Ketua Mahkamah Konstitusi tentang Pembentukan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi. Kemudian berdasarkan pertimbangan Rapat Pleno Hakim Konstitusi pada hari Kamis, tanggal 3 Oktober 2013, menetapkan Keputusan Ketua Mahkamah Konstitusi tentang Pembentukan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi yang beranggotakan 5 (lima) orang yang terdiri atas:

- a. 1 (satu) orang Hakim Konstitusi
- b. 1 (satu) orang pimpinan Komisi Yudisial
- c. 1 (satu) orang mantan pimpinan lembaga negara;
- d. 1 (satu) orang mantan Hakim Konstitusi atau mantan Hakim Agung, dan
- e. 1 (satu) orang guru besar senior dalam ilmu hukum.

Berdasarkan Keputusan Ketua Mahkamah Konstitusi Nomor 7 Tahun 2013 tersebut, maka dalam menetapkan nama-nama keanggotaan Majelis Kehormatan untuk memeriksa dan mengambil keputusan terhadap Hakim Konstitusi Akil Mochtar, yang diduga melakukan tindak pidana korupsi. Ketua Mahkamah Konstitusi kemudian mengeluarkan Keputusan Nomor 8 Tahun 2013.

Dalam keputusan Nomor 8 Tahun 2013 tersebut menetapkan nama-nama anggota Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi sebagai berikut: 1). Harjono, yang berasal dari Hakim Konstitusi, 2). H. Abbas Said, yang berasal dari Wakil Ketua Komisi Yudisial, 3) Bagir Manan, yang berasal dari mantan ketua Mahkamah Agung, 3) Moh. Mahfud MD, yang berasal dari mantan ketua Mahkamah Konstitusi, 4). Hikmahanto Juwana, yang berasal dari Guru Besar Senior Ilmu Hukum Universitas Indonesia.

b. Analisis Keputusan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi Nomor 01/MKMK/X/2013

Identitas Hakim Terlapor dalam Keputusan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi Nomor : 01/MKMK/2013 adalah atas nama: Akil Mochtar, Tempat/ Tanggal Lahir : Putussibau. 18 Oktober 1960, Jabatan : Hakim Konstitusi

Alamat : Jl. Widya Chandra III No. 7 Jakarta Selatan. Jika dilihat ketentuan dari Pasal 36 PMK No. 1 Tahun 2013, tidak ada penjelasan hal-hal apa saja yang harus di uraikan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi mengenai identitas Hakim Terlapor. Dalam ketentuan Pasal 36 hanya menyatakan dalam Keputusan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi harus memuat identitas Hakim Terlapor atau Hakim Terduga. Namun pada putusan ini, identitas terlapor sudah begitu lengkap, sehingga dapat dikatakan bahwa tidak akan menimbulkan cacat hukum. Dengan demikian terlihat jelas bahwa Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi dalam keputusannya telah melaksanakan prinsip transparansi, yaitu masyarakat dapat mengakses data, informasi, Keputusan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi dengan baik.

Adapun mengenai ringkasan informasi dugaan pelanggaran oleh Hakim Terlapor yaitu sebagai berikut:

- 1) *Bepergian Tanpa Pemberitahuan Kepada Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi*
- 2) *Pelanggaran Hukum Atas Kepemilikan Barang Harta Kekayaan*
- 3) *Penyalahgunaan Kewenangan*
- 4) *Transaksi Keuangan Yang Tidak Wajar*
- 5) *Pemakaian dan Penyimpanan Barang Terlarang*

Ringkasan informasi mengenai dugaan pelanggaran hakim terlapor, diatur pada Pasal 36 PMK No. 1 Tahun 2013. Jika dilihat Keputusan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi mengenai ringkasan informasi dugaan pelanggaran sudah dilakukan dengan sangat sistematis dan dapat dipertanggungjawabkan. Prinsip kehati-hatian terlihat jelas dilaksanakan oleh Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi.

Kemudian dalam Keputusan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi Nomor: 01/MKMK/X/2013, Majelis Kehormatan telah memeriksa dan/atau meminta keterangan sejumlah saksi-saksi dan dokumen-dokumen, dan/atau sumber informasi sebagai alat bukti. Saksi-saksi di bawah sumpah sebanyak 14 (empat belas) orang. Selain keterangan sejumlah saksi-saksi dan/atau sumber informasi di bawah sumpah Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi juga memeriksa dan mempelajari dokumen-dokumen sebagai alat bukti yang sah yang terkait dengan dugaan pelanggaran Kode Etik dan perilaku Hakim Konstitusi yang dilakukan Akil Mochtar. Jika dikaitkan dengan pengaturan

alat bukti pada PMK No. 1 Tahun 2013 mengenai pemeriksaan alat bukti, yang diatur dalam Pasal 27 tentang Pemeriksaan Alat Bukti, yaitu sebagai berikut:

- (1) *Alat bukti yang digunakan dalam Sidang Majelis Kehormatan meliputi:*
 - a. *surat atau tulisan;*
 - b. *keterangan saksi;*
 - c. *keterangan ahli;*
 - d. *alat bukti lain berupa data dan/atau informasi yang diucapkan, dikirimkan, diterima, atau disimpan secara elektronik dengan alat optik atau yang serupa dengan itu; dan*
 - e. *petunjuk.*

Dapat dilihat dalam persidangan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi menggunakan alat bukti surat atau tulisan dan keterangan saksi. Dengan demikian prinsip objektifitas sangat dijunjung tinggi oleh Majelis Kehormatan dalam melakukan pemeriksaan. Majelis Kehormatan telah menggunakan kriteria, parameter, data, informasi, dan fakta yang dapat dipertanggung jawabkan.

Setelah pembuktian, maka Akil Mochtar diberikan kesempatan untuk melakukan pembelaan diri. Dalam pembelaannya Akil Mochtar menolak menyampaikan pembelaan diri dengan alasan telah mengundurkan diri sebagai Hakim Konstitusi sejak tanggal 3 Oktober 2013. Selain itu hakim terlapor juga mempersilahkan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi untuk mengambil keputusan tanpa mendengarkan keterangan dan pembelaan dirinya. Serta apabila dipandang perlu Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi dapat menggunakan keterangannya sebagaimana tercantum dalam surat pengunduran dirinya sebagai dasar dalam pengambilan keputusan. Mengenai pembelaan Hakim Terlapor diatur pada Pasal 33 PMK No. 1 Tahun 2013, dimana bunyi pasalnya, menyatakan bahwa:

- 1) *hakim Terlapor berhak mengajukan pembelaan dalam Sidang Majelis Kehormatan*
- 2) *pembelaan sebagaimana dimaksud pada yat (1) disampaikan sendiri dan tidak dapat dikuasakan kepada pihak lain.*

3) *dalam hal Hakim Terlapor tidak menggunakan haknya sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Majelis Kehormatan melanjutkan rapat atau sidang untuk mengambil keputusan tanpa kehadiran Hakim Terlapor.*

Dari ketentuan pasal tersebut, menurut hemat penulis Hakim Terlapor tidak mempunyai kewajiban untuk memberikan keterangan terhadap dugaan pelanggaran yang telah diperbuatnya. Namun, sebagai Hakim Konstitusi seharusnya jika melakukan pelanggaran haruslah berani bertanggung jawab atas perbuatan yang telah diperbuatnya. Sedangkan jika dilihat posisi Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi mengenai pembelaan hakim terlapor telah melaksanakan kewenangan berdasarkan prinsip independensi Hakim Konstitusi. Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya tidak boleh mengurangi kebebasan Hakim Konstitusi dalam memeriksa, mengadili, dan memutus perkara yang sedang ditangani. Selain itu juga Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi telah melaksanakan kewenangan berdasarkan prinsip imparialitas, yaitu Majelis Kehormatan dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya tidak memihak kepada siapapun dan kepentingan apapun.

Dalam pertimbangan terhadap fakta yang terungkap dalam persidangan Majelis Kehormatan dan pembelaan Hakim Terlapor. Majelis Kehormatan berpendapat yang diambil dari ringkasan informasi dugaan pelanggaran oleh hakim terlapor, fakta yang terungkap dalam sidang, pembelaan Hakim Terlapor. Kemudian akan dijadikan sebagai pertimbangan hukum dan etika yang menjadi dasar pengambilan keputusan oleh majelis kehormatan. Adapun pertimbangan hukum dan etika yang menjadi dasar pengambilan keputusan Majelis Kehormatan adalah Hakim Terlapor dinyatakan melanggar Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi terhadap Prinsip Kepantasan dan Kesopanan, Prinsip Integritas, dan Prinsip Independensi. Sedangkan Pertimbangan Hukum, Majelis Kehormatan berpendapat Hakim Terlapor dinyatakan melanggar Pasal 24C UUD 1945, Pasal 10 ayat (1) dan Pasal 23 huruf b UU No. 24 Tahun 2003, sebagaimana telah dirubah dengan UU No. 8 Tahun 2011. Dengan pertimbangan tersebut, dapat dikatakan bahwa Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi telah melakukan pertimbangan berdasarkan Prinsip Akuntabilitas, yaitu Majelis Kehormatan harus dapat mempertanggungjawabkan pelaksanaan tugas dan wewenang dengan baik.

Atas dasar pertimbangan hukum dan etika, Majelis Kehormatan memutuskan dalam amar Keputusan Majelis kehormatan Mahkamah Konstitusi Nomor:

01/MKMK/X/2013 dengan Hakim Terlapor Akil Mochtar, dinyatakan: Hakim Terlapor Akil Mochtar, terbukti melakukan pelanggaran Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi. Dengan menjatuhkan sanksi Pemberhentian Tidak Dengan Hormat kepada Hakim Terlapor Akil Mochtar. Keputusan Majelis Kehormatan ini berdasarkan Pasal 34 PMK No. 1 Tahun 2013 adalah bersifat final dan mengikat, jadi tidak ada lagi upaya hukum yang dapat dilakukan oleh Akil Mochtar.

Dari analisis tersebut terlihat bahwa Majelis Kehormatan telah menjaga eksistensinya, dengan cara menjalankan seluruh proses persidangan atas asas kepatutan, moral, dan etik, fakta yang terungkap dalam sidang dan rapat, Kode Etik Hakim Konstitusi. Serta telah menerapkan prinsip praduga tidak bersalah, yaitu Hakim Terduga atau Terlapor dianggap tidak bersalah sampai dengan dibuktikannya sebaliknya berdasarkan Keputusan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi.

KESIMPULAN

Penerapan PMK No. 1 Tahun 2013 yang kemudian digantikan PMK No. 2 Tahun 2014, setelah dianalisis dengan keputusan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi Nomor: 01/MKMK/X/2013 tentang pelanggaran berat yang dilakukan oleh Akil Mochtar, dapat diterapkan dengan baik. Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi dalam amar putusannya menyatakan Akil Mochtar terbukti melakukan pelanggaran Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi. Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi menjatuhkan sanksi pemberhentian tidak dengan hormat kepada Akil Mochtar. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa eksistensi Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi melalui kasus ini telah dilaksanakan dengan baik. Selain itu, dengan adanya Putusan Majelis Kehormatan ini telah memberikan kejelasan dan kepastian lembaga pengawas perilaku Hakim Mahkamah Konstitusi, serta anggapan tirani yudisial dan tirani kekuasaan kehakiman yang dijalankan Mahkamah Konstitusi secara monopolistik tidak benar-benar terjadi di Mahkamah Konstitusi.

Pengaturan lembaga pengawas dan penegak Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi, yang terdapat dalam PMK No. 1 Tahun 2013 sebagaimana telah digantikan dengan PMK No. 2 Tahun 2014 ini jangan hanya sekedar aturan normatif belaka, akan tetapi harus diterapkan secara konsisten.

Perlu adanya penelitian lanjutan dari penelitian ini, karena Dewan Etik pada saat kasus ini terjadi belum dibentuk oleh Mahkamah Konstitusi. Sehingga belum terlihat bagaimana kerjasama antara Dewan Etik dan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi dalam menangani pelanggaran berat yang dilakukan oleh Hakim Konstitusi.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Ibrahim, Johny, 2005, *Teori dan Metode Penelitian Hukum Normatif*, Malang: Bayumedia Publishing.
- Lubis, M. Solly, 1994, *Filsafat Hukum dan Penelitian*, Bandung: CV. Mandar Maju.
- Manan, Bagir, 1995, *Kekuasaan Kehakiman Republik Indonesia*, Bandung: LPPM Universitas Islam Bandung.
- Mahkamah Agung, 2003, *Cetak Biru Pembaruan Mahkamah Agung RI*, Jakarta: Leip-MA.
- ND, Mukti Fajar, dan Yulianto Ahmad, 2010, *Dualisme Penelitian Hukum*, Cetakan 1, Yogyakarta: PT. Raja Grafindo Persada.
- Soekanto, Soerjono, 1986, *Pengantar Pelitian Hukum*, Cetakan 3, Jakarta: UI Press.
- Wigjosoebroto, Soetandyo, 2002, *Hukum: Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Jakarta: HUMA.

Jurnal

- Malik, Abdul, "Perspektif fungsi pengawasan komisi Yudisial pasca putusan Mahkamah Konstitusi No.005/PUU-IV/2006", *Jurnal Konstitusi*, Vol.6, 2008.
- Muhtadi, 2015, "Politik Hukum Pengawasan Hakim Konstitusi", *Fiat Justisia Jurnal Ilmu Hukum*, Volume 9 No. 3, Juli-September, h. 310-330.
- Mardiya, Nuzul Qur'aini, 2017, "Pengawasan Perilaku Hakim Mahkamah Konstitusi Oleh Dewan Etik", *Jurnal Hukum dan Peradilan*, Volume 6 Nomor 1, Maret, h. 25-40.
- Wiryanto, 2016, "Penguatan Dewan Etik dalam Menjaga Keluhuran Martabat Hakim Konstitusi", *Jurnal Konstitusi*, Volume 13, Nomor 4, Desember, hlm. 720-742.

Peraturan Perundang-undangan

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah dirubah dengan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman telah dicabut dan diganti dengan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial sebagaimana telah dirubah dengan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 18 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial.

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan.

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 2014 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi Menjadi Undang-Undang.

Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Peraturan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 09/PMK/2006 tentang Pemberlakuan Kode Etik Dan Perilaku Hakim Konstitusi.

Peraturan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 2012 tentang Tata Cara Pemberhentian Hakim Konstitusi.

Peraturan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2013 tentang Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi.

Peraturan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 2 Tahun 2013 tentang Dewan Etik Mahkamah Konstitusi.

Peraturan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 2 Tahun 2014 tentang Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi.

Keputusan Ketua Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 2013 tentang Pembentukan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi.

Keputusan Ketua Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 8 Tahun 2013 tentang Keanggotaan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi.

Peraturan Dewan Etik Hakim Konstitusi Nomor 1 Tahun 2014 tentang Mekanisme Kerja Dan Tatacara Pemeriksaan Laporan Dan Informasi

Putusan Pengadilan

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 005/PUU-IV/2006.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 49/PUU-IX/2011.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 1-2/PUU-XII/2014.

Keputusan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi Nomor: 01/MKMK/X/2013.

Internet

Mahkamah Konstitusi, 2018, *Keputusan Dewan Etik*, <https://mkri.id/index.php?page=web.PutusanEtik&pages=2>. Diunduh 6 September.

Mahkamah Konstitusi, 2018, *Berita Acara 16.pdf*. <https://mkri.id/public/content/dewanetik/Berita%20Acara%2016.pdf>. Diunduh 6 September.

DetikNews, 2018, *MK Bentuk Majelis Kehormatan Hakim Atas Permintaan Akil Mochtar*, <https://news.detik.com/berita/1529763/mk-bentuk-majelis-kehormatan-hakim-atas-permintaan-akil-mochtar>. Diunduh 6 September.

Isra, Saldi, 2017, *Putusan Mahkamah Konstitusi No 005/PUU-IV/2006*, <http://www.saldiisra.web.id/index.php/buku-jurnal/jurnal/19-jurnalnasional/422-putusan-mahkamah-konstitusi-no-005puu-iv2006-isi-implikasi-dan-masa-depan-komisi-yudisial.html>. Diunduh 11 November.

Biodata

M. Beni Kurniawan, lahir di Pariaman, 15 September 1992. Penulis menyelesaikan S1 di Fakultas Hukum dan Syari'ah UIN Syarif Hidayatullah (2014) dan S2 di Magister Hukum Universitas Indonesia (2018). Penulis merupakan Calon Hakim Pengadilan Agama Kota Malang.

Abdul Ghoffar, merupakan Peneliti pada Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara Mahkamah Konstitusi. Penulis menyelesaikan S1 di Fakultas Tarbiyah Institut Agama Islam Negeri (IAIN) Sunan Ampel, Surabaya (2002) dan meraih gelar Sarjana Hukum di Fakultas Hukum Universitas Airlangga (2005). Penulis melanjutkan S2 di Fakultas Hukum Universitas Indonesia (2007). Saat ini Penulis sedang menempuh PDIH di Universitas Brawijaya.

Vidya Prahassacitta, menyelesaikan Sarjana Hukum (2007) dan Magister Hukum di Fakultas Hukum Universitas Indonesia (2010). Saat ini Penulis sedang menempuh PDIH di Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Penulis aktif mengajar pada Jurusan Business Law, Universitas Bina Nusantara.

Isharyanto, merupakan Dosen di Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret. Penulis menyelesaikan S1 (2001) dan S2 di Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada (2003). Program Doktor Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret (2014). Penulis pernah menjabat sebagai Kepala Pusat Penelitian Konstitusi dan Hak Asasi Manusia Universitas Sebelas Maret (2010-2012), Sekretaris Badan Mediasi dan Bantuan Hukum Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret (2004-2013), Koordinator Tenaga Ahli Rektor Universitas Sebelas Maret Bidang Hukum (2015-sekarang).

Cholidin Nasir, lahir di Jakarta, 19 September 1970. Penulis menyelesaikan S-1 di Universitas Satria Makassar (1998), S-2 di Universitas Islam Jakarta (2010), dan saat ini menempuh studi pada PDIH Universitas Diponegoro (2015-sekarang). Penulis dapat dihubungi di email: Cholidin70@gmail.com.

Rommy Patra, merupakan Dosen di Fakultas Hukum Universitas Tanjungpura, Pontianak. Penulis menyelesaikan S1 di Fakultas Hukum Universitas Tanjungpura, Pontianak, S2 Program Magister Ilmu Hukum Universitas Tanjungpura, Pontianak, dan S3 pada Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, Semarang.

Pepen Irpan Fauzan, lahir di Sumedang, 2 Oktober 1978. Penulis adalah Dosen di STAI Persatuan Islam, Garut. Penulis menyelesaikan S1 di Universitas Padjadjaran dan S2 di Universitas Indonesia. Saat ini penulis sedang menempuh S3 di UIN Syarif Hidayatullah.

Ahmad Khoirul Fata, lahir di Tuban, 15 April 1981. Penulis adalah Dosen di IAIN Sultan Amai Gorontalo. Penulis menyelesaikan S1 (2003) dan S2 di IAIN Sunan Ampel Surabaya (2006). Saat ini penulis sedang menempuh S3 di UIN Syarif Hidayatullah.

Ajie Ramdan, lahir di Tangerang, 24 Juni 1985. Penulis menyelesaikan S1 di Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran (2010) dan S2 di Fakultas Hukum Universitas Indonesia (2014). Penulis merupakan dosen di Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran.

Oly Viana Agustine, lahir di Sragen, 06 November 1988. Penulis menyelesaikan S1 dan S2 di Fakultas Hukum Universitas Diponegoro. Penulis merupakan Peneliti di Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.

Sutan Sorik, lahir di Paran Batu, 06 November 1994. Penulis menyelesaikan S1 Ilmu Hukum di Universitas Sumatera Utara (2017). Penulis merupakan peneliti di Pusat Penelitian Politik-Lembaga Ilmu Pengetahuan Indonesia (P2P-LIPI).

Mirza Nasution, lahir di Medan, 26 November 1972. Penulis menyelesaikan S1 di Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara (1997), S2 di Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara (2001), dan S3 di Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara (2008). Penulis merupakan dosen di Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara.

Nazaruddin, lahir di Binjai, 11 Juni 1955. Penulis menyelesaikan S1 di Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara (1982), S1 Fakultas Sastra Universitas Sumatera Utara (1983), dan S2 di University of Northumbria, Newcastle upon Tyne, UK. Penulis merupakan staf pengajar di Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara.

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 Direktorat Jenderal Penguatan Riset dan Pengembangan, Kementerian Riset, Teknologi, dan Pendidikan Tinggi (RISTEKDIKTI) Nomor : 21/E/KPT/2018 yang berlaku selama 5 (lima) 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:
Ali. M. Mahrus, *et.al*, 2012, "Tafsir Konstitusional Pelanggaran Pemilukada yang Bersifat Sistematis, Terstruktur dan Masif", *Jurnal Konstitusi*, Volume 9, Nomor 1, Maret, h. 189 - 225.
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.
Hidayat, Arief, 2009, "Politik Hukum Konstitusi dan Fenomena Absentia Voter (Golput) Dalam Pemilu di Indonesia", *Jurnal Konstitusi*, Volume 1, Nomor 1, Juni, h. 20 – 31.
Isra, Saldi, 2010, *Pergeseran Fungsi Legislasi (Menguatnya Model Legislasi Parlementer Dalam Sistem Presidensial Indonesia)*, Jakarta: PT RadjaGrafindo Persada.

- MD, Moh. Mahfud, 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.
- MD, Moh. Mahfud, 2007, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta: LP3ES.
- Safa'at, Muchamad Ali, 2007, "Militer Dalam Prespektif Hukum Tata Negara", http://anomalisemesta.blogspot.com/2007/10/artikel_06.html, diunduh 27 Desember.
- 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

Actual Loss 503, 510, 650, 651
Actus Reus 625, 628
Actus Reus 634
Adhoc 609
Amerika Serikat 480, 490, 498
Asas Bebas 645, 646
Asas Precedent 645

B

Badan Amil Zakat Nasional 604
Badan Haji Indonesia 610
Badan Pemeriksa Keuangan 511
Badan Usaha Miliik
Daerah 514
Negara 514, 518
Baznas 604
Bestuurhandeling 526, 540
Bestuurzorg 534
Birokratisasi 592
Blasphemy 617, 623, 637, 641
Bonum
Coetuum Particulare 534
Privatum 534
Publicum 534

BPUPKI 596

Brazil 480, 481, 490, 491, 498, 499, 500
Brennan 661
Buehler 605, 614

C

Causal Verband 648
Checks and Balances 494
Civil
Law 642, 643, 645-647
System 646
Society 604, 607
Commission 633
Committee Against Torture 570
Common
Law 645, 646
Law System 645
Communa Delict 507
Compendium Frijer 601
Conditionally
Constitutional 548, 549
Unconstitutional 548, 549
Conditio Sine Quanon 654
Constitutionele Onafhankelijkheid 655
Constitution 617
Constitutional Importance 530
Contra Legem 652, 658
Contrarius Actus 473
Crimes Against Humanity 577
Criminal Integrated Justice System 583
Culpa 622
Custom 645

D

Delict Propria 507
Delik
Formil 651, 663
Materiil 651, 663
Demokrasi 460, 463, 465, 471, 476
Derogable Right 460
Devide Et Impera 599
Dewan Etik 669-673, 676, 677, 678, 685
Dewan Perwakilan Rakyat 643
De Will 628
Direct
Control 533
Influence 534
Operation 533
Due Process of Law 455, 456, 465, 470-472, 474, 476

E

Eksekutif 457, 465, 466, 468, 471-473
Elected Officials 545
Elsam 568, 569, 576
Erga Omnes 648
Extra Judicial Execution 472, 473
Extraordinary Crime 554, 555

F

Farmers Knowledge 536
Faste Jurisprudence 649
Formeel Delict 508, 510
Freedom
of Assembly and Association 460
of Expression 460
Freies Ermessen 651

G

Gekwalificeerd Delict 513
General Principle of Law 678
Gentlemen's Agreement 596
Genus Delict 513
Geprivilegieerd Delict 513
Godslastering 623
Guidelines 647

H

Haji 592, 595, 600, 608-613, 615
Hak Angket 609, 614
Hak Asasi Manusia (Freedom of Association 457
Hakim Agung 513
Hizbut Tahrir Indonesia (HTI) 456
Holding Company 514
Hukum
Islam 592-595, 597-599, 601, 602, 605
Nasional 592-595, 597, 598, 601, 613

Positif 592, 594, 601, 602, 605, 606, 609
Syariah 592, 594, 595, 598, 600

I

Ideologi Pancasila 602
Imparsial 656
Imparsialitas 670, 683
Impartiality 657
Impeachment 491
In Abstracto 647
Incommunicado Detention 571
In Concreto 647
Incumbent 496
Independence
of Judiciary 657, 658
Independensi
Pessoonlijk 656
Zakelijke 656
India 599, 601
Indirect
Control 534
Influence 534
Indische Staatsregeling 599
Individual Rights 530
Indonesia 455-461, 463, 466-472, 474-482, 484, 488, 490, 491, 498, 499, 501-503, 509, 512, 518, 523, 565, -571, 575-583, 586- 588
Initial Report 571
Institutionalized 583
Institutional Revolutionary Party 494
Intellectual Factor 630
IPHI 610, 611

J

Judex Facti 474
Judge Made Law 646
Judicature 645
Judicial
Accountability 652, 657, 658
Activism 543, 544, 549, 550-553, 559, 562
Independence 652
Judicial Restraint 543, 544, 549, 551-553, 559, 562
Judicial Review 503, 520, 547, 550, 551
Judiciary
Accountability 642-644
Independence 642-644
Jus Cogens 567

K

KBIH 611
K.C Wheare 659
Kekuasaan Kehakiman 642, 643, 651, 653-658, 661

Kemenag 609-611
 Kolombia 480, 495, 496, 498, 499
 Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) 522
 Komisi Yudisial 667
 Kompilasi Hukum Islam 598, 601
 Komunisme 463
 Kyrgyzstan 480, 481, 494, 495, 498, 499

L

La Doctrine Du Sens Clair 515
 Landmark 642
 Legalisasi Syariah 592, 595
 Legal
 Policy 480, 481, 483, 485, 488
 Responsibility 657
 Right 530
 Liability 616, 617, 621, 635, 636
 Living Constitution 642-644, 653, 659,
 660, 662, 663
 Local Wisdom 536

M

Maatschappelijk Onbetamelijk 508
 Mahkamah
 Agung 462, 465, 474-477, 509,
 511-519, 524
 Konstitusi 463, 469, 472-480,
 482-484, 487, 498, 502-
 506, 509-511, 514, 515,
 519, 521-524, 543-549,
 552-564, 642, 643, 668,
 644, 645, 647-653, 661-
 663, 666-685
 Pidana Internasional 567
 Majelis
 Kehormatan 666-670, 672-685
 Mahkamah Konstitusi 666-
 670, 672-685
 Permusyawaratan Rakyat (MPR) 481
 Majelis Ulama Indonesia 603
 Majority Run-Off 498
 Mandatory 592, 593, 600, 608
 Market Failure 527
 Marxisme-Leninisme 463
 Materiele Wederrechtelijk 509
 Meksiko 492, 493
 Meksiko 480, 492, 493, 494, 498
 Mens Rea 625, 628, 635
 Mesir 610
 Miniparliament 551
 Modus Vivendi 593
 Montesquieu 654
 Montesquieu 655
 Myanmar 601

N

Nahdlatul Ulama 603
 Natural Law 530
 Natural Rights 530

Negative Legislator 561
 Non Derogable 567
 Non-
 Derogable Right 460, 554
 Original Intent 660
 Originalism 660, 661
 Non Recurrence 578
 Nonrefoulement 585
 Normative 667, 670
 Nullum Crimen 561

O

Omission 633
 Onrechmatigedaad 508, 516
 Open Legal Policy 480, 481, 483
 Ordinary Crime 555
 Organisasi Kemasyarakatan 603
 Original Intent 660, 661
 Ortodoks 466, 472
 Overmacht 625

P

Pancasila 462, 463, 464, 466, 467
 Pemeriksa Keuangan dan
 Pembangunan 511
 Pengadilan Tata Usaha Negara 469,
 472, 473
 Pepen Irpan Fauzan 592, 596
 Periodic Report 571
 Persuasive Precedent 646
 Peru 480, 481, 492, 498, 499, 500
 Phillipina 601
 Politica 654, 655
 Political Will 576
 Positive Legislature 549
 Post Factum 489
 Potential Loss 651
 PPKI 596
 Precedent 645, 646
 Presidential Threshold 480, 481, 482,
 483, 484, 499, 500
 Principle of Good Judicature 679
 Professionalism 657
 Progress Report 570
 Prolegnas 610

R

Ratio Decidendi 651
 Receptie 598, 613
 Rechtsidee 661
 Rechtspositionele 656
 Rechtspraak 645
 Rechtsstaat 468
 Rechtsstaat 560
 Religionsschutz-Theori 623
 Represif 461, 472
 Right To Justice 576
 Rule of Law 560

S

Scheltema 654
 Schuld 624, 625
 Schuldffhig 624
 Separation of Power 551
 Snouck Hurgronje 599, 600, 613
 Social Responsibility 657
 Species Delict 513
 Staatsidee 661
 Stare
 Decicis 646
 Dicisie 645
 Statuta Roma 567
 Statute 645, 646
 Subordinate Legislations 530
 Surat Edaran Mahkamah Agung 511

T

Thailand 601
 The General Principles of Nature Justice
 678
 The Judiciary Independence 642, 644
 The Living Constitution 642, 643, 644,
 659, 662
 The Living Law 659
 The Partnership For Governance
 Reform 569, 580, 581
 Toerekeningsvatbaar 624
 Toerekeningsvatbaarheid 624
 Toerekeningvatbaarheid 616, 617, 621
 Transparency 657
 Treaty 645
 Trias Politica 655

U

Ubudiyah 606
 Uni Soviet 494
 Universal Declaration of Human Rights
 459, 475

V

Van Hamel 629
 Verfassungsgerichtshoft 547
 Volatile Food 536
 Volitional Factor 630

W

Wakaf 592, 595, 598, 600, 602, 603, 613
 Wederrechtelijk 508, 509, 516
 Wederrechtelijkheid 624
 Welfare State 533

Y

Yurisprudensi 642-649, 652, 663

Z

Zakat 592, 600, 602, 604-607, 614, 615
 Zero Tolerance 588

Indeks Pengarang

A

Ahmad Khoirul Fata 592, 596, 600, 614, 615
Ajie Ramdan 616
Akil Mochtar 666, 667, 668, 671, 677, 679, 680, 681, 682, 684
Alfitri 600, 607, 614
Andi Hamzah 622, 624, 626
Anglo Saxon 645
Arifin P. Soeria Atmadja 518
Aristoteles 464, 654
Arskal Salim 599, 600, 603
Artidjo Alkostar 678
Asep 602, 614
Azyumardi Azra 597

B

Bagir Manan 678, 679, 680
Barda Nawawi Arief 562
Basuki Tjahaja Purnama 616, 617, 618, 619, 620, 622, 626, 629
Benjamin N. Cardozo 655
Benny K Harman 482
Bj. Habibie 604

C

Cholidin Nasir 543

D

Dadi Darmadi 609
Daniel S. Lev 560, 563
David A. Strauss 662
Djayadi Hanan 497, 498, 501

E

E.w Thomas 550

F

Firman Floranta Adonara 655

H

Habibie 604, 608
Hans Kelsen 546, 547
H. B. Hooker 598, 613

I

Indar Atmanto 512, 514
Isharyanto 525

J

J Djohansyah 654
Jimly Asshiddiqie 547, 560
John Locke 459
Judex Facti 474
Judge Made Law 646
Jus Cogens 567

L

Lord Acton 471

M

Mahfud MD 677, 680
Maruarar Siahaan 661, 662
Masykuri Abdillah 593, 597
M. Beni Kurniawan 455
M. B. Hooker 598, 605
Miriam Budiardjo 471, 530
Moeljatno 625, 626, 629, 630, 640
Moh. Mahfud MD 461, 465, 466, 472
Moh. Natsir 596
Muzakki 606

O

Oemar Seno Adji 507, 508, 509, 517, 623
Oemar Seno Adjie 656
Oly Viana Agustine 642

P

Pepen Irpan Fauzan 592, 596

R

Ralph C. Chandler 550, 551
Rebecca A. Zietlow 552
Rhoma Irama 482, 489
Ricardo Anaya 493, 494
Richard D. Aldrich 678
Robert Lowry Clinton 550
Rommy Patra 565, 576
Roscoe Pound 621

S

Sapta Karsa Utama 671
Scheltema 654
Sir Ninian Stephen 654
Soeharto 600, 602, 603, 608
Soekarno 596
Soerjono Soekanto 484
Sri Mamudji 484
Sudikno 645, 647, 652
Sudikno Mertokusumo 645, 647, 652, 679
Susilo Bambang Yudhoyono 608

V

Vidya Prahassacitta 502, 514

W

William G. Andrews 560

Y

Yahya Harahap 652
Yusril Ihza Mahendra 593, 594, 601

SERTIFIKAT

Direktorat Jenderal Penguatan Riset dan Pengembangan,
Kementerian Riset, Teknologi, dan Pendidikan Tinggi



Kutipan dari Keputusan Direktur Jenderal Penguatan Riset dan Pengembangan,
Kementerian Riset, Teknologi, dan Pendidikan Tinggi Republik Indonesia
Nomor: 21/E/KPT/2016, Tanggal 9 Juli 2016
Tentang Hasil Akreditasi Jurnal Ilmiah Periode 1 Tahun 2016

Nama Jurnal Ilmiah
Jurnal Konstitusi
E-ISSN: 2548-1657

Penerbit: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan, Mahkamah

Konstitusi Ditetapkan sebagai Jurnal Ilmiah



TERAKREDITASI PERINGKAT 2

Akreditasi berlaku selama 5 (lima) tahun, yaitu
Volume 13 Nomor 1 Tahun 2016 sampai Volume 17 Nomor 4 Tahun 2020

Jakarta, 9 Juli 2018
Direktur Jenderal Penguatan Riset dan Pengembangan



Dr. Muhammad Dimiyati
* NIP. 195912171984021001

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