



JURNAL KONSTITUSI

Volume 16 Nomor 1, Maret 2019

- Kedudukan Asas Legalitas Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 dan 025/PUU-XIV/2016
Warih Anjari
- Implikasi Hukum Pengaturan Hukum Acara Mahkamah Konstitusi dalam Bentuk Peraturan Mahkamah Konstitusi
Aan Eko Widiarto
- Menggagas Sanksi atas Tindakan *Constitution Disobedience* terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi
Novendri M. Nggilu
- “Peradilan Konstitusional” oleh Mahkamah Agung melalui Mekanisme Pengujian Konkret
Titon Slamet Kurnia
- Peran Yurisprudensi dalam Sistem Hukum di Indonesia
Enrico Simanjuntak
- Urgensi Pengaturan Lembaga Negara Khusus dalam Undang-Undang Dasar 1945
Nuriyanto Ahmad Daim
- Progresivitas Putusan Sengketa Kewenangan Lembaga Negara dan Pembaharuan Hukum Acara
Luthfi Widagdo Eddyono
- Prinsip Hukum Pertambangan Mineral dan Batubara yang Berpihak Kepada Masyarakat Hukum Adat
Marthen B. Salinding
- Arti Penting Surat Pemberitahuan Dimulainya Penyidikan: Kajian Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 130/PUU-XIII/2015
Hwian Christianto
- Urgensi Kriminalisasi *Contempt of Court* untuk Efektivitas Pelaksanaan Putusan Peradilan Tata Usaha Negara
Budi Suhariyanto

JK	Vol. 16	Nomor 1	Halaman 001 - 211	Jakarta Maret 2019	P-ISSN 1829-7706 E-ISSN 2548-1657
----	---------	---------	----------------------	-----------------------	--------------------------------------

Terakreditasi RISTEKDIKTI Nomor : 21/E/KPT/2018

**PUSAT PENELITIAN DAN PENGKAJIAN PERKARA DAN PENGELOLAAN PERPUSTAKAAN
MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA**



MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA

JURNAL KONSTITUSI

Vol. 16 No. 1	P-ISSN 1829-7706 E-ISSN: 2548-1657	Maret 2019
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*)

Irfan Nur Rachman

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 16 Nomor 1, Maret 2019

DAFTAR ISI

Pengantar Redaksi	iii - vi
Kedudukan Asas Legalitas Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 dan 025/PUU-XIV/2016	
Warih Anjari	001-022
Implikasi Hukum Pengaturan Hukum Acara Mahkamah Konstitusi dalam Bentuk Peraturan Mahkamah Konstitusi	
Aan Eko Widiarto	023-042
Menggagas Sanksi atas Tindakan <i>Constitution Disobedience</i> terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi	
Novendri M. Nggilu	043-060
“Peradilan Konstitusional” oleh Mahkamah Agung melalui Mekanisme Pengujian Konkret	
Titon Slamet Kurnia	061-082
Peran Yurisprudensi dalam Sistem Hukum di Indonesia	
Enrico Simanjuntak	083-104
Urgensi Pengaturan Lembaga Negara Khusus dalam Undang-Undang Dasar 1945	
Nuriyanto Ahmad Daim	105-126

Progresivitas Putusan Sengketa Kewenangan Lembaga Negara dan Pembaharuan Hukum Acara	
Luthfi Widagdo Eddyono	127-147
Prinsip Hukum Pertambangan Mineral dan Batubara yang Berpihak Kepada Masyarakat Hukum Adat	
Marthen B. Salinding	148-169
Arti Penting Surat Pemberitahuan Dimulainya Penyidikan: Kajian Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 130/PUU-XIII/2015	
Hwian Christianto	170-191
Urgensi Kriminalisasi <i>Contempt of Court</i> untuk Efektivitas Pelaksanaan Putusan Peradilan Tata Usaha Negara	
Budi Suhariyanto	192-211

Biodata

Pedoman Penulisan

Dari Redaksi



Pada Awal Tahun 2019 Jurnal Konstitusi Volume 16 Nomor 1 Edisi Maret hadir kembali menyuguhkan permasalahan seputar keilmuan Ketatanegaraan. Sebagaimana diketahui bahwa Jurnal Konstitusi merupakan sarana media keilmuan di bidang hukum konstitusi dan ketatanegaraan dari hasil penelitian atau kajian konseptual. Berikut hadir 10 (sepuluh) artikel dengan isu utama mengenai implementasi konstitusi, putusan Mahkamah Konstitusi, dan berbagai isu ketatanegaraan yang berkembang secara global.

Artikel pertama berjudul “Kedudukan Asas Legalitas Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 dan 025/PUU-XIV/2016” oleh Warih Anjari, menyoal Pemberantasan Korupsi. Putusan MK No. 003/PUU-IV/2006 dan No. 025/PUU-XIV/2016 mempengaruhi pemberantasan korupsi, karena dengan kedua putusan tersebut dianggap tindak pidana korupsi sulit dibuktikan. Terjadi perbedaan penerapan asas legalitas berdasarkan putusan mahkamah konstitusi dan yurisprudensi. Putusan mahkamah konstitusi menerapkan asas legalitas formil sedangkan yurisprudensi mengembangkan asas legalitas materiil. Legalitas formil mencegah perlakuan kesewenang-wenangan penguasa, sedangkan legalitas materiil mengakomodir hukum tidak tertulis yang tumbuh dan berkembang dari bangsa Indonesia sendiri. Kesimpulannya adalah: putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 dan Nomor 025/PUU-XIV/2016 memperkuat kedudukan asas legalitas secara formal, sedangkan perkembangan yurisprudensi mengarah pada penerapan asas legalitas materiil.

Penulis Aan Eko Widiarto menuangkan gagasan di artikel kedua yang berjudul “Implikasi Hukum Pengaturan Hukum Acara Mahkamah Konstitusi dalam Bentuk Peraturan Mahkamah Konstitusi”. Pokok permasalahan yang diteliti adalah implikasi hukum pengaturan hukum acara Mahkamah Konstitusi dalam bentuk Peraturan Mahkamah

Konstitusi. Implikasi hukum pengaturan hukum acara Mahkamah Konstitusi dalam bentuk Peraturan Mahkamah Konstitusi berdasarkan hasil penelitian ini teridentifikasi ada 3 (tiga), yaitu: ketidakpastian hukum, pelanggaran hierarki peraturan perundang-undangan, dan ketiadaan tertib hukum. Akibat ketiga implikasi hukum tersebut maka penyelenggaraan wewenang dan kewajiban Mahkamah Konstitusi menjadi tidak sah. Namun demikian mengingat asas kemanfaatan dan asas praduga *rechtsmatig* maka selama memberi mandat dan sampai dengan belum ada pembatalan Peraturan Mahkamah Konstitusi maka tindakan MK selalu harus dianggap benar.

Novendri M. Nggilu di artikel selanjutnya yang berjudul “Menggagas Sanksi Atas Tindakan *Constitution Disobedience* terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi”, dalam artikel tersebut Novendri dalam tulisan ini hendak menjawab pertanyaan tentang ; 1) bentuk-bentuk tindakan *constitution disobedience* terhadap putusan Mahkamah Konstitusi, 2) Implikasi dari tindakan *constitution disobedience* tersebut, dan 3) bagaimana sanksi bagi tindakan *constitution disobedience* agar dapat menjamin penegakan konstitusi di Indonesia. Temuan dari penelitian ini adalah ; 1) adanya bentuk pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi baik dengan cara menghidupkan kembali pasal-pasal yang telah dibatalkan oleh MK, atau bahkan pembangkangan terhadap putusan MK melalui putusan pengadilan di lingkungan Mahkamah Agung. 2) pembangkangan terhadap putusan MK berakibat pada ketidakpastian hukum sampai pada terjadinya *constitutional justice delay*. 3) alternatif sanksi yang dapat dibebankan pada pihak yang melakukan pembangkangan terhadap putusan MK adalah sanksi *contemp of court* melalui perluasan makna *contemp of court*, atau dengan cara pembebanan *dwangsom* atau uang paksa.

Artikel selanjutnya “Peradilan Konstitusional” oleh Mahkamah Agung melalui Mekanisme Pengujian Konkret” yang ditulis oleh Titon Slamet Kurnia membahas kemungkinan untuk Mahkamah Agung menjalankan fungsi sebagai peradilan konstitusional. Argumen yang diajukan adalah Mahkamah Agung harus memegang kewenangan yang sama dengan Mahkamah Konstitusi dalam menguji konstitusionalitas undang-undang. Perbedaannya adalah, Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan untuk membatalkan undang-undang yang bertentangan dengan konstitusi, sementara Mahkamah Agung tidak memiliki kewenangan itu. Dalam menguji konstitusionalitas undang-undang, Mahkamah Agung bertindak sebagai peradilan biasa yang memeriksa perkara atau kasus konkret, bukan perkara atau kasus abstrak. Dengan demikian, praktik ini memiliki kesamaan dengan praktik Mahkamah Agung Amerika Serikat, ketimbang praktik Mahkamah Konstitusi. Untuk mendukung argumen ini maka asas praduga konstitusional seharusnya tidak berlaku bagi Mahkamah Agung.

Enrico Simanjuntak dalam artikel yang berjudul “Peran Yurisprudensi dalam Sistem Hukum di Indonesia”, mengangkat persoalan karakteristik sistem hukum *common law* adalah hukum yang berorientasi kepada kasus (*case-law*), sedangkan sistem *civil law*, hukum berorientasi kepada undang-undang (*codified-law*). Namun peraturan perundang-

undangan sebagai basis legalitas hukum dalam tradisi *Rechtstaats*, memiliki keterbatasan tersendiri. Peraturan perundang-undangan tidak pernah mengatur secara lengkap dan detail bagaimana pemenuhan aturan hukum dalam setiap peristiwa hukum, oleh karenanya yurisprudensilah yang akan melengkapinya. Selain untuk mengisi kekosongan hukum, yurisprudensi merupakan instrumen hukum dalam rangka menjaga kepastian hukum. Tulisan ini berusaha mengkaji kedudukan yurisprudensi dikaitkan dengan tugas dan fungsi MK sebagai pengawal konstitusi, bukan sebagai penegak undang-undang. Kesimpulan yang didapat dalam penelitian ini adalah bahwa yurisprudensi merupakan salah satu sumber hukum yang penting dalam tradisi *civil law*. Setiap diskursus tentang yurisprudensi dalam tradisi *civil law* mengisyaratkan bahwa tradisi *civil law* mengakui hukum selain yang tertuang dalam bentuk undang-undang, juga terdapat hukum yang bersumber dari hukum hakim (*judge made law*) (*rechtstersrecht*) yang lebih dikenal dengan nama yurisprudensi (*jurisprudentierecht*).

Artikel yang berjudul “Urgensi Pengaturan Lembaga Negara Khusus dalam Undang-Undang Dasar 1945” ditulis oleh Nuriyanto Ahmad Daim, artikel ini membahas pentingnya Peranan Ombudsman dalam penyelenggaraan negara dan pemerintahan. Dalam rangka reformasi penyelenggaraan negara dan pemerintahan di Indonesia, didirikan lembaga baru yang tidak pernah ada pada masa pemerintahan orde lama dan orde baru yang berkuasa sebelumnya. Simpulan penelitian ini adalah BPK, Ombudsman, Komnas HAM dan KPK yang termasuk dalam lembaga negara khusus diposisikan sejajar dengan Legislatif, Eksekutif dan Yudisial. Walaupun pengaturannya hanya didasarkan pada undang-undang. Di masa yang akan datang agar lembaga negara dan komisi-komisi tersebut semakin *legitimate* dan mampu mendorong terwujudnya penyelenggaraan pemerintahan yang bersih dan berwibawa, maka sudah selayaknya keberadaan lembaga negara khusus tersebut diatur dalam ketentuan norma dasar UUD 1945.

Luthfi Widagdo Eddyono dalam artikel yang berjudul “Progresivitas Putusan Sengketa Kewenangan Lembaga Negara dan Pembaharuan Hukum Acara”, penulis dalam artikelnya membahas salah satu kewenangan Mahkamah Konstitusi adalah memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945. Untuk mengatur hal-hal lebih lanjut, dibentuklah Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Akan tetapi, undang-undang tersebut masih belum menjelaskan detail hukum acara kewenangan tersebut, sehingga Mahkamah Konstitusi diberikan kewenangan untuk mengatur hal-hal yang diperlukan bagi kelancaran pelaksanaan tugas dan wewenangnya. Karenanya Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 08/PMK/2006 tentang Pedoman Beracara dalam Sengketa Kewenangan Konstitusional Lembaga Negara bertanggal, 18 Juli 2006 dibuat oleh Mahkamah Konstitusi. Akan tetapi, Peraturan itu belum juga diubah sampai sekarang padahal berbagai putusan Mahkamah Konstitusi sedikit banyak telah menentukan beberapa hal yang terkait dengan hukum formal di Mahkamah Konstitusi. Bahkan setelah adanya Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan

Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Peraturan Mahkamah Konstitusi juga belum direvisi. Tulisan ini akan memfokuskan pada analisis terhadap hukum acara perkara sengketa kewenangan lembaga negara oleh Mahkamah Konstitusi pasca beberapa putusan yang telah dihasilkan oleh Mahkamah Konstitusi dan adanya Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Terdapat rekomendasi yang dihasilkan terkait dengan kebutuhan revisi hukum acara Mahkamah Konstitusi sebagaimana termaktub dalam Peraturan Mahkamah Konstitusi seperti perlunya diatur keberadaan pihak terkait karena sengketa tersebut pada dasarnya adalah perselisihan atau perbedaan pendapat yang berkaitan dengan pelaksanaan kewenangan antara dua atau lebih lembaga negara, sehingga sengketa kewenangan lembaga negara masih memungkinkan adanya pihak terkait.

Artikel selanjutnya yang berjudul “Prinsip Hukum Pertambangan Mineral dan Batubara yang Berpihak kepada Masyarakat Hukum Adat” oleh Marthen B. Salinding mengupas permasalahan prinsip hukum pengelolaan pertambangan dalam Undang-Undang No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara, yang didasarkan pada prinsip manfaat, keadilan, dan keseimbangan; keberpihakan kepada kepentingan bangsa; partisipatif, transparansi, dan akuntabilitas; berkelanjutan dan berwawasan lingkungan. Namun permasalahannya ketika pertambangan mineral dan batubara berada pada tanah ulayat masyarakat hukum adat prinsip hukum sebagaimana dimaksud belum menunjukkan keberpihakan kepada masyarakat hukum adat. Kesimpulan dari penelitian ini bahwa prinsip pertambangan mineral dan batubara belum menceminkan pengakuan dan perlindungan hak-hak masyarakat hukum adat.

Dalam artikel “Arti Penting Surat Pemberitahuan Dimulainya Penyidikan: Kajian Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 130/PUU-XIII/2015” Hwian Christianto menulis terkait Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 130/PUU-XIII/2015 tidak hanya sekedar memberikan perubahan kepada rumusan Pasal 109 ayat (1) KUHP akan tetapi penekanan konsep hukum acara pidana yang berlaku. Keberadaan Putusan membawa problematika tersendiri dalam hukum acara pidana Indonesia yang berlaku selama ini sehingga kajian terhadap Surat Pemberitahuan Dimulainya Penyidikan (SPDP) penting dilakukan berdasarkan asas hukum acara pidana dan jaminan hak asasi manusia. simpulan yang didapatkan yakni *pertama*, keharusan pemberitahuan SPDP kepada tersangka, korban, dan penuntut umum menunjukkan adanya pergeseran konsep *Crime Control Model* ke konsep *due process model* sekaligus sebuah terobosan hukum yang didasarkan pada tujuh asas hukum acara pidana yang berlaku. Mahkamah Konstitusi menunjukkan konsistensi sistem acara pidana yang mengedepankan prinsip diferensiasi fungsional antara penyidik dan penuntut umum sebagai *integrated criminal justice system*; *kedua* Pemahaman akan arti penting penyampaian SPDP juga memenuhi hak asasi manusia yang dimiliki oleh tersangka, korban dan negara.

Artikel penutup edisi ini berjudul “Urgensi Kriminalisasi *Contempt of Court* untuk Efektivitas Pelaksanaan Putusan Peradilan Tata Usaha Negara” yang ditulis oleh Budi Suhariyanto membahas permasalahan terkait mekanisme pelaksanaan Putusan PTUN. Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara telah mengatur mengenai mekanisme pelaksanaan putusan dengan menggunakan upaya paksa administratif dan perdata berupa pengenaan uang paksa. Pada praktiknya mekanisme ini kurang efektif karena masih ada Pejabat TUN yang tidak mau patuh melaksanakan putusan Pengadilan TUN. Perlu adanya kriminalisasi *contempt of court* terhadap Pejabat TUN yang melakukan pembangkangan tersebut karena dampaknya adalah terabaikannya hak konstitusional warga negara atas keadilan yang telah diputuskan oleh Pengadilan TUN. Dengan kriminalisasi ini maka dapat memberikan jaminan kepastian hukum dan perlindungan terhadap rakyat atas kesewenang-wenangan Pejabat TUN. RUU *Contempt of Court* telah memasukkan ancaman pidana bagi para pihak yang tidak mau mematuhi putusan pengadilan. Secara fundamental yang dilindungi dari kriminalisasi ini adalah kepentingan keadilan dan eksistensi Negara Hukum Indonesia.

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

Warih Anjari

Kedudukan Asas Legalitas Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 dan 025/PUU-XIV/2016

Jurnal Konstitusi Vol. 16 No. 1 hlm. 001-022

Korupsi musuh bersama yang harus diberantas sampai dengan akarnya. Putusan MK No. 003/PUU-IV/2006 dan No. 025/PUU-XIV/2016 mempengaruhi pemberantasan korupsi, karena dengan kedua putusan tersebut tindak pidana korupsi sulit dibuktikan. Terjadi perbedaan penerapan asas legalitas berdasarkan putusan mahkamah konstitusi dan yurisprudensi. Putusan mahkamah konstitusi menerapkan asas legalitas formil sedangkan yurisprudensi mengembangkan asas legalitas materiil. Legalitas formil mencegah perlakuan kesewenang-wenangan penguasa, sedangkan legalitas materiil mengakomodir hukum tidak tertulis yang tumbuh dan berkembang dari bangsa Indonesia sendiri. Putusan mahkamah konstitusi berperan sebagai pengontrol penerapan hukum kebiasaan sebagai dasar pemidanaan. Rumusan masalah dalam tulisan ini adalah: *pertama*, bagaimanakah kedudukan asas legalitas pasca putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 dan Nomor 025/PUU-XIV/2016? *Kedua*, bagaimanakah model asas legalitas yang dapat mengakomodir pemidanaan berdasarkan hukum kebiasaan? Metode penelitiannya menggunakan metode penelitian yuridis normatif. Kesimpulannya adalah: putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 dan Nomor 025/PUU-XIV/2016 memperkuat kedudukan asas legalitas secara formal, sedangkan perkembangan yurisprudensi mengarah pada penerapan asas legalitas materiil. Model asas legalitas untuk hukum pidana materiil Indonesia adalah asas legalitas formil-materiil. Penerapan legalitas materiil dengan syarat, yaitu: 1. Bersifat kasuistis; 2. Berlaku untuk orang tertentu; 3. Secara substansi masih diakui oleh masyarakat adat dengan ditunjukkan adanya masyarakat dan lembaga adat; 4. Hakim harus bersifat hati-hati karena tujuannya mencapai keadilan substantif; 5. Pengadilan negara bersifat *ultimum remedium*.

Kata kunci: asas legalitas, pemberantasan korupsi, putusan mahkamah konstitusi

Warih Anjari

Position of Legality Principle Post Decision of the Constitutional Court Number 003/PUU-IV/2006 and 025/PUU-XIV/2016

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 16 No. 1

Corruption of common enemies that must be eradicated up to their roots. MK decisions No.003/PUU-IV/2006 and No.025/PUU-XIV/2016 affect the eradication of corruption, because with these two decisions corruption is difficult to prove. There has been a difference in the application of the legality principle based on the decision of the constitutional court and jurisprudence. The constitutional court ruling applies the principle of formal legality while jurisprudence develops the principle of material legality. Formal legality prevents treatment of arbitrariness of rulers, while material legality accommodates unwritten law that grows and develops from the Indonesian nation itself. The constitutional court verdict acts as the controller of the application of customary law as a basis for punishment. The formulation of the problem in this paper is: first, what is the position of the legality principle after the Constitutional Court decision Number 003/PUU-IV/2006 and Number 025/PUU-XIV/2016? Second, what is the model of the legality principle that can accommodate punishment based on customary law? The research method uses normative juridical research methods. The conclusion is: MK's decision Number 003/PUU-IV/2006 and Number 025/PUU-XIV/2016 strengthen the position of the principle of legality formally, while the development of jurisprudence leads to the application of principles of material legality. The legality model for Indonesian material criminal law is the principle of formal-material legality. Application of material legality with conditions, namely: 1. Caseistic; 2. Valid for certain people; 3. Substantially still recognized by indigenous peoples as indicated by the existence of indigenous peoples and institutions; 4. Judges must be careful because the objective is to achieve substantive justice; 5. The state court is ultimum remidium

Keywords: *principle of legality, eradication of corruption, decisions of the constitutional court*

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

Aan Eko Widiarto

Implikasi Hukum Pengaturan Hukum Acara Mahkamah Konstitusi dalam Bentuk Peraturan Mahkamah Konstitusi

Jurnal Konstitusi Vol. 16 No. 1 hlm. 023-042

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 (UUD 1945) Pasal 24C ayat (6) menentukan bahwa hukum acara serta ketentuan lainnya tentang Mahkamah Konstitusi diatur dengan undang-undang. Berdasarkan ketentuan tersebut jelas bahwa hukum cara Mahkamah Konstitusi diatur dengan undang-undang. Makna frasa “diatur dengan” menurut Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan materi muatan itu harus diatur hanya di dalam Peraturan Perundang-undangan yang didelegasikan dan tidak boleh didelegasikan lebih lanjut ke Peraturan Perundang-undangan yang lebih rendah (subdelegasi). Pokok permasalahan yang penting diteliti adalah apa implikasi hukum pengaturan hukum acara Mahkamah Konstitusi dalam bentuk Peraturan Mahkamah Konstitusi. Sesuai dengan permasalahan yang diangkat, penelitian ini adalah penelitian doktrinal atau juga disebut sebagai penelitian normatif. Pendekatan yang digunakan adalah pendekatan teoretis (*theoretical approach*), dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*). Implikasi hukum pengaturan hukum acara Mahkamah Konstitusi dalam bentuk Peraturan Mahkamah Konstitusi berdasarkan hasil penelitian ini teridentifikasi ada 3 (tiga), yaitu: ketidakpastian hukum, pelanggaran hierarki peraturan perundang-undangan, dan ketiadaan tertib hukum. Akibat ketiga implikasi hukum tersebut maka penyelenggaraan wewenang dan kewajiban Mahkamah Konstitusi menjadi tidak sah. Namun demikian mengingat asas kemanfaatan dan asas praduga *rechtsmatig* maka selama memberi mandat dan sampai dengan belum ada pembatalan Peraturan Mahkamah Konstitusi maka tindakan MK selalu harus dianggap benar.

Kata kunci: Implikasi Hukum, Hukum Acara, Mahkamah Konstitusi

Aan Eko Widiarto

Legal Implications of Constitutional Court Procedural Law in the Form of Constitutional Court Regulation

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 16 No. 1

*1945 Constitution (UUD 1945) Article 24C Paragraph (6) provides that the procedural law and other provisions concerning the Constitutional Court shall be regulated by act. Based on these provisions it is clear that the law of the way the Constitutional Court is regulated by act. The meaning of the phrase "governed by" pursuant to Act No. 12 of 2011 concerning the Establishment of the Acts and Regulations on the contents of the content shall be regulated only in the delegated Legislation and shall not be further delegated to the lower Legislation Regulations (subdelegations). The main issue that is important to examine is what is the legal implication of regulation of procedural law of the Constitutional Court in the form of Constitutional Court Regulation not in an Act. In accordance with the issues raised, this study is a doctrinal research or also referred to as normative research. The approaches are theoretical approach, and the conceptual approach. The legal implications of the procedural law setting of the Constitutional Court in the form of Constitutional Court Regulation based on the results of this study are identified there are 3 (three), namely: legal uncertainty, violation of legal hierarchy of regulations, and absence of orderly law. As a result of these three legal implications, the legal consequences for the implementation of the authority and duties of the Constitutional Court become invalid. However, considering the principle of expediency and presupposition principle of *rechtsmatig* then as long as giving benefit and until there is no cancellation of the Constitutional Court Regulation, the action of the Constitutional Court must always be considered true.*

Keywords: *Legal Implication, Procedural Law, Constitutional Court*

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

Novendri M. Nggilu

Menggagas Sanksi atas Tindakan *Constitution Disobedience* terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi

Jurnal Konstitusi Vol. 16 No. 1 hlm. 043-060

Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga yang secara fungsional menjalankan tugas untuk mengawal konstitusi Indonesia, untuk memastikan apakah Konstitusi Indonesia dilaksanakan secara penuh dan bertanggung jawab atau tidak. Putusan-putusan Mahkamah Konstitusi yang mencerminkan jaminan *constitution justice value* baik dalam perkara Pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar Tahun 1945, maupun dalam perkara Perselisihan Hasil Pemilihan Umum yang seharusnya dijalankan oleh semua pihak yang terkait dengan putusan tersebut, tak jarang memunculkan situasi terbalik. Oleh sebab itu, tulisan ini hendak menjawab pertanyaan penelitian tentang ; 1) bentuk-bentuk tindakan *constitution disobedience* terhadap putusan Mahkamah Konstitusi, 2) implikasi dari tindakan *constitution disobedience* tersebut, dan 3) bagaimana sanksi bagi tindakan *constitution disobedience* agar dapat menjamin penegakan konstitusi di Indonesia. Metode penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah penelitian normatif dengan pendekatan perundang-undangan, pendekatan konseptual, dan pendekatan kasus, dengan sumber bahan hukum kepustakaan dan teknik analisis preskriptif. Temuan dari penelitian ini adalah ; 1) adanya bentuk pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi baik dengan cara menghidupkan kembali pasal-pasal yang telah dibatalkan oleh MK, atau bahkan pembangkangan terhadap putusan MK melalui putusan pengadilan di lingkungan Mahkamah Agung. 2) pembangkangan terhadap putusan MK berakibat pada ketidakpastian hukum sampai pada terjadinya *constitutional justice delay*. 3) alternatif sanksi yang dapat dibebankan pada pihak yang melakukan pembangkangan terhadap putusan MK adalah sanksi *contempt of court* melalui perluasan makna *contempt of court*, atau dengan cara pembebanan *dwangsom* atau uang paksa.

Kata kunci : Sanksi, *Constitution disobedience*, Putusan MK

Novendri M. Nggilu

“Initiating Sanctions for the Acts of Constitution Disobedience Against the Decision of the Constitutional Court”

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 16 No. 1

The Constitutional Court as an institution that functionally carries out the duty to oversee the Indonesian constitution, to ascertain whether the Indonesian Constitution is implemented in full and is responsible or not. Decisions of the Indonesian constitutional court reflecting guarantees of constitutional justice values both in the case of constitution 1945 judicial review and in cases of general election results disputes which should be enforce by all parties related to the decision, often creating inverse situations. Therefore, this paper is about to answer research questions about; 1) forms of constitution disobedience actions of constitutional court decisions, 2) Implications of constitution disobedience actions, and 3) how sanctions for constitution disobedience acts in order to guarantee the enforcement of the constitution in Indonesia. The research method used is normative research with a statute approach, conceptual approach, and case approach, with library legal materials and prescriptive analysis techniques. The findings of this study are; 1) there is a form of defiance of the Indonesian constitutional court's decision either by reviving the articles that have been canceled by the constitutional court, or even disobedience of the constitutional court's decision through supreme court decisions. 2) The disobedience of the constitutional court's decision resulted in legal uncertainty until the occurrence of constitutional justice delay. 3) the alternative sanctions that can be imposed on the party who commits disobedience of the constitutional court decision is the contempt of court sanction through the expansion of the meaning of the contempt of court, or by imposing dwansom or forced money.

Keywords: *Sanctions, Constitution Disobedience, Constitutional Court Decision*

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

Titon Slamet Kurnia

“Peradilan Konstitusional” oleh Mahkamah Agung melalui Mekanisme Pengujian Konkret

Jurnal Konstitusi Vol. 16 No. 1 hlm. 061-082

Artikel ini membahas kemungkinan untuk Mahkamah Agung menjalankan fungsi sebagai peradilan konstitusional. Argumen yang diajukan adalah Mahkamah Agung harus memegang kewenangan yang sama dengan Mahkamah Konstitusi dalam menguji konstitusionalitas undang-undang. Perbedaannya adalah, Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan untuk membatalkan undang-undang yang bertentangan dengan konstitusi, sementara Mahkamah Agung tidak memiliki kewenangan itu. Dalam menguji konstitusionalitas undang-undang, Mahkamah Agung bertindak sebagai peradilan biasa yang memeriksa perkara atau kasus konkret, bukan perkara atau kasus abstrak. Dengan demikian, praktik ini memiliki kesamaan dengan praktik Mahkamah Agung Amerika Serikat, ketimbang praktik Mahkamah Konstitusi. Untuk mendukung argumen ini maka asas praduga konstitusional seharusnya tidak berlaku bagi Mahkamah Agung.

Kata kunci: Mahkamah Agung, Konstitusionalitas Undang-Undang, Kasus Konkret

Titon Slamet Kurnia

“Constitutional Adjudication” by the Supreme Court through Concrete Review Mechanism

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 16 No. 1

This article argues for the possibility of the Indonesian Supreme Court to undertake the role as constitutional court. The argument suggests that the Indonesian Supreme Court should hold concurring authority with the Indonesian Constitutional Court in reviewing the constitutionality of laws. While the Indonesian Constitutional Court has the exclusive jurisdiction for invalidating the unconstitutional laws, the Indonesian Supreme Court does not have such jurisdiction. In reviewing the constitutionality of laws, the Indonesian Supreme Court exercises its jurisdiction as ordinary court. It reviews a concrete case, not the abstract one. Therefore, this practice is similar with the practice of the Supreme Court of the United States, instead of the practice of the Indonesian Constitutional Court. To support this argument, the principle of presumption of constitutionality should not be applicable to the Indonesian Supreme Court.

Keywords: *Supreme Court, Constitutionality of Laws, Concrete Case*

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

Enrico Simanjuntak

Peran Yurisprudensi dalam Sistem Hukum di Indonesia

Jurnal Konstitusi Vol. 16 No. 1 hlm. 083-104

Karakteristik sistem hukum *common law* adalah hukum yang berorientasi kepada kasus (*case-law*), sedangkan sistem *civil law*, hukum berorientasi kepada undang-undang (*codified-law*). Namun peraturan perundang-undangan sebagai basis legalitas hukum dalam tradisi *Rechtstaats*, memiliki keterbatasan tersendiri. Peraturan perundang-undangan tidak pernah mengatur secara lengkap dan detail bagaimana pemenuhan aturan hukum dalam setiap peristiwa hukum, oleh karenanya yurisprudensi lah yang akan melengkapinya. Selain untuk mengisi kekosongan hukum, yurisprudensi merupakan instrumen hukum dalam rangka menjaga kepastian hukum. Tulisan ini berusaha mengkaji kedudukan yurisprudensi dikaitkan dengan tugas dan fungsi MK sebagai pengawal konstitusi, bukan sebagai penegak undang-undang. Metode analisis yang digunakan adalah studi pustaka dengan pendekatan perbandingan. Kesimpulan yang didapat dalam penelitian ini adalah bahwa yurisprudensi merupakan salah satu sumber hukum yang penting dalam tradisi *civil law*. Setiap diskursus tentang yurisprudensi dalam tradisi *civil law* mengisyaratkan bahwa tradisi *civil law* mengakui hukum selain yang tertuang dalam bentuk undang-undang, juga terdapat hukum yang bersumber dari hukum hakim (*judge made law*) (*rechtstersrecht*) yang lebih dikenal dengan nama yurisprudensi (*jurisprudentierecht*).

Kata kunci : civil law, yurisprudensi, kepastian hukum

Enrico Simanjuntak

The Roles of Case Law in Indonesian Legal System

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 16 No. 1

The characteristics of the common law legal system are case-law, whereas the civil law system, the law is codified-law. However, legislation as the basis of legal legality in the tradition of Rechtstaats, has its own limitations. Legislation never regulates in full and detail how compliance with the laws in every legal circumstances, therefore it is jurisprudence that will complement it. In addition to filling a legal vacuum, jurisprudence is a key legal instrument in order to maintain legal certainty. This paper seeks to examine the position of jurisprudence associated with the duties and functions of the Constitutional Court as a guardian of the constitution, not merely as statute enforcement. The analytical method used is a literature study with a comparative approach. The conclusion obtained in this study is that jurisprudence is an important source of law in the civil law tradition. Any discourse on jurisprudence in the civil law tradition implies that the civil law tradition recognizes law other than those contained in statutes, there is also a law that comes from judge made law (rechtstersrecht) better known as jurisprudence (jurisprudentierecht).

Keywords: civil law, case-law, legal certainty

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

Nuriyanto Ahmad Daim

Urgensi Pengaturan Lembaga Negara Khusus dalam Undang-Undang Dasar 1945

Jurnal Konstitusi Vol. 16 No. 1 hlm. 105-126

Penyelenggaraan negara dan pemerintahan sebelum reformasi ditandai dengan praktik maladministrasi termasuk korupsi, kolusi dan nepotisme (KKN), sehingga mutlak diperlukan reformasi birokrasi pemerintah. Dalam rangka reformasi penyelenggaraan negara dan pemerintahan di Indonesia, didirikan lembaga baru yang tidak pernah ada pada masa pemerintahan orde lama dan orde baru yang berkuasa sebelumnya. Salah satu lembaga baru adalah Ombudsman Republik Indonesia (ORI), sehingga dalam praktik ketatanegaraan Indonesia saat ini, terdapat 4 (empat) pilar kekuasaan yang berkedudukan setara, yaitu Eksekutif, Legislatif, Yudisial dan Lembaga Negara Khusus yang terdiri dari BPK, Ombudsman, Komnas HAM dan KPK. Dengan metode penelitian normatif dan pendekatan konseptual dengan menjadikan Ombudsman sebagai obyek penelitian didapat temuan bahwa BPK, Ombudsman, Komnas HAM dan KPK yang termasuk dalam lembaga negara khusus diposisikan sejajar dengan Legislatif, Eksekutif dan Yudisial. Walaupun pengaturannya hanya didasarkan pada undang-undang. Di masa yang akan datang agar lembaga negara dan komisi-komisi tersebut semakin *legitimate* dan kiprahnya semakin dapat dirasakan oleh masyarakat luas dan mampu mendorong terwujudnya penyelenggaraan pemerintahan yang bersih dan berwibawa, maka sudah selayaknya keberadaan lembaga negara khusus tersebut diatur dalam ketentuan norma dasar UUD 1945.

Kata kunci: Struktur Ketatanegaraan, Konstitusi, Demokrasi, Lembaga Negara Khusus

Nuriyanto Ahmad Daim

Urgency of Regulation of Special State Institutions in 1945 Constitution

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 16 No. 1

The administration of the state and government before the reforms was marked by the practice of maladministration including corruption, collusion and nepotism (KKN), so that it was absolutely necessary to reform the government bureaucracy. In the framework of reforming the implementation of the state and government in Indonesia, some new institutions were established which had never existed during the reign of the old order and the new order that had been in power before. One of the new institutions is the Ombudsman of the Republic of Indonesia (ORI), so that in the current Indonesian constitutional practice, there are 4 (four) pillars of equal position, namely Executive, Legislative, Judicial and Special State Institutions consisting of BPK, Ombudsman, Komnas HAM and KPK. With normative research methods and conceptual approaches by taking the Ombudsman as the object of research obtained findings that the BPK, the Ombudsman, the National Human Rights Commission and the Corruption Eradication Commission included in the special state institutions are positioned parallel to the Legislative, Executive and Judicial. Although the settings are only based on the Act. In the future, the state institutions and commissions will be increasingly legitimate and increasingly able to be felt by the wider community and able to encourage the realization of clean and authoritative governance, the special state institutions should be regulated in the provisions of the 1945 Constitution.

Keywords: *Constitutional Structure, Constitution, Democracy, The Special State Institution*

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

Luthfi Widagdo Eddyono

Progresivitas Putusan Sengketa Kewenangan Lembaga Negara dan Pembaharuan Hukum Acara

Jurnal Konstitusi Vol. 16 No. 1 hlm. 127-147

Berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, salah satu kewenangan Mahkamah Konstitusi adalah memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945. Untuk mengatur hal-hal lebih lanjut, dibentuklah Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Akan tetapi, undang-undang tersebut masih belum menjelaskan detail hukum acara kewenangan tersebut, sehingga Mahkamah Konstitusi diberikan kewenangan untuk mengatur hal-hal yang diperlukan bagi kelancaran pelaksanaan tugas dan wewenangnya. Karenanya Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 08/PMK/2006 tentang Pedoman Beracara dalam Sengketa Kewenangan Konstitusional Lembaga Negara bertanggal, 18 Juli 2006 dibuat oleh Mahkamah Konstitusi. Akan tetapi, Peraturan itu belum juga diubah sampai sekarang padahal berbagai putusan Mahkamah Konstitusi sedikit banyak telah menentukan beberapa hal yang terkait dengan hukum formal di Mahkamah Konstitusi. Bahkan setelah adanya Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Peraturan Mahkamah Konstitusi juga belum direvisi. Tulisan ini akan memfokuskan pada analisis terhadap hukum acara perkara sengketa kewenangan lembaga negara oleh Mahkamah Konstitusi pasca beberapa putusan yang telah dihasilkan oleh Mahkamah Konstitusi dan adanya Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Rekomendasi yang dihasilkan terkait dengan kebutuhan revisi hukum acara Mahkamah Konstitusi sebagaimana termaktub dalam Peraturan Mahkamah Konstitusi seperti perlunya diatur keberadaan pihak terkait karena sengketa tersebut pada dasarnya adalah perselisihan atau perbedaan pendapat yang berkaitan dengan pelaksanaan kewenangan antara dua atau lebih lembaga negara, sehingga sengketa kewenangan lembaga negara masih memungkinkan adanya pihak terkait.

Kata kunci: Mahkamah Konstitusi, Hukum Acara, Sengketa Kewenangan Lembaga Negara

Luthfi Widagdo Eddyono

Progressiveness of State Institution Authority Dispute Decision and Renewal of Procedural Law

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 16 No. 1

Based on Article 24C paragraph (1) of the 1945 Constitution, one of the authorities of the Constitutional Court is to decide on the authority dispute of state institutions whose authority is granted by the 1945 Constitution. To regulate further matters, Law Number 24 of 2003 concerning the Constitutional Court was established. However, the law still does not explain the details of the procedural law of the authority, so the Constitutional Court is given the power to regulate matters needed for the smooth implementation of its duties and authorities. Therefore the Constitutional Court Regulation Number 08/PMK/2006 concerning Procedure Guidelines in the Constitutional Institutional Authority Dispute dated July 18, 2006, was made by the Constitutional Court. However, the regulation has not been changed until now even though various Constitutional Court decisions have determined the number of things related to formal law in the Constitutional Court. Even after the Law Number 8 of 2011 concerning Amendments to Law Number 24 of 2003 concerning the Constitutional Court, the Constitutional Court Regulation has also not been revised. This paper will focus on the analysis of the procedural law on state authority dispute cases by the Constitutional Court after several decisions that have been produced by the Constitutional Court and the existence of Law Number 8 of 2011 concerning Amendments to Law Number 24 of 2003 concerning the Constitutional Court. There are recommendations that are generated related to the need for revisions to the Constitutional Court procedural law as set out in the Constitutional Court Regulations such as the need to regulate the existence of related parties because the dispute is basically a dispute or difference of opinion relating to the implementation of authority between two or more state institutions.

Keywords: *Constitutional Court, Procedural Law, Disputes Authority of State Institutions.*

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

Marthen B. Salinding

Prinsip Hukum Pertambangan Mineral dan Batubara yang Berpihak Kepada Masyarakat Hukum Adat

Jurnal Konstitusi Vol. 16 No. 1 hlm. 148-169

Prinsip hukum pengelolaan pertambangan dalam Undang-Undang No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan mineral dan batubara didasarkan pada prinsip manfaat, keadilan, dan keseimbangan; keberpihakan kepada kepentingan bangsa; partisipatif, transparansi, dan akuntabilitas; berkelanjutan dan berwawasan lingkungan. Namun permasalahannya ketika pertambangan mineral dan batubara berada pada tanah ulayat masyarakat hukum adat prinsip hukum sebagaimana dimaksud belum menunjukkan keberpihakan kepada masyarakat hukum adat. Metode pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah yuridis normatif, Kesimpulan dari penelitian ini bahwa prinsip pertambangan mineral dan batubara belum menceminkan pengakuan dan perlindungan hak-hak masyarakat hukum adat. Masyarakat hukum adat tidak mendapatkan manfaat yang maksimal atas pengelolaan pertambangan mineral dan batubara bahkan justru dampak negatif yang dialami bukan hanya generasi sekarang tetapi juga generasi yang akan datang. Selain itu ada pemikiran pentingnya prinsip pengakuan dan prinsip persetujuan atas dasar informasi di awal tanpa paksaan sebagai prinsip hukum yang berpihak kepada masyarakat hukum adat, karena prinsip hukum tersebut memosisikan masyarakat hukum adat sebagai subjek pembangunan bukan sebagai objek pembangunan.

Kata kunci; *Prinsip hukum, Masyarakat hukum adat, Pertambangan, Mineral, Batubara*

Marthen B. Salinding

The Principle of Coal and Mineral Mining Law Sided with Indigenous People

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 16 No. 1

The legal principles of mining management in Law No. 4 of 2009 concerning Mining of minerals and coal are based on the principles of benefit, justice and balance; partiality to the interests of the nation; participatory, transparency, and accountability, sustainable and environmentally sound. But the problem is when mining minerals and coal is on the oldest indigenous people's ground. The principles of law as referred to has not yet shown partiality to indigenous people. The approach method used in this study is normative juridical, because this research is conducted by examining library materials or secondary data relating to the legal principles of mineral and coal mining that favor to indigenous people. The conclusion of this study is that the principle of mineral and coal mining has not reflected the recognition and protection of indigenous people's rights. Indigenous people are not getting the maximum benefit from the management of mineral and coal mining even the negative impacts experienced not only by the present generation but also future generations. Apart from it, there is the thought of the importance of the principle of recognition and principle of agreement on the basis of information without coercion as a legal principle that is in favor of indigenous people. Because these legal principles places the indigenous people as the subject of development not as an object of development.

Keywords; *Principles of law, indigenous people, mining, minerals, coal*

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

Hwian Christianto

Arti Penting Surat Pemberitahuan Dimulainya Penyidikan: Kajian Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 130/PUU-XIII/2015

Jurnal Konstitusi Vol. 16 No. 1 hlm. 170-191

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 130/PUU-XIII/2015 tidak hanya sekedar memberikan perubahan kepada rumusan Pasal 109 ayat (1) KUHAP akan tetapi penekanan konsep hukum acara pidana yang berlaku. Keberadaan Putusan membawa problematika tersendiri dalam hukum acara pidana Indonesia yang berlaku selama ini sehingga kajian terhadap Surat Pemberitahuan Dimulainya Penyidikan (SPDP) penting dilakukan berdasarkan asas hukum acara pidana dan jaminan hak asasi manusia. Metode penelitian yuridis normatif menganalisis pertimbangan Mahkamah Konstitusi menurut asas hukum acara pidana, ketentuan hukum yang berlaku dan instrumen hukum internasional dan nasional terkait hak asasi manusia. Hasil analisis yang diperoleh antara lain pertama, keharusan pemberitahuan SPDP kepada tersangka, korban, dan penuntut umum menunjukkan adanya pergeseran konsep *Crime Control Model* ke konsep *Due Process Model* sekaligus sebuah terobosan hukum yang didasarkan pada tujuh asas hukum acara pidana yang berlaku. Mahkamah Konstitusi menunjukkan konsistensi sistem acara pidana yang mengedepankan prinsip diferensiasi fungsional antara penyidik dan penuntut umum sebagai *Integrated Criminal Justice System*; kedua Pemahaman akan arti penting penyampaian SPDP juga memenuhi hak asasi manusia yang dimiliki oleh tersangka, korban dan Negara.

Kata kunci: SPDP, Asas Hukum Acara Pidana, Hak Asasi Manusia

Hwian Christianto

The Important Meaning of Notification Letter of the Commencement of Investigation: Analysis of the Decision of Constitutional Court Number 130/PUU-XII/2015

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 16 No. 1

The Decision of Constitutional Court Number 130/PUU-XIII/2015 did not only change the formula of Article 109 paragraph (1) of the Criminal Code, but also the focus of the legal concept of the law in order. The existence of the decision has brought problems in the Criminal Code in effect, so the analysis of the Notification Letter of the Commencement of Investigation is important based on the legal base of the Criminal Code and the guarantee of human rights. A normative juridical method was used in analyzing the consideration of the Constitutional Court according to the Criminal Code, the provisions which were in effect and international and national legal instruments related to the human rights. The result of the analysis showed that, first, SPDP must be issued to the suspect, victim, and the prosecutor to show the movement of the concept of crime control model to the concept of due process model as well as a legal breakthrough based on the seven bases of the Criminal Code in effect. The Constitutional Court showed the consistency in the system of crime which put forward the principal of functional differentiation between the investigator and the prosecutor as the integrated criminal justice system; secondly, the understanding of the important meaning of issuing SPDP also fulfilled human rights of the suspect, the victim, and the country.

Keywords: *SPDP, Criminal Law Principle, Human rights.*

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

Budi Suhariyanto

Urgensi Kriminalisasi *Contempt of Court* untuk Efektivitas Pelaksanaan Putusan Peradilan Tata Usaha Negara

Jurnal Konstitusi Vol. 16 No. 1 hlm. 192-211

Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara telah mengatur mengenai mekanisme pelaksanaan putusan dengan menggunakan upaya paksa administratif dan perdata berupa pengenaan uang paksa. Pada praktiknya mekanisme ini kurang efektif karena masih ada Pejabat TUN yang tidak mau patuh melaksanakan putusan Pengadilan TUN. Perlu adanya kriminalisasi *contempt of court* terhadap Pejabat TUN yang melakukan pembangkangan tersebut karena dampaknya adalah terabaikannya hak konstitusional warga atas keadilan yang telah diputuskan oleh Pengadilan TUN. Dengan kriminalisasi ini maka dapat memberikan jaminan kepastian hukum dan perlindungan terhadap rakyat atas kesewenang-wenangan Pejabat TUN. RUU *Contempt of Court* telah memasukkan ancaman pidana bagi para pihak yang tidak mau mematuhi putusan pengadilan. Secara fundamental yang dilindungi dari kriminalisasi ini adalah kepentingan keadilan dan eksistensi Negara hukum Indonesia.

Kata kunci: Kriminalisasi, *Contempt of Court*, Putusan Peradilan, Tata Usaha Negara

Budi Suhariyanto

The Urgency of the Criminalization of Contempt of Court for the Effectiveness of Decision at Judicial State Administrative Court

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 16 No. 1

Law on State Administration has set regarding the enforcement mechanism by using administrative and civil forceful measures include the imposition of forced currency. In practice this mechanism is less effective because there are officials who do not want to obey implement the Court's decision TUN. The need for the criminalization of contempt of court against officials who do disobedience TUN because its impact is the neglect of the constitutional rights of citizens to justice that have been decided by the Court of TUN. With this criminalization, it can provide legal certainty and the protection of the people over the arbitrariness of officials TUN. Contempt of Court Bill has included criminal sanctions for those who fail to comply with the court ruling. Fundamentally protected from criminalization of this is in the interests of justice and the existence of the laws of Indonesia.

Keywords: Criminalization, *Contempt of Court*, Judgment of Justice, the State Administrative

Kedudukan Asas Legalitas Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 dan 025/PUU-XIV/2016

Position of Legality Principle Post Decision of the Constitutional Court Number 003/PUU-IV/2006 and 025/PUU-XIV/2016

Warih Anjari

Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Jakarta
Jl Sunter Permai Raya Jakarta Utara 14350
E-mail: a.warih@yahoo.com

Naskah diterima: 04/01/2018, revisi: 06/12/2018 disetujui: 22/01/2019

Abstrak

Korupsi musuh bersama yang harus diberantas sampai dengan akarnya. Putusan MK No. 003/PUU-IV/2006 dan No. 025/PUU-XIV/2016 mempengaruhi pemberantasan korupsi, karena dengan kedua putusan tersebut tindak pidana korupsi sulit dibuktikan. Terjadi perbedaan penerapan asas legalitas berdasarkan putusan mahkamah konstitusi dan yurisprudensi. Putusan mahkamah konstitusi menerapkan asas legalitas formil sedangkan yurisprudensi mengembangkan asas legalitas materiil. Legalitas formil mencegah perlakuan kesewenang-wenangan penguasa, sedangkan legalitas materiil mengakomodir hukum tidak tertulis yang tumbuh dan berkembang dari bangsa Indonesia sendiri. Putusan mahkamah konstitusi berperan sebagai pengontrol penerapan hukum kebiasaan sebagai dasar pemidanaan. Rumusan masalah dalam tulisan ini adalah: *pertama*, bagaimanakah kedudukan asas legalitas pasca putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 dan Nomor 025/PUU-XIV/2016? *Kedua*, bagaimanakah model asas legalitas yang dapat mengakomodir pemidanaan berdasarkan hukum kebiasaan? Metode penelitiannya menggunakan metode penelitian yuridis normatif. Kesimpulannya adalah: putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 dan Nomor 025/PUU-XIV/2016 memperkuat kedudukan asas legalitas secara formal, sedangkan perkembangan yurisprudensi mengarah pada penerapan asas legalitas materiil. Model asas legalitas untuk hukum pidana materiil Indonesia adalah asas legalitas formil-materiil. Penerapan legalitas materiil dengan syarat, yaitu: 1. Bersifat kasuistik; 2.

Berlaku untuk orang tertentu; 3. Secara substansi masih diakui oleh masyarakat adat dengan ditunjukkan adanya masyarakat dan lembaga adat; 4. Hakim harus bersifat hati-hati karena tujuannya mencapai keadilan substantif; 5. Pengadilan negara bersifat *ultimum remidium*.

Kata kunci: asas legalitas, pemberantasan korupsi, putusan mahkamah konstitusi

Abstract

*Corruption of common enemies that must be eradicated up to their roots. MK decisions No.003/PUU-IV/2006 and No.025/PUU-XIV/2016 affect the eradication of corruption, because with these two decisions corruption is difficult to prove. There has been a difference in the application of the legality principle based on the decision of the constitutional court and jurisprudence. The constitutional court ruling applies the principle of formal legality while jurisprudence develops the principle of material legality. Formal legality prevents treatment of arbitrariness of rulers, while material legality accommodates unwritten law that grows and develops from the Indonesian nation itself. The constitutional court verdict acts as the controller of the application of customary law as a basis for punishment. The formulation of the problem in this paper is: first, what is the position of the legality principle after the Constitutional Court decision Number 003/PUU-IV/2006 and Number 025/PUU-XIV/2016? Second, what is the model of the legality principle that can accommodate punishment based on customary law? The research method uses normative juridical research methods. The conclusion is: MK's decision Number 003/PUU-IV/2006 and Number 025/PUU-XIV/2016 strengthen the position of the principle of legality formally, while the development of jurisprudence leads to the application of principles of material legality. The legality model for Indonesian material criminal law is the principle of formal-material legality. Application of material legality with conditions, namely: 1. Caseistic; 2. Valid for certain people; 3. Substantially still recognized by indigenous peoples as indicated by the existence of indigenous peoples and institutions; 4. Judges must be careful because the objective is to achieve substantive justice; 5. The state court is *ultimum remidium**

Keywords: principle of legality, eradication of corruption, decisions of the constitutional court

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Korupsi menjadi musuh terbesar bangsa Indonesia. Saat perjuangan melawan korupsi sedang dilakukan bentuk korupsi baru bermunculan dan menyebar ke sejumlah daerah di Indonesia¹. Bahkan bentuk korupsi telah beregenerasi dalam dinasti politik yang sulit diatasi.² Sehingga layak dikatakan bahwa Indonesia dalam

¹ Kompas, *Korupsi Menjadi Musuh Terbesar*, Senin 25 September 2017, h. 1.

² Kompas, *Korupsi Beregenerasi*, Rabu 27 September 2017, h. 2.

darurat korupsi³. Di sisi lain, Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) mengalami tantangan pelemahan yang mempersulit penegakan kasus-kasus korupsi.

Kinerja KPK akan semakin sulit dengan adanya beberapa putusan Mahkamah Konstitusi yang telah diujikan kesesuaiannya terhadap UUD 1945. Terdapat beberapa putusan MK yang dinilai menghambat kinerja KPK diantaranya *pertama*, putusan MK Nomor 34/PUU-XI/2013 yang membatalkan Pasal 268 ayat (3) KUHP. Pasal ini mengatur peninjauan kembali (PK) hanya dapat dilakukan satu kali. *Kedua*, putusan MK Nomor 21/PUU-XII/2014 terkait uji materi Pasal 77 huruf (a) KUHP yang memperluas objek praperadilan. *Ketiga*, putusan MK Nomor 33/PUU-XIV/2016 tentang pengujian terhadap Pasal 263 ayat (1) KUHP, berdasarkan putusan tersebut Penuntut Umum tidak dapat mengajukan upaya hukum luar biasa peninjauan kembali.⁴ Selain mengalami perubahan dalam hukum formilnya, terdapat juga perubahan pada bidang hukum materilnya. Perubahan ini terdapat dalam putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006, putusan MK Nomor 44/PUU-XI/2013, dan Putusan MK Nomor 25/PUU-XIV/2016.

Ketiga putusan MK tersebut menguji kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UUPTPK. Dalam putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 dan MK Nomor 44/PUU-XI/2013 menyatakan frasa “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UUPTPK, tidak bertentangan dengan UUD 1945. Ditegaskan pula frasa “dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara” tidak bertentangan dengan hak atas kepastian hukum sesuai dengan Pasal 28D UUD 1945. Namun frasa “dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara” diujikan kembali dan berdasarkan putusan MK Nomor 25/PUU-XIV/2016, menyatakan frasa “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UUPTPK bertentangan dengan UUD 1945.

Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) merupakan suatu putusan lembaga yudisial yang wajib diikuti oleh lembaga negara lainnya. Sifat *erga omnes* dari putusan dan kedudukan Mahkamah Konstitusi pada ranah publik menjadikan hakim terikat untuk melaksanakan putusan Mahkamah Konstitusi.⁵ Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 mengenai pengujian terhadap Penjelasan Pasal 2 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 *juncto* Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (UUPTPK). Putusan ini menyatakan bahwa,

³ Kompas, *Indonesia Darurat Korupsi*, Senin 2 Oktober 2017, h. 6.

⁴ <http://hukum.rmol.co/read/2016/06/13/249787/jaksa-agung-tiga-putusan-mk-hambat-adili-koruptor->, diunduh 5 November 2017.

⁵ Warih Anjari, “Penjara terhadap Dokter dalam Perspektif Mengikatnya Putusan Mahkamah Konstitusi dan Pemidanaan Integratif Kajian Putusan Nomor 1110K/Pid.sus/2012”, *Jurnal Yudisial*, Vol.10, No.1 April 2017, h. 71.

Penjelasan Pasal 2 UUPTPK dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 sehingga tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Dalam pertimbangan putusan tersebut menyatakan bahwa Penjelasan Pasal 2 UUPTPK memperluas pengertian melawan hukum. Perbuatan seseorang dapat dipidana atas dasar ketentuan tidak tertulis, yaitu rasa keadilan, norma kesusilaan atau etik, dan norma-norma moral yang berlaku di masyarakat. Sehingga penjelasan pasal tersebut dianggap telah melahirkan norma baru yang memuat digunakannya ukuran-ukuran yang tidak tertulis dalam undang-undang secara formal, untuk menetapkan suatu perbuatan yang dapat dipidana. Sedangkan fungsi penjelasan adalah untuk menjelaskan substansi norma yang ada dalam pasal dan tidak menambahkan norma baru apalagi bertentangan dengan norma pasal yang dijelaskan.⁶

Putusan MK Nomor 025/PUU-XIV/2016 mengenai pengujian terhadap Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UUPTPK. Putusan MK ini menyatakan mencabut frasa “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UUPTPK, sehingga terjadi perubahan delik korupsi dari delik formil ke delik materiil. MK menafsirkan unsur “merugikan keuangan negara atau perekonomian negara” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UUPTPK tidak lagi dipahami merugikan keuangan negara sebagai *potensial loss* tetapi bersifat *actual loss* atau kerugian yang nyata.

Menurut pembentuk UUPTPK, Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UUPTPK menegaskan bahwa unsur “melawan hukum” dalam kedua pasal tersebut adalah melawan hukum materiil dalam fungsi negatif dan positif. Artinya memperluas ruang lingkup rumusan delik. Tindak pidana korupsi tidak hanya bertentangan dengan hukum tertulis saja, namun membuka ruang bagi dipidananya perbuatan-perbuatan korupsi yang tidak diatur sebelumnya dalam peraturan perundangan. Hal ini akan berkaitan dengan asas legalitas yang tercantum dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP.

Terhadap pergeseran dari delik formil ke delik materiil berdasarkan putusan MK Nomor 025/PUU-XIV/2016, dimaksudkan agar pembuktian terhadap kasus korupsi menjadi lebih mudah. Konsekuensi sebagai delik formil adalah apabila telah memenuhi unsur yang tercantum dalam pasal yang didakwakan maka perbuatannya dianggap terbukti sehingga dapat dijatuhi pidana tanpa harus membuktikan adanya akibat yang disyaratkan oleh rumusan delik. Berbeda dengan delik materiil yang mensyaratkan adanya akibat yang harus dibuktikan di pengadilan. Jika hal ini dilakukan untuk delik korupsi maka penuntut umum

⁶ Putusan MK Nomor. 003/PUU-IV/2016, h. 74.

harus dapat membuktikan adanya akibat yang disyaratkan oleh rumusan delik. Hal ini mempersulit pembuktian mengingat unsur kerugian negara harus dibuktikan dan membutuhkan waktu yang lama karena harus ada laporan dari lembaga lain.

Dalam praktik pengadilan penerapan konsep melawan hukum terdapat beberapa implementasi. Beberapa putusan pengadilan tersebut adalah:⁷

No.	Melawan Hukum Formal	Melawan Hukum Material Dalam Fungsi Negatif	Melawan Hukum Material Dalam Fungsi Positif
1	Putusan MA Nomor 152K/Kr/1961 tanggal 17 Januari 1961	Putusan MA Nomor 42K/Kr/1965 tanggal 8 Januari 1966	Putusan MA Nomor 275K/Pid/1983 tanggal 28 Desember 1983
2	-	Putusan MA Nomor 97K/Kr/1973 tanggal 17 Oktober 1973	Putusan MA Nomor 2477K/Pid/1988 tanggal 23 Juli 1993
3	-	Putusan MA Nomor 81K/Kr/1973 tanggal 16 Desember 1976	Putusan MA Nomor 1571K/Pid/1993 tanggal 18 Januari 1995
4	-	Putusan MA Nomor 14K/Pid/1992 tanggal 2 Mei 1992	Putusan MA Nomor 2608K/Pid/2006 tanggal 26 Juli 2006
5	-	-	Putusan MA Nomor 103K/Pid/2007 tanggal 28 Februari 2007
6	-	-	Putusan MA Nomor 417K/ Pid. Sus/2014 tanggal 7 Mei 2014
7	-	-	Putusan MA Nomor 837K/Pid. Sus/2015 tanggal 1 Juni 2015

Tabel 1 : Penerapan Konsep Melawan Hukum pada Putusan MA

Pasca putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 yang menganulir penerapan melawan hukum materiil dalam fungsi positif, hakim tetap menjatuhkan pidana atas dasar melawan hukum tersebut. Hakim mengikuti perkembangan yurisprudensi meskipun tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat. Yurisprudensi penerapan melawan hukum materiil adalah Putusan MA Nomor 103K/Pid/2007 tanggal 28 Februari 2007. Dalam putusan MA tersebut, pengertian melawan hukum dalam Pasal 2 ayat (1) UUPTPK adalah melawan hukum dalam arti luas yaitu formil dan materiil. Artinya menerapkan hukum kebiasaan sebagai dasar untuk menjatuhkan pidana.

⁷ Warih Anjari, "Melawan Hukum Materiil dan Penerapannya Dalam Perspektif Asas Legalitas (Kasus-Kasus di Mahkamah Agung RI)", *Jurnal Hukum Staatsrechts*, Volume 1 No.1, Oktober 2014, h. 13-14; Shinta Agustina dkk, *Penjelasan Hukum Unsur Melawan Hukum*, <http://leip.or.id/wp-content/uploads/2016/05/Penjelasan-Hukum-tentang-Unsur-Melawan-Hukum-Hukum-Pidana.pdf>, h.13, diunduh 5 Desember 2017; dan Putusan Terkait.

Putusan MK Nomor 25/PUU-XIV/2016 tanggal 25 Januari 2016 menetapkan kejahatan dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UUPTPK mengalami perubahan dari semula merupakan delik formil menjadi delik materiil. Hal ini memunculkan ketidakpastian hukum dalam delik korupsi karena terjadi perubahan kualifikasi mendasar yaitu penegak hukum harus membuktikan kerugian keuangan negara atau perekonomian negara secara nyata atau riil (*actual loss*).⁸ Implikasi selanjutnya adalah menghambat proses penegakan hukum kasus korupsi, karena kewenangan lembaga negara yang dapat membuktikan kerugian keuangan negara secara riil masih tumpang tindih. Apakah lembaga tersebut Badan Pemeriksa Keuangan (BPK) atau Badan pemeriksa Keuangan Pusat (BPKP), atau Inspektorat di masing-masing lembaga, atau akuntan Publik.⁹

B. Perumusan Masalah

Adapun permasalahan dalam penelitian ini adalah: *pertama*, bagaimanakah kedudukan asas legalitas pasca putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 dan Nomor 025/PUU-XIV/2016? *Kedua*, bagaimanakah model asas legalitas yang dapat mengakomodir pembedaan berdasarkan hukum kebiasaan?

PEMBAHASAN

A. Pergeseran Asas Legalitas Formil ke Asas Legalitas Materiil

Asas legalitas merupakan salah satu asas yang fundamental dalam hukum pidana Indonesia. Selain asas ini terdapat asas lainnya yaitu asas culpabilitas. Peranan kedua asas tersebut adalah menentukan suatu perbuatan dapat dijatuhi pidana atau tidak. Khususnya menentukan titik awal ada atau tidaknya suatu perbuatan pidana pada pelaku yang sekaligus menentukan pertanggungjawabannya.

Keberadaan asas legalitas berkaitan dengan perkembangan kehidupan bernegara yang berhubungan dengan kedudukan hukum dalam negara. Pada awalnya hukum pidana bersumber dari hukum tidak tertulis. Pada zaman Romawi kuno sebagian besar hukum pidana bersifat tidak tertulis. Abad pertengahan saat hukum Romawi Kuno diterima di Eropa Barat, terdapat perbuatan "*crimine extra ordinaria*" atau "kejahatan yang tidak disebutkan dalam undang-undang", yang diterima oleh para raja yang berkuasa. Oleh karena tidak terdapat dalam undang-undang, maka raja yang berkuasa bertindak sewenang-wenang dengan kekuasaan yang dimilikinya secara absolut. Masyarakat atau warga tidak dapat

⁸ Fatkhurohman & Nalom Kurniawan, "Pergeseran Delik Korupsi Dalam Putusan MK Nomor 25/PUU-XIV/2016", *Jurnal Konstitusi*, Volume 14, Nomor 1 Maret 2017, h. 18.

⁹ *Ibid.*, h.12 -13.

mengetahui secara pasti tentang perbuatan mana yang dilarang dan perbuatan mana yang tidak dilarang.¹⁰

Dampak dari kesewenang-wenangan raja, maka rakyat menuntut adanya kepastian hukum (*legal certainty*). Pemikiran *antitese* kesewenang-wenangan raja disebut sebagai zaman Aufklarung. Pada kondisi tersebut muncul para pemikir diantaranya Beccaria. Pendapat Beccaria adalah:¹¹

“Undang-undang pidana itu dibentuk berdasarkan asas-asas yang bersifat lebih rasional yaitu yang di satu pihak dapat membatasi hak-hak penguasa untuk menjatuhkan hukuman-hukuman, berdasarkan pemikiran bahwa kebebasan pribadi para warga negara itu sejauh mungkin harus dihormati yaitu terutama dalam undang-undang pidana, suatu ketentuan pidana yang telah ada terlebih dahulu harus merupakan suatu syarat mutlak untuk dipakai sebagai dasar bagi hakim dalam menjatuhkan suatu hukuman, dan di lain pihak dapat menyelesaikan pertumbuhan hukum pidana sebagai hukum publik”

Pengaruh pemikiran Beccaria diimplementasikan dalam *Code Penal* Prancis Tahun 1791. Walaupun *Code Penal* ini tidak berlangsung lama berlakunya, namun pendapat Beccaria tersebut merupakan pemikiran awal bagi terbentuknya asas legalitas yang tercantum dalam Pasal 4 *Code Penal* Prancis yang baru dan *Wetboek van Strafrecht* Belanda yang sekarang Pasal 1 ayat (1) KUHP. Pasal 4 *Code Penal* Prancis berkaitan juga dengan Pasal 8 dari *Declaration Des Droits De L’homme Et Du Citoyen*.

Selain Beccaria, pemikiran yang melandasi asas legalitas berasal dari Jean Jacques Rousseau dalam bukunya yang berjudul *“Du contrat social, ou principes du droit politique”*, yang menyatakan¹²:

“Seluruh hukum bersumber pada suatu contrat social yang kemudian telah diserahkan kepada volonte generale untuk mengaturnya lebih lanjut. Akan tetapi jenis-jenis tindakan yang oleh volonte generale telah dikaitkan dengan akibat yang berupa hukuman bagi pelanggarnya itu wajib dicantumkan dalam undang-undang. Oleh karena itu dalam perikatan kemasyarakatan tersebut, setiap orang hanyalah menyerahkan sebagian kecil saja dari kebebasan-kebebasannya.”

Pandangan yang berkaitan dengan asas legalitas lainnya dikemukakan oleh Montesquie, yang menyatakan: “Dalam pemerintahan yang moderat hakim harus

¹⁰ Moeljatno, *Asas Hukum Pidana*, Jakarta: Rineka Cipta, 2000, h. 24.

¹¹ Pompe, dalam PAF. Lamintang & FT Lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Di Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika, 2014, h. 125.

¹² JJ Rousseau, dalam *Ibid.*, h. 130.

berkedudukan terpisah dari penguasa dan harus memberikan hukuman setepat mungkin sesuai ketentuan harfiah hukum. Hakim harus bertindak hati-hati untuk menghindari tuduhan tidak adil terhadap orang-orang yang tidak bersalah”.¹³

Mendasarkan pada sejarah terbentuknya asas legalitas maka tujuannya adalah adanya kepastian hukum tentang perbuatan mana yang dipidana dan perbuatan mana yang tidak dipidana. Dengan kepastian hukum tersebut maka akan dapat mencegah kesewenang-wenangan penguasa untuk menetapkan pidanaan kepada pelaku tindak pidana.

Asas legalitas berbunyi “*Nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali*” yang dibuat oleh Paul Johann Anselm von Feurbach. Dalam ilmu pengetahuan hukum pidana dikenal dengan ajaran “*leer van de psychologische dwang*” atau “ajaran pemaksaan psikologis”. Menurut Anselm von Feurbach:¹⁴

“Tujuan utama dari hukum pidana adalah memaksa penduduk secara psikologis agar jangan sampai mereka melakukan tindakan yang melanggar hukum. Pemaksaan secara psikologis tersebut dapat dilakukan dengan cara memberikan ancaman-ancaman hukuman bagi mereka yang ternyata telah melakukan pelanggaran dan dengan cara menjatuhkan hukuman-hukuman kepada para pelanggarnya. Asas ini dibentuk untuk kepentingan umum dan untuk menjamin hak-hak semua warga masyarakat secara lebih baik dan bukan sebagai pengakuan terhadap individualisme”.

Berdasarkan pendapat tersebut, maka penjatuhan pidana yang dilakukan oleh hakim harus tercantum dalam undang-undang sehingga merupakan akibat dari adanya ketentuan pidana dalam perundang-undangan.

Asas legalitas berkaitan erat dengan aliran pemikiran positivisme hukum. Positivisme hukum menyatakan bahwa hukum identik dengan undang-undang, yang diluar undang-undang bukan merupakan hukum. Hukum harus dipisahkan dari moral, politik, budaya, ekonomi, dan lain-lainnya. Pandangan positivisme hukum terkait dengan pemikiran filsafat positivisme yang menyatakan bahwa segala sesuatu dianggap benar apabila ia sungguh-sungguh dapat dipastikan sebagai kenyataan¹⁵. Dalam positivisme hukum harus ada pemisahan yang tegas antara hukum dan moral¹⁶. Pengaruh pemikiran *positivisme* ke dalam *positivisme* hukum: *pertama*, dalam hukum terdapat hubungan sebab dan akibat, sehingga hukuman yang dijatuhkan kepada pelaku merupakan akibat dari adanya sebab adanya

¹³ Montesquie, dalam Eddy O.S Hiariej, *Asas Legalitas & Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana*, Jakarta: Erlangga, 2002, h. 9.

¹⁴ Von Feurbach, dalam PAF Lamintang & FT Lamintang, *Op.cit.*, h. 131.

¹⁵ Theo Huijbers, dalam Sukarno Aburaera, dkk., *Filsafat Hukum Teori dan Praktek*, Jakarta: Kencana, 2013, h.106.

¹⁶ *Ibid.*, h. 107.

undang-undang. Inilah asas legalitas dalam hukum pidana. *Kedua*, aturan hukum merupakan sesuatu yang ada, sedangkan yang tidak ada bukan hukum tetapi moral¹⁷.

Kelemahan dari *positivisme* hukum adalah dalam mengidentifikasi hukum hanya berupa undang-undang. Dalam pengelolaan kekuasaan negara dapat menjadi otoritarian negara, karena: *pertama*, hanya undang-undang yang menjadi wujud pelaksanaan kekuasaan negara dengan mengesampingkan proses terbentuknya hukum dan penerapan hukum. *Kedua*, hukum dibentuk secara serta merta dan keberlakuannya atas dasar paksaan negara, *ketiga* pembuatan hukum dikuasai oleh negara dan penafsirannya untuk kepentingan negara¹⁸.

Paham yang bertentangan *positivisme* hukum terdapat adalah *sociological jurisprudence*. Menurut pandangan ini hukum yang baik adalah sesuai dengan hukum yang hidup di masyarakat (*the living law*). Pemikiran ini berkembang di Indonesia dan Amerika.¹⁹ Hukum adat atau kebiasaan yang beragam di Indonesia merupakan salah satu pendukung berkembangnya aliran ini. Dukungan secara normatif ada dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, dimana hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan keadilan yang hidup di masyarakat. Demikian pula Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang intinya menyatakan pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa perkara yang diajukan dengan dalih hukumnya tidak ada, melainkan wajib memeriksa dan mengadilinya. Legalitas penerapan hukum kebiasaan dalam hukum pidana terdapat dalam Pasal 5 ayat (3) sub b Undang-Undang No. 1 Tahun 1951 tentang Tindakan-Tindakan Sementara Untuk Menyelenggarakan Kesatuan, Susunan, Kekuasaan dan Acara Pengadilan Sipil.

Berkaitan dengan *legal culture*, adalah pendapat dari Werner Menski tentang *triangular concept of legal pluralism* yang menonjolkan karakter plural kultur dan hukum. Hukum yang plural berkaitan dengan keanekaragaman hukum positif, sistem hukum, sistem peradilan, dan perilaku hukum masing-masing individu atau kelompok. Oleh karena bersifat plural maka pendekatan yang dilakukan dapat beragam. Demikian juga Indonesia, tiap daerah memiliki sistem hukum adat yang beragam. Di samping itu, Indonesia juga menghadapi dampak globalisasi terhadap hukum. Sangat tidak relevan jika pendekatan yang dilakukan bersifat

¹⁷ Ricardo Simarmata, dalam Yakub Adi Krisanto, "Penelitian Hukum: Tolak Tarik Antara Positivisme Hukum dan Empirisme Hukum", *Jurnal Refleksi Hukum*, Edisi April 2008, h. 69.

¹⁸ *Ibid*, h. 71.

¹⁹ H. Zainuddin Ali, *Filsafat Hukum*, Jakarta: Sinar Grafika, 2014, h. 61.

positif maupun sosiologis atau empiris saja. Sehingga dibutuhkan pendekatan normatif, empiris, dan filosofis.²⁰ Pendekatan ini digunakan dalam *triangular concept of legal pluralism*.

Menurut Werner Menski, terdapat tiga komponen utama dalam hukum yaitu nilai etis, norma-norma sosial, dan aturan yang dibuat oleh negara. Tipe hukum ideal adalah suatu hukum yang menjalin interaksi diantara tiga komponen tersebut secara harmonis.²¹ Model yang dikemukakan oleh Menski tersebut di atas, jika dibandingkan dengan negara hukum Pancasila yang demokratis terdapat kesamaan. Konsep negara hukum Pancasila memiliki karakteristik: mengakui asas negara hukum umumnya, yaitu: adanya perlindungan terhadap hak asasi manusia, peradilan yang bebas dan tidak memihak, adanya penerapan asas legalitas; dan prinsip-prinsip lainnya, yaitu: hubungan antara pemerintah dan rakyat berdasarkan asas kerukunan, hubungan fungsional yang proposional antara kekuasaan-kekuasaan negara, penyelesaian sengketa melalui musyawarah dan peradilan merupakan sarana terakhir, serta keseimbangan antara hak dan kewajiban.²² Ciri- ciri negara hukum Pancasila yang merupakan ciri khas Indonesia: a. Hubungan yang erat antara agama dan negara; b. Bertumpu pada Ke-Tuhanan yang Maha Esa; c. Kebebasan beragama dalam arti positif; d. Ateisme tidak dibenarkan; e. Komunisme dilarang; f. Asas kerukunan dan kekeluargaan.²³ Dalam karakteristik negara hukum Pancasila, adanya pengakuan negara hukum umumnya merupakan aturan yang dibuat oleh negara (*state made rules*). Sedangkan ciri lainnya merupakan *ethic values* dan *social norms*.

Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 dan Nomor 025/PUU-XIV/2016 mengembalikan eksistensi asas legalitas. Hal tersebut kontradiksi dengan perkembangan penerapan asas legalitas dalam putusan Mahkamah Agung. Bahkan penerapan melawan hukum materiil dalam fungsi positif, yang kontradiktif dengan asas legalitas diterapkan sebelum putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006. Kondisi ini menunjukkan langkah progresif lembaga yudikatif yaitu Mahkamah Agung yang diharapkan dapat memberikan solusi terhadap situasi yang sesuai dengan rasa keadilan di masyarakat.²⁴ Beberapa putusan dalam tindak pidana korupsi yang menerapkan melawan hukum materiil dalam fungsi positif atau dalam arti luas sebelum MK, terdapat dalam tabel di bawah ini:

²⁰ Achmad Ali, *Op.Cit.*, h. 185.

²¹ *Ibid.*, h. 198.

²² Dodi Haryono, *Identitas dan Elastisitas Konsep Negara Hukum Pancasila Yang Demokratis*, <http://dodiharyono.staff.unri.ac.id/files/2012/06/IDENTITAS-DAN-ELASTISITAS.pdf>, diunduh 27 November 2017.

²³ Oemar Seno Adji, dalam M Hendra Wijaya, "Karakteristik Konsep Negara Hukum Pancasila", *Jurnal Advokasi* Vol.5, No. 2 September 2015, h. 212.

²⁴ Warih Anjari, *Melawan Hukum Materiil dan Penerapannya Dalam Perspektif Asas Legalitas (Kasus-Kasus di Mahkamah Agung RI)*, *Op.Cit.*, h. 121.

Tabel 2: Putusan MA menerapkan melawan hukum materiil dalam arti luas sebelum putusan MK No. 003/PUU-IV/2006

No.	Nomor Putusan MA	Deskripsi Melawan Hukum Materiil dalam Arti Luas
1.	275K/Pid/1983 yo 2477K/Pid/1988 yo 1571K /Pid/ 1993	Korupsi secara materiil melawan hukum karena perbuatan tersebut adalah perbuatan yang tidak patut, tercela, dan menusuk perasaan hati masyarakat banyak dengan menggunakan ukuran asas-asas hukum yang bersifat umum menurut kepatutan dalam masyarakat.

Sedangkan terdapat beberapa putusan MA yang menerapkan melawan hukum materiil dalam fungsi positif pasca putusan MK 003/PUU-IV/2006, tercantum dalam tabel di bawah ini:

Tabel 3 : Putusan MA menerapkan melawan hukum materiil dalam arti luas pasca putusan MK No. 003/PUU-IV/2006

No.	Nomor Putusan MA	Deskripsi Melawan Hukum Materiil dalam Arti Luas
1.	2608K/ Pid/2006 tanggal 26 Juli 2006	Perbuatan terdakwa: a. merahasiakan nilai total HPS kepada calon-calon rekanan; b. menerima uang saku dari saksi, padahal ia sudah mendapatkan uang perjalanan dinas dari KPU; dan c. telah mengajukan surat permohonan pembebasan biaya masuk yang harus dibayarkan oleh rekanan merupakan perbuatan yang bertentangan dengan kepatutan masyarakat. Oleh karena itu, perbuatan tersebut merupakan perbuatan melawan hukum materiil dalam fungsi positif.
2.	103K/Pid/2007 tanggal 28 Februari 2007	Mahkamah Agung berpendapat unsur melawan hukum tindak pidana korupsi mencakup perbuatan melawan hukum formil dan materiil, dimana melawan hukum materiil meliputi fungsi positif dan negatif.
3.	417K/ Pid. Sus/2014 tanggal 7 Mei 2014	Dalam pertimbangan majelis hakim untuk perbuatan melawan hukum merujuk pada pengertian melawan hukum formil dan materiil. Namun perbuatan terdakwa merupakan melawan hukum formil yaitu melanggar Pasal 22 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2003 tentang BUMN <i>jo</i> Pasal 35 ayat (1), (2), dan (3) PP Nomor 45 Tahun 2005 tentang Pendirian, Pengurusan, Pengawasan, dan Pembubaran BUMN.
4.	837K/Pid. Sus/2015 tanggal 1 Juni 2015	Dalam pertimbangan hakim perbuatan melawan hukum merujuk pada pengertian melawan hukum formil dan materiil. Namun perbuatan terdakwa bertentangan dengan Pasal 3 ayat (3) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara.

Perkembangan yurisprudensi penerapan asas legalitas mengalami pergeseran dari legalitas formil ke legalitas materiil. Hal ini diindikasikan pada beberapa putusan yang dihasilkan pengadilan pra dan pasca Putusan MK Nomor 003/

PUU-IV/2006. Pergeseran asas legalitas formal ke asas legalitas material untuk mewujudkan dan menjamin asas keseimbangan antara kepentingan individu dan masyarakat, dan antara kepastian hukum dan keadilan. Kepastian hukum merupakan patokan formal dan keadilan merupakan patokan materiil. Bahkan jika dalam praktik nilai kepastian dan keadilan sama-sama mendesak maka hakim mengutamakan nilai keadilan dari pada kepastian.²⁵

Eksistensi hukum kebiasaan semakin dinormakan dengan perubahan pengaturan asas legalitas secara dalam Konsep KUHP 2015. Pada pembaharuan KUHP Nasional asas legalitas formal tetap diperkuat, tetapi perumusan asas legalitas secara materiil diberi ruang pada hukum tidak tertulis sebagai dasar hukum dipidananya perbuatan. Dalam pembaruan hukum pidana masalah kriminalisasi dan dekriminalisasi harus sinkron dengan politik hukum Indonesia yaitu sejauhmana perbuatan bertentangan dengan nilai-nilai fundamental yang berlaku di masyarakat dan oleh masyarakat dianggap patut atau tidak patut dihukum dalam rangka kesejahteraan masyarakat.²⁶

Implementasi asas legalitas materiil dalam hukum positif adalah adanya penerapan delik adat berdasarkan Pasal 5 ayat (3) sub b Undang-Undang No. 1 Tahun 1951. Pada dasarnya ketentuan ini memperluas dasar pidanaan yaitu suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup dan tiada bandingnya dalam KUHP. Ancaman pidana untuk perbuatan tersebut telah diatur secara formal yaitu selama 3 bulan penjara dan dapat diperpanjang hingga maksimum 10 tahun penjara. Penerapan asas legalitas materiil tidak hanya dalam kasus korupsi. Terhadap kasus di luar tindak pidana korupsi juga telah diterapkan. Hal ini terdapat pada kasus tentang kesusilaan.

Perkembangan yurisprudensi berkenaan dengan asas legalitas sinkron dengan pendapat dari Werner Menski tentang *triangular concept of legal pluralism*. Nilai etis, norma-norma sosial, dan aturan yang dibuat oleh negara, berinteraksi secara harmonis untuk mewujudkan keadilan masyarakat. Harmonisasi diwujudkan dengan tidak harus mengedepankan diantara ketiganya. Namun dilaksanakan sesuai dengan kondisi konkrit kasus yang terjadi. Hal ini diimplementasikan dalam yurisprudensi yang menerapkan asas legalitas materiil seperti pada beberapa yurisprudensi tersebut di atas. Penegakan hukum yang mendasarkan pada asas legalitas sangat mudah untuk mewujudkan kepastian yang merupakan keadilan

²⁵ I Made Suartha, "Pergeseran Asas Legalitas Formal ke Formal dan Material dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional", *Yustisia*, Edisi 91 Januari – April 2015, h. 142.

²⁶ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan dan Penegakan Hukum Pidana*, Bandung: Citra Aditya Bhakti, 2011, h. 34.

formal, namun belum tentu dapat mewujudkan keadilan khususnya keadilan substansial. Oleh karena hakim dalam memutus suatu perkara hendaknya memperhatikan kebiasaan, tradisi dan rasa keadilan yang hidup di masyarakat.²⁷

Namun perkembangan putusan MK mendeskripsikan sebaliknya. Indikasi penguatan asas legalitas dalam Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 dan Nomor 025/PUU-XIV/2016, tercantum dalam tabel di bawah ini:

Tabel 4: Penguatan asas legalitas dalam Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 dan Nomor 025/PUU-XIV/2016

No.	Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006	Putusan MK Nomor 025/PUU-XIV/2016
1.	Penjelasan norma Pasal 2 ayat (1) melahirkan norma baru yaitu digunakannya ukuran-ukuran tidak tertulis dalam undang-undang secara formal untuk menentukan perbuatan yang dapat dipidana. Seharusnya penjelasan norma berfungsi untuk menjelaskan substansi norma yang ada dalam pasal dan tidak menambahkan norma baru apalagi memuat substansi yang bertentangan dengan norma pasalnya.	Unsur “merugian negara” dalam tindak pidana korupsi tidak lagi dipahami sebagai perkiraan (<i>potential loss</i>) tetapi namun harus dipahami harus benar-benar sudah terjadi atau nyata (<i>actual loss</i>).
2.	Tuntutan kepastian hukum, dimana seseorang hanya dapat dituntut dan diadili atas dasar peraturan perundangan tertulis (<i>lex scripta</i>) yang telah lebih dahulu ada. Oleh karena itu, suatu tindak pidana harus memiliki unsur melawan hukum yang secara tertulis lebih dahulu berlaku sehingga memenuhi prinsip <i>lex strica</i> . Pembentuk undang-undang harus merumuskan secara cermat dan rinci untuk menjamin kepastian hukum (<i>lex certa</i>).	Pencantuman kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UUTPK dalam praktik seringkali disalahgunakan untuk menjangkau perbuatan yang diduga merugikan keuangan negara sehingga menimbulkan ketidakpastian hukum. Hal ini karena perumusan tindak pidana tersebut bertentangan dengan prinsip hukum harus tertulis (<i>lex scripta</i>), harus ditafsirkan seperti yang dibaca (<i>lex strica</i>), dan tidak multi tafsir (<i>lex certa</i>).
3.	Konsep melawan hukum yang merujuk pada hukum tidak tertulis, kehati-hatian dan kecermatan yang hidup di masyarakat sebagai suatu norma keadilan merupakan ukuran yang tidak pasti dan berbeda-beda dalam masyarakat. Sedangkan diharuskan adanya jaminan kepastian yang adil berdasarkan Pasal 28 D ayat (1) UUD 1945.	Penerapan unsur “merugikan negara” dengan konsepsi <i>actual loss</i> memberikan kepastian hukum yang adil dan sesuai dengan upaya sinkronisasi dan harmonisasi instrumen hukum nasional dan internasional.

Berdasarkan pertimbangan dalam kedua putusan MK tersebut, mengindikasikan kedua putusan tersebut mengarah pada asas legalitas formal. Hal ini berbeda dengan perkembangan yurisprudensi yang mengarah pada pergeseran asas legalitas ke material.

²⁷ Sunarto, “Asas Legalitas dalam Penegakan Hukum Menuju Terwujudnya Keadilan Substantif,” *Masalah-Masalah Hukum*, Jilid 45, No.4 Oktober 2016, h. 257-258.

Dalam perspektif penegakan kasus korupsi, Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 dan Nomor 025/PUU-XIV/2016, dapat menghambat pengungkapan kasus korupsi. Akibat putusan Nomor 025/PUU-XIV/2016, pengusutan kasus korupsi berdasarkan Pasal 2 dan 3 UUPTPK akan sulit dilakukan karena KPK dan penegak hukum lainnya bergantung pada pemeriksa keuangan²⁸. Dalam Putusan MK Nomor 025/PUU-XIV/2016, unsur “merugikan negara” dalam tindak pidana korupsi tidak lagi dipahami sebagai perkiraan (*potential loss*), namun harus dipahami benar-benar sudah terjadi atau nyata (*actual loss*). Hal ini berakibat pada terjadi perubahan jenis delik yaitu dari delik formil ke delik materiil, tentunya akan berakibat terhadap pembuktian di sidang pengadilan. Kerugian bermakna “*potential loss*” berarti merupakan delik formil, karena titik beratnya pada perbuatan saja. Kerugian bermakna “*actual loss*”, berarti harus ada akibat kerugian yang sudah diperhitungkan untuk selesainya tindak pidana. Delik formil dan delik materiil memiliki konsekuensi berbeda. Perbedaan delik formil dan materiil dapat dilihat dalam tabel berikut:

Tabel 5 : Perbedaan Delik Formil & Delik Materiil

No	Delik Formil	Delik Materiil
1.	Perumusannya dititikberatkan pada rangkaian perbuatan yang dilarang.	Perumusannya dititikberatkan pada akibat.
2.	Untuk terjadinya delik selesai, cukup adanya rangkaian perbuatan yang disyaratkan dalam perumusannya.	Untuk terjadinya delik selesai disyaratkan adanya akibat. Jika tidak ada akibat maka merupakan percobaan tindak pidana.
3.	Pembuktian hanya pada perbuatan yang dilarang, sehingga lebih mudah untuk membuktikan adanya tindak pidana.	Pembuktian meliputi perbuatan dan akibat, sehingga sulit untuk membuktikan adanya tindak pidana.

Perubahan ke delik materiil pada Pasal 2 dan 3 UUPTPK mengandung konsekuensi, pemeriksa keuangan yaitu BPK (Badan Pemeriksa Keuangan) harus segera menetapkan kerugian negara yang bersifat nyata. Apabila BPK tidak segera menetapkan perhitungan kerugian negara yang nyata (*actual loss*), maka perbuatan pelaku korupsi tidak terbukti, sehingga tidak dapat dijatuhi pidana.

Berkaitan dengan unsur *bestandelen* atau bagian inti delik dan unsur elemen delik Pasal 2 dan 3 UUPTP, unsur “dapat merugikan keuangan negara” merupakan unsur elemen, bukan unsur *bestandellen*. Sedangkan “unsur memperkaya diri sendiri dan/atau orang lain secara melawan hukum” merupakan unsur

²⁸ <http://news.metrotvnews.com/hukum/4KZVoyrK-putusan-mk-dianggap-menghambat-pemberantasan-korupsi>, diunduh 3 Desember 2017.

bestandellen. *Bestandellen* suatu delik merupakan bagian inti dari perumusan tindak pidana yang harus dicantumkan dalam dalam surat dakwaan penuntut umum dan harus dibuktikan dalam sidang pengadilan. Sedangkan elemen suatu delik adalah syarat-syarat untuk dipidananya suatu perbuatan dan pembuat berdasarkan bagian umum KUH Pidana dan asas hukum umum.²⁹ Sehingga unsur “dapat merugikan keuangan negara” merupakan unsur yang kedudukannya bukan bagian inti. Apalagi berdasarkan Putusan MK No.003/PUU-IV/2006, delik pasal tersebut merupakan delik formil, karena dengan unsur tindak pidana korupsi terpenuhi sudah dapat diajukan ke pengadilan tanpa melihat kerugian yang nyata (*actual loss*), namun hanya dapat menimbulkan kerugian sebagai kemungkinan (*potential loss*). Di samping itu, perumusan delik formil dalam kedua pasal tersebut dimaksudkan untuk mempermudah pembuktian. Pembuktian kerugian yang nyata, sangat membutuhkan ketepatan dan keakuratan. Untuk mengantisipasi atas akurasi kesempurnaan pembuktian maka sepanjang kerugian negara dapat terjadi dipandang cukup untuk menuntut dan memidana pelaku, dan sepanjang unsur “memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu badan hukum dengan cara melawan hukum” telah terbukti.

Putusan MK No.003/PUU-IV/2006, memberikan penilai mengenai penjelasan Pasal 2 ayat (1) bertentangan dengan UUD 1945 karena menimbulkan ketidakpastian hukum, dan menyatakan penjelasan pasal tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum lagi. Maknanya melawan hukum materiil dalam fungsi positif yang dianut dalam penjelasan Pasal 2 ayat (1) UUTPK tidak dapat diterapkan sebagai dasar pemidanaan. Sehingga kembali melawan hukum materiil dalam fungsi negatif, dimana dasar pemidanaan adalah peraturan perundangan tertulis. Hal ini merupakan penguatan asas legalitas.

Putusan MK tersebut mempengaruhi praktik pengadilan dalam memutus tindak pidana korupsi, karena terjadi perbedaan penafsiran unsur melawan hukum diantara penegak hukum. Hal ini menunjukkan tidak ada persamaan persepsi mengenai unsur melawan hukum dalam praktek, sehingga memunculkan ketidakpastian hukum dan ketidakadilan.³⁰ Yurisprudensi dan perkembangan perundangan mendukung adanya penerapan melawan hukum materiil dalam tindak pidana korupsi. Beberapa putusan pengadilan yaitu Putusan Nomor 275K/Pid/1983; Putusan Nomor 2477K/Pid/1988; Putusan Nomor 1571K/Pid/1993;

²⁹ Muladi dan Dwidjo Prayitno, *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi*, Jakarta: Kencana, h. 64. http://books.google.co.id/books?id=repADwAAQBAJ&pg=PA64&pg=PA64&dq=unsur+bestandellen+dan+elementen&source=bl&ots=yJEX_h4w7s&sig=Bbz5-9J4TBIugVmNn diunduh 5 Desember 2017.

³⁰ Shinta Agustina dkk, *Penjelasan Hukum Unsur Melawan Hukum*, <http://leip.or.id/wp-content/uploads/2016/05/Penjelasan-Hukum-tentang-Unsur-Melawan-Hukum-Hukum-Pidana.pdf>, h.13, diunduh 5 Desember 2017

Putusan Nomor 2608K/Pid/2006; Putusan Nomor 103K/Pid/2007; Putusan Nomor 417K/ Pid.Sus/2014; Putusan Nomor ; Putusan Nomor 837K/Pid.Sus/2015, menerapkan melawan hukum materiil dalam fungsi positif. Perkembangan perundangan menunjukkan hal yang sama.

Tabel 6: Pengaturan Unsur Melawan Hukum

No.	Peraturan	Model Pengaturan Unsur Melawan Hukum
1.	Peraturan Penguasa Perang Pusat No. Prt/Peperpu/013/1950 <i>jo</i> Peraturan Penguasa Militer No.Prt/PM/06/1957 <i>jo</i> Peraturan Penguasa Militer No.Prt/PM/03/1957 <i>jo</i> Peraturan Penguasa Militer No.Prt/PM/011/1957	Perbuatan korupsi meliputi: korupsi sebagai perbuatan pidana yang merupakan kejahatan dan pelanggaran; dan korupsi sebagai perbuatan lain yaitu bukan perbuatan pidana atau perbuatan lain dengan melakukan perbuatan melawan hukum memperkaya diri sendiri atau orang lain.
2.	Peraturan Penguasa Perang Pusat Kepala Staf Angkatan Darat Nomor Prt/Peperpu/013/1958 dan Peraturan Penguasa Perang Pusat Kepala Staf Angkatan Laut No PRT/Z/I/7/1958	Peraturan ini dikeluarkan pada waktu seluruh wilayah negara Republik Indonesia dinyatakan dalam keadaan perang berdasar Undang-Undang No 74 Tahun 1957 <i>jo</i> . Undang-Undang No 79 Tahun 1957, dalam rangka pemberantasan tindak pidana korupsi
3.	Undang-Undang Nomor 24/Prp/1960	Tindak pidana korupsi merupakan suatu kejahatan atau pelanggaran memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu badan.
4.	Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1971	Tindak pidana korupsi yaitu barang siapa dengan melawan hukum melakukan perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain... (Pasal 1 ayat (1) sub a; sifat perbuatan yang melawan hukum bukan perbuatannya yang dapat dihukum, melainkan sifat melawan hukum merupakan sarana untuk perbuatan yang dapat dihukum yaitu perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu badan.
5.	Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 <i>jo</i> Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001	Rumusan kata"secara melawan hukum.." dalam Pasal 2 ayat (1) dan Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UUPTPK, dimaknai sebagai melawan hukum dalam arti formil dan materiil dalam fungsi positif atau materiil dalam arti luas. Artinya membuka ruang dapat dipidananya perbuatan yang tidak diatur oleh undang-undang, sepanjang bertentangan dengan kepatutan atau kebiasaan di masyarakat. Rumusan kata"...dapat memperkaya diri sendiri..." dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UUPTPK, mengindikasikan jenis delik yang diatur adalah delik formil. Dalam delik formil tidak mensyaratkan adanya akibat (kerugian negara). Cukup perbuatan saja, maka telah selesai delik dimaksud.

No.	Peraturan	Model Pengaturan Unsur Melawan Hukum
6.	Konsep KUHP 2015	Tindak pidana selain bertentangan dengan undang-undang, harus juga bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan hukum yang hidup di masyarakat (Pasal 12 ayat (2) Konsep KUHP 2015). Artinya melawan hukum yang dianut adalah melawan hukum formil dan materiil, baik materiil dalam fungsi negatif maupun positif.

Berdasarkan tabel 6 tersebut di atas mengindikasikan perumusan unsur “melawan hukum” mengalami perkembangan makna ke arah melawan hukum materiil dalam arti luas. Perkembangan ini selain didukung oleh perundangan, juga ditunjukkan dengan beberapa yurisprudensi yang menerapkan melawan hukum materiil dalam arti luas. Namun penerapan melawan hukum materiil dalam arti luas dalam tindak pidana korupsi harus dimaknai secara ketat, kasuistik, kondisional, mengingat penerapan model ini dalam tindak pidana korupsi sangat eksessif dan menjangkau segala perbuatan seperti jaring laba-laba.³¹

B. Model Asas Legalitas untuk Dapat Mengintrodusir Hukum Kebiasaan

Asas legalitas dalam hukum pidana positif di Indonesia tercantum dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP. KUHP berlaku sejak tahun 1946 berdasarkan asas konkordansi. Namun berdasarkan Undang-Undang Darurat No. 1 Tahun 1951 Pasal 5 ayat (3) sub b menyatakan perbuatan menurut hukum yang hidup harus dianggap delik sepanjang tiada bandingnya dalam KUHP, hakim dapat menjatuhkan pidana penjara maksimum 3 (tiga) bulan bagi tindak pidana dimaksud. Aturan tersebut hingga sekarang digunakan oleh hakim untuk menjatuhkan pidana terhadap tindak pidana kesusilaan. Demikian pula Konsep KUHP 2015 mengintrodusir hukum kebiasaan sebagai dasar pemidanaan dan sanksi adat. Pengaturannya terdapat dalam Pasal 2, Pasal 68 ayat (1) huruf e dan Pasal 68 ayat (3). Sejak tahun 1951 hingga sekarang asas legalitas diterapkan tidak murni dimana terdapat penerapan hukum kebiasaan sebagai dasar pemidanaan atas dasar Undang-Undang Darurat No 1 Tahun 1951 yang dikembangkan dalam yurisprudensi.

Secara teoritis asas legalitas terdiri dari dari dua jenis, yaitu: *pertama*, asas legalitas formal menetapkan dasar untuk menentukan suatu perbuatan bersifat melawan hukum atau tindak pidana sehingga dapat dipidananya adalah ketentuan yang terdapat dalam undang-undang yang harus ada sebelum perbuatan

³¹ Indriyanto Seno Adji, “Perspektif Ajaran melawan Hukum Terhadap Tindak Pidana Korupsi”, *Jurnal Hukum Pro Justitia*, Oktober 2007 Volume 25, No. 4, h. 303.

itu dilakukan. *Kedua*, asas legalitas material menetapkan bahwa dasar untuk menentukan perbuatan bersifat melawan hukum atau suatu tindak pidana adalah nilai-nilai yang hidup di masyarakat (hukum kebiasaan).³² Asas legalitas formal secara tertulis telah diatur dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP, sedangkan asas legalitas material terdapat dalam nilai-nilai agama, moral, adat, dan sebagainya, yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat (hukum tidak tertulis). Oleh karena asas legalitas material merupakan nilai-nilai yang hidup di masyarakat maka menjadi refleksi dari keinginan dan rasa keadilan masyarakat, serta memberikan kepastian hukum secara materiil atau substansial. Sedangkan asas legalitas formal memberikan kepastian hukum secara formil.³³

Penerapan asas legalitas berdasarkan KUHP merupakan suatu *dilemma*, karena keberadaan hukum adat yang masih hidup yang tidak mungkin dikodifikasikan seluruhnya; dan harus adanya kepastian hukum dan perlindungan terhadap hak asasi manusia dari perlakuan yang tidak adil dan tidak wajar dari penguasa dan hakim.³⁴ Bagi yang kontra asas legalitas menyatakan asas legalitas kurang melindungi kepentingan kolektif, karena memungkinkannya dibebaskannya pelaku perbuatan yang pada dasarnya merupakan perbuatan yang merugikan tapi tidak dirumuskan dalam undang-undang. Sehingga konsep yang ada dalam asas legalitas adalah perbuatan dianggap tindak pidana karena undang-undang atau peraturan menyatakan sebagai kejahatan dan dipidana (*mala qua prohibita*), bukan suatu perbuatan dianggap kejahatan karena perbuatan tersebut buruk atau tercela (*mala per se*).³⁵

Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 dan Nomor 025/PUU-XIV/2016 memperkuat asas legalitas. Melalui kedua putusan MK tersebut pemidanaan kasus korupsi harus berdasarkan peraturan perundangan, dan adanya kerugian negara harus ada secara *actual* bukan sekedar *potential*. Pada dasarnya keberadaan asas legalitas sangat dibutuhkan dalam rangka mencegah kesewenang-wenangan dalam menentukan perbuatan yang dapat dipidana. Melalui asas legalitas penegakan hukum pidana, baik mulai proses penyidikan sampai dengan putusan pengadilan dapat diukur benar atau tidaknya. Selain itu asas ini merupakan titik awal untuk menetapkan suatu perbuatan merupakan tindak pidana atau bukan. Oleh karena itu, asas legalitas merupakan asas yang fundamental dalam hukum pidana.³⁶

³² Tongat, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia dalam Perspektif Pembaharuan*, Malang: UMM, 2008, h. 51.

³³ *Ibid.*, h. 58.

³⁴ Loebby Loqman, *Perkembangan Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Indonesia*, Semarang 26-27 April 2004, h. 9.

³⁵ Utrecht, *Hukum Pidana I*, Bandung, 1960, h. 194.

³⁶ Lieven Dupont & Raf. Verstraten, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Acco Leuven/Amersfoort, 1990, h. 101. Dalam Cristianto, "Pembaharuan Makna Asas Legalitas", *Jurnal Hukum dan Pembangunan Tahun Ke-39 No.3 Juli-September 2009*, h. 348.

Mengingat eksistensi asas legalitas dan hukum kebiasaan yang sama-sama dibutuhkan dalam penegakan hukum pidana maka diperlukan suatu model asas legalitas yang dapat mengakomodir keduanya. Dalam perkembangan pemahaman makna asas legalitas tidak dapat dipisahkan dari perkembangan hukum pidana itu sendiri. Perkembangan makna asas legalitas meliputi: 1. Asas legalitas sebagai jaminan agar pemerintah tidak sewenang-senang; 2. Asas legalitas sebagai perlindungan proses hukum yang jelas; 3. Asas legalitas sebagai hukum pidana materii.³⁷ Dalam makna asas legalitas antara hukum tertulis dengan hukum kebiasaan saling melengkapi. Hakim harus melengkapi perundang-undangan yang dirumuskan secara abstrak dengan ketentuan moral dari rakyat untuk melindungi para pencari keadilan.³⁸

Melihat kondisi bangsa Indonesia yang beragam suku bangsa dan adat istiadat dan keberadaan asas legalitas yang membatasi kesewenang-wenangan penguasa, maka keduanya tidak layak dipertentangkan. Untuk kepentingan penegakan hukum pidana Indonesia keduanya diperlukan. Namun dalam penerapan delik adat dimana sifat melawan hukum perbuatan didasarkan pada “perbuatan tercela” berdasarkan hukum kebiasaan, diperlukan sikap ketelitian yang akurat dan sifat kehati-hatian dari hakim. Penerapan asas legalitas dan hukum kebiasaan sebagai dasar pidanaan memiliki kelemahan dan kelebihan masing-masing. Kelemahan dan kelebihan dimaksud tercantum dalam tabel berikut:

Tabel 7: Kelemahan & Kelebihan Asas Legalitas dan Hukum Kebiasaan

No	Dasar Pemidanaan	Kelemahan	Kelebihan
1.	Asas Legalitas	Bersifat kaku dan rigid	Memiliki kepastian
		Tidak dapat mengakomodir perbuatan yang tidak diatur dalam perundang-undangan	Melindungi pelaku dari kesewenang-wenangan penegak hukum
		Keadilan yang dituju bersifat normatif	Lebih mudah menerapkan krn sudah tercantum dalam perundangan
		-	Unifikasi
2.	Hukum Kebiasaan	Tidak memiliki kepastian hukum	Bersifat fleksibel
		Tidak dapat melindungi pelaku dari kesewenang-wenangan penegak hukum	Keadilan yang dituju bersifat substantif

³⁷ Christianto, *Pembaharuan Makna Asas Legalitas*, *Jurnal Hukum Dan Pembangunan Tahun ke-39 No.3 Juli-September 2009*, h. 354-360.

³⁸ Suijing, *Ibid.*, h. 358.

	Tidak bersifat unifikasi masing-masing wilayah memiliki aturan sendiri	Bersifat pluralistis sehingga dapat mengakomodir kepentingan masyarakat.
	Memerlukan kehati-hatian dalam menerapkan karena harus menentukan perbuatan yang tercela	-

Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 dan Nomor 025/PUU-XIV/2016, dan beberapa yurisprudensi yang menerapkan hukum kebiasaan sebagai dasar pemidanan, merupakan fakta yang tidak dapat ditolak bagi perkembangan penerapan hukum pidana di Indonesia. Yurisprudensi sebagai hasil olah pikir hakim yang mengedepankan asas legalitas materiil merupakan penggalan nilai keadilan yang ada di masyarakat. Putusan MK akan melakukan kontrol agar penerapan asas legalitas materiil dalam beberapa yurisprudensi oleh hakim di Indonesia tidak salah arah. Kedua produk hukum pidana ini saling melengkapi untuk menuju pada keadilan yang substantif. Sehingga model asas legalitas yang dapat diterapkan bagi hukum pidana Indonesia adalah asas legalitas formil dan materiil dengan persyaratan. Adapun persyaratan dimaksud terhadap penerapan asas legalitas materiil harus mempertimbangkan hal-hal sebagai berikut: 1. Bersifat kasuistis ; 2. Berlaku untuk orang tertentu; 3. Secara substansi masih diakui oleh masyarakat adat dengan ditunjukkan adanya masyarakat dan lembaga adat; 4. Hakim harus bersifat hati-hati karena tujuannya mencapai keadilan substantif; 5. Pengadilan formal/negara bersifat *ultimum remidium*.

KESIMPULAN

Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 dan Nomor 025/PUU-XIV/2016 memperkuat kedudukan asas legalitas secara formal, yang mempersulit penegakan tindak pidana korupsi. Sedangkan perkembangan yurisprudensi mengarah pada penerapan asas legalitas materiil.

Kedua asas legalitas secara formil maupun materiil sangat dibutuhkan dalam penegakan hukum pidana di Indonesia. Asas legalitas formil diterapkan untuk mencegah kesewenang-wenangan penguasa terhadap orang yang tidak bersalah. Sedangkan asas legalitas materiil untuk mengakomodir hukum tidak tertulis yang masih berlaku di masyarakat. Model asas legalitas untuk hukum pidana materiil Indonesia adalah asas legalitas formil-materiil. Asas legalitas materiil diterapkan dengan syarat tertentu, yaitu: 1. Bersifat kasuistis; 2. Berlaku untuk

orang tertentu; 3. Secara substansi masih diakui oleh masyarakat adat dengan ditunjukkan adanya masyarakat dan lembaga adat; 4. Hakim harus bersifat hati-hati karena tujuannya mencapai keadilan substantif; 5. Pengadilan formal/negara bersifat *ultimum remedium*.

DAFTAR PUSTAKA

- Aburaera, Sukarno dkk., 2013, *Filsafat Hukum Teori dan Praktek*, Jakarta: Kencana.
- Agustina, Shinta, dkk, 2017, "Penjelasan Hukum Unsur Melawan Hukum", <http://leip.or.id/wp-content/uploads/2016/05/Penjelasan-Hukum-tentang-Unsur-Melawan-Hukum-Hukum-Pidana.pdf>, diunduh 5 Desember.
- Ali, Achmad, 2009, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence)* Jakarta: Kencana.
- Ali, H. Zainuddin, 2014, *Filsafat Hukum*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Anjari, Warih, 2017, "Penjara terhadap Dokter dalam Perspektif Mengikatnya Putusan Mahkamah Konstitusi dan Pemidanaan Integratif Kajian Putusan Nomor 1110K/Pid.sus/2012, *Jurnal Yudisial*, Vol.10 No.1 April.
- _____, 2014, "Melawan Hukum Materiil dan Penerapannya dalam Perspektif Asas Legalitas (Kasus-Kasus di Mahkamah Agung RI)", *Jurnal Hukum Staarechts*, Volume 1 No.1 Oktober.
- Arief, Barda Nawawi, 2011, *Beberapa Aspek Kebijakan dan Penegakan Hukum Pidana*, Bandung: Citra Aditya Bhakti.
- Cristianto, *Pembaharuan Makna Asas Legalitas, Jurnal Hukum Dan Pembangunan Tahun Ke-39 No.3 Juli-September 2009*.
- Fatkhurohman & Nalom Kurniawan, "Pergeseran Delik Korupsi Dalam Putusan MK Nomor 25/PUU-XIV/2016", *Jurnal Konstitusi*, Volume 14 Nomor 1 Maret 2017, h. 18
- Haryono, Dodi, 2017, *Identitas dan Elastisitas Konsep Negara Hukum Pancasila Yang Demokratis*,
<http://dodiharyono.staff.unri.ac.id/files/2012/06/IDENTITAS-DAN-ELASTISITAS.pdf>, diunduh 27 November.
- Hiariej, Eddy O.S, 2002, *Asas Legalitas & Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana*, Jakarta: Erlangga.

- Suartha, I Made, 2015, "Pergeseran Asas Legalitas Formal ke Formal dan Material Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional", *Yustisia*, Edisi 91, Januari – April.
- Krisanto, Yakub Adi, 2008, "Penelitian Hukum: Tolak Tarik Antara Positivisme Hukum Dan Empirisme Hukum", *Jurnal Refleksi Hukum* Edisi April.
- Lamintang & FT Lamintang, 2014, *Dasar-Dasar Hukum Pidana di Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Loqman, Loebby, 2004, *Perkembangan Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Indonesia*, Semarang 26-27 April.
- Moeljatno, 2000, *Asas Hukum Pidana*, Jakarta: Rineka Cipta.
- Muladi dan Dwidjo Prayitno, 2017, *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi*, Jakarta Kencana, h.64. http://books.google.co.id/books?id=repADwAAQBAJ&pg=PA64&lpg=PA64&dq=unsur+bestanddelen+dan+elementen&source=bl&ots=yJEx_h4w7s&sig=Bbz5-9J4TBiugVmNn diunduh 5 Desember.
- Seno Adji, Indriyanto, 2007, "Perspektif Ajaran melawan Hukum Terhadap Tindak Pidana Korupsi", *Jurnal Hukum Pro Justitia*, Oktober, Volume 25 No. 4.
- Sudarto, 1990, *Hukum Pidana I*. Semarang, Yayasan Sudarto.
- Sunarto, "Asas Legalitas dalam Penegakan Hukum Menuju Terwujudnya Keadilan Substantif", *Masalah-masalah Hukum*, Jilid 45 No.4 Oktober 2016.
- Tongat, 2008, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia Dalam Perpektif Pembaharuan*. Malang: UMM.
- Utrecht, 1960, *Hukum Pidana I*, Bandung,
- Wijaya, Made Hendra, 2015, "Karakteristik Konsep Negara Hukum Pancasila", *Jurnal Advokasi* Vo.5 No.2 September.
- Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006
- Putusan MK Nomor.003/PUU-IV/2016

Implikasi Hukum Pengaturan Hukum Acara Mahkamah Konstitusi dalam Bentuk Peraturan Mahkamah Konstitusi

Legal Implications of Constitutional Court Procedural Law in the Form of Constitutional Court Regulation

Aan Eko Widiarto

Fakultas Hukum Universitas Brawijaya
Jl. M.T. Haryono No. 169 Malang
E-mail: eko.widiarto@gmail.com

Naskah diterima: 28/03/2018 revisi:17/12/18 disetujui: 21/01/2019

Abstrak

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 (UUD 1945) Pasal 24C ayat (6) menentukan bahwa hukum acara serta ketentuan lainnya tentang Mahkamah Konstitusi diatur dengan undang-undang. Berdasarkan ketentuan tersebut jelas bahwa hukum cara Mahkamah Konstitusi diatur dengan undang-undang. Makna frasa “diatur dengan” menurut Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan materi muatan itu harus diatur hanya di dalam Peraturan Perundang-undangan yang didelegasikan dan tidak boleh didelegasikan lebih lanjut ke Peraturan Perundang-undangan yang lebih rendah (subdelegasi). Pokok permasalahan yang penting diteliti adalah apa implikasi hukum pengaturan hukum acara Mahkamah Konstitusi dalam bentuk Peraturan Mahkamah Konstitusi. Sesuai dengan permasalahan yang diangkat, penelitian ini adalah penelitian doktrinal atau juga disebut sebagai penelitian normatif. Pendekatan yang digunakan adalah pendekatan teoretis (*theoretical approach*), dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*). Implikasi hukum pengaturan hukum acara Mahkamah Konstitusi dalam bentuk Peraturan Mahkamah Konstitusi berdasarkan hasil penelitian ini teridentifikasi ada 3 (tiga), yaitu: ketidakpastian hukum, pelanggaran hierarki peraturan perundang-undangan,

dan ketiadaan tertib hukum. Akibat ketiga implikasi hukum tersebut maka penyelenggaraan wewenang dan kewajiban Mahkamah Konstitusi menjadi tidak sah. Namun demikian mengingat asas kemanfaatan dan asas praduga *rechtsmatig* maka selama memberi mandat dan sampai dengan belum ada pembatalan Peraturan Mahkamah Konstitusi maka tindakan MK selalu harus dianggap benar.

Kata Kunci: Implikasi Hukum, Hukum Acara, Mahkamah Konstitusi

Abstract

*1945 Constitution (UUD 1945) Article 24C Paragraph (6) provides that the procedural law and other provisions concerning the Constitutional Court shall be regulated by act. Based on these provisions it is clear that the law of the way the Constitutional Court is regulated by act. The meaning of the phrase "governed by" pursuant to Act No. 12 of 2011 concerning the Establishment of the Acts and Regulations on the contents of the content shall be regulated only in the delegated Legislation and shall not be further delegated to the lower Legislation Regulations (subdelegations). The main issue that is important to examine is what is the legal implication of regulation of procedural law of the Constitutional Court in the form of Constitutional Court Regulation not in an Act. In accordance with the issues raised, this study is a doctrinal research or also referred to as normative research. The approaches are theoretical approach, and the conceptual approach. The legal implications of the procedural law setting of the Constitutional Court in the form of Constitutional Court Regulation based on the results of this study are identified there are 3 (three), namely: legal uncertainty, violation of legal hierarchy of regulations, and absence of orderly law. As a result of these three legal implications, the legal consequences for the implementation of the authority and duties of the Constitutional Court become invalid. However, considering the principle of expediency and presupposition principle of *rechtsmatig* then as long as giving benefit and until there is no cancellation of the Constitutional Court Regulation, the action of the Constitutional Court must always be considered true.*

Keywords: *Legal Implication, Procedural Law, Constitutional Court*

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Pada proses amandemen UUD 1945 yang ketiga MPR menempatkan satu fondasi dalam struktur kekuasaan kehakiman di Indonesia dengan membentuk sebuah Mahkamah Konstitusi. Hal tersebut sebagaimana tertuang dalam Pasal 24 ayat (2) UUD 1945 yang berbunyi:

(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.*

Keputusan politik MPR tersebut sangat fundamental mengingat pada awal kemerdekaan meskipun BPUPKI membahas pembentukan sebuah Mahkamah Konstitusi namun tidak sampai masuk dalam norma UUD 1945.

Di dalam sidang BPUPKI, Mohammad Yamin menggagas lembaga yang berwenang menyelesaikan sengketa di bidang pelaksanaan konstitusi. Lembaga tersebut adalah *constitutioneele geschil* atau *constitutional disputes*. Gagasan Yamin berawal dari pemikiran perlunya diberlakukan suatu *materieele toetsingrecht* (uji materil) terhadap UU. Lembaga yang diusulkan mempunyai kewenangan tersebut adalah Mahkamah Agung. Namun Soepomo menyanggahnya dengan empat alasan bahwa (i) konsep dasar yang dianut dalam UUD yang tengah disusun bukan konsep pemisahan kekuasaan (*separation of power*) melainkan konsep pembagian kekuasaan (*distribution of power*), selain itu, (ii) tugas hakim adalah menerapkan undang-undang, bukan menguji undang-undang, (iii) kewenangan hakim untuk melakukan pengujian undang-undang bertentangan dengan konsep supremasi Majelis Permusyawaratan Rakyat, dan (iv) sebagai negara yang baru merdeka belum memiliki ahli-ahli mengenai hal tersebut serta pengalaman mengenai *judicial review*.¹ Ide-ide pembentukan Mahkamah Konstitusi terus bergulir pasca kemerdekaan, namun baru setelah reformasi tahun 1998 cita tersebut dapat terwujud. Pembentukan Mahkamah Konstitusi pada dasarnya adalah untuk melaksanakan prinsip *checks and balances* yang menempatkan semua lembaga negara dalam kedudukan setara sehingga terdapat keseimbangan dalam penyelenggaraan negara.²

Salah satu materi muatan UUD Tahun 1945 sebagaimana diatur dalam Pasal 24 ayat (2) dan Pasal 24C adalah pembentukan Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu penegak hukum dan keadilan³. Mahkamah Konstitusi berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 mempunyai wewenang untuk mengadili pada

¹ Janedjri M. Gaffar, "Kedudukan, Fungsi dan Peran Mahkamah Konstitusi Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia", *Makalah*, Surakarta, 17 Oktober 2009, h. 4-5.

² Ahmad Fadli Sumadi, "Hukum Acara Mahkamah Konstitusi dalam Teori dan Praktik", *Jurnal Konstitusi*, Volume 8, Nomor 6, Desember 2011, h. 849.

³ Muhtadi, "olitik Hukum Pengawasan Hakim Konstitusi", *Fiat Justisia Jurnal Ilmu Hukum*, Volume 9 No. 3, Juli-September 2015, h. 316.

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. Kemudian berdasarkan Pasal 24C ayat (3) UUD 1945 ditambah satu kewajiban Mahkamah Konstitusi yakni memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar. Khusus mengenai kewenangan Mahkamah Konstitusi yang selanjutnya disebut MK dalam pengujian undang-undang (*toetsing*) sangat terkait dengan pengertian antara *wet in materiile zin* (undang-undang dalam arti materiil) dan *wet in formele zin* (undang-undang dalam arti formal).⁴ MK didesain menjadi pengawal dan sekaligus penafsir terhadap Undang-Undang Dasar melalui putusan-putusannya. Dalam menjalankan tugas konstitusionalnya, MK mendeskripsikan dalam visinya yaitu tegaknya konstitusi dalam rangka mewujudkan cita negara hukum dan demokrasi demi kehidupan kebangsaan dan kenegaraan yang bermartabat⁵.

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 (UUD 1945) Pasal 24C ayat (6) menentukan bahwa pengangkatan dan pemberhentian hakim konstitusi, hukum acara serta ketentuan lainnya tentang Mahkamah Konstitusi diatur dengan undang-undang. Berdasarkan ketentuan tersebut jelas bahwa hukum cara Mahkamah Konstitusi diatur dengan undang-undang. Makna frasa “diatur dengan” menurut Lampiran II angka 201 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (UU 12/2011) sebagai berikut :

Jika materi muatan yang didelegasikan sebagian sudah diatur pokok-pokoknya di dalam Peraturan Perundang-undangan yang mendelegasikan tetapi materi muatan itu harus diatur hanya di dalam Peraturan Perundang-undangan yang didelegasikan dan tidak boleh didelegasikan lebih lanjut ke Peraturan Perundang-undangan yang lebih rendah (subdelegasi), gunakan kalimat Ketentuan lebih lanjut mengenai diatur dengan ...

Putusan MK Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006 mengukuhkan makna frasa “diatur dengan” yakni diyakini bahwa dari segi teknik perundang-undangan, frasa “diatur dengan undang-undang” berarti harus diatur dengan undang-undang tersendiri. Di samping itu, frasa “diatur dengan undang-undang” juga berarti bahwa

⁴ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta: Konstitusi Press, 2006, h. 57.

⁵ Amrizal J. Prang, “Implikasi Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi”, *Kanun Jurnal Ilmu Hukum*, No. 53, Th. XIII (April, 2011), h. 78.

hal dimaksud harus diatur dengan peraturan perundang-undangan dalam bentuk undang-undang, bukan dalam bentuk peraturan perundang-undangan lainnya.

Ketentuan UU 12/2011 dan Putusan MK Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006 jelas menentukan bahwa makna frasa “diatur dengan” dalam suatu perintah pendelegasian pengaturan lebih lanjut meliputi unsur:

- a. harus diatur hanya di dalam Peraturan Perundang-undangan yang didelegasikan secara tersendiri;
- b. tidak boleh didelegasikan lebih lanjut ke Peraturan Perundang-undangan yang lebih rendah (subdelegasi); dan
- c. materinya tidak bercampur dengan materi lain yang tidak diperintahkan untuk diatur lebih lanjut.

Berdasarkan makna frasa “diatur dengan” tersebut maka terhadap ketentuan UUD 1945 Pasal 24C ayat (6) terkait hukum acara Mahkamah Konstitusi diatur dengan undang-undang maka seharusnya hukum acara Mahkamah Konstitusi diatur dengan suatu undang-undang dan tidak boleh disubdelegasikan ke peraturan yang lebih rendah.

Permasalahan hukum terjadi akibat adanya Penjelasan UU 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi yang menyatakan bahwa untuk kelancaran pelaksanaan tugas dan wewenangnya, Mahkamah Konstitusi diberi kewenangan untuk melengkapi hukum acara menurut Undang-Undang tersebut. Norma yang dibentuk dalam batang tubuh UU 24 Tahun 2003 Pasal 86 yang berbunyi: *“Mahkamah Konstitusi dapat mengatur lebih lanjut hal-hal yang diperlukan bagi kelancaran pelaksanaan tugas dan wewenangnya menurut Undang-Undang ini”*. Jelas bahwa UU 24 Tahun 2003 memberikan ketentuan yang bersifat “karet” mengingat luasnya makna mengatur hal-hal yang diperlukan bagi kelancaran tugas dan wewenangnya. Hanya saja, dalam Pasal 86 tersebut tidak spesifik disebut “hukum acara”. Penyebutan hukum acara justru terdapat dalam bagian Penjelasan Pasal 86 yang berbunyi: *“Ketentuan ini dimaksudkan untuk mengisi kemungkinan adanya kekurangan atau kekosongan dalam hukum acara berdasarkan Undang-Undang ini.”* Penjelasan Pasal 86 UU 24 Tahun 2003 yang menyebutkan hukum acara menunjukkan bahwa penjelasan menimbulkan norma dan norma tersebut tidak sesuai dengan norma yang ada dalam batang tubuh.

Permasalahan hukum berikutnya adalah dalam UU 24 Tahun 2003 berikut UU 8 Tahun 2011 sebagai perubahannya, tidak ditemukan perintah atau pendelegasian

pembentukan peraturan Mahkamah Konstitusi untuk mengatur lebih lanjut Hukum Acara. Ketentuan yang ada adalah perintah pengaturan lebih lanjut terkait tata tertib sidang sebagaimana ditentukan Pasal 40 ayat (3) UU 24 Tahun 2003: *"Ketentuan mengenai tata tertib persidangan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) diatur oleh Mahkamah Konstitusi."* Perintah berikutnya adalah terkait tata cara pemilihan Ketua dan Wakil Ketua sebagaimana tercantum dalam Pasal 4 ayat (5) UU 8 Tahun 2011: *"Ketentuan lebih lanjut mengenai tata cara pemilihan Ketua dan Wakil Ketua diatur dalam Peraturan Mahkamah Konstitusi."* Terakhir adalah perintah mengatur lebih lanjut mengenai susunan, organisasi, dan tata beracara persidangan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi sebagaimana ditentukan Pasal 27 A ayat (7) UU 8 Tahun 2011.

Apabila dilihat dalam konsideran dan dasar hukum peraturan Mahkamah Konstitusi yang mengatur hukum acara, antara lain Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor : 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang, dasar pembentukannya hanya didasarkan pada kewenangan dasar Mahkamah Konstitusi sesuai Pasal 24C ayat (1) dan ketentuan "Karet" sebagaimana Pasal 86 UU 24 Tahun 2003. Mahkamah Konstitusi berwenang untuk mengatur lebih lanjut hal-hal yang diperlukan bagi kelancaran pelaksanaan tugas dan kewenangannya. Padahal, penyempurnaan sistem hukum dan konstitusi merupakan prasarat untuk membangun negara demokrasi konstitusional di Indonesia.⁶

B. Perumusan Masalah

Permasalahan hukum sebagaimana diuraikan tersebut penting untuk diteliti agar terwujud kepastian hukum dalam penyelenggaraan persidangan Mahkamah Konstitusi. Pokok permasalahan yang penting dikaji adalah apa implikasi hukum pengaturan hukum acara Mahkamah Konstitusi dalam bentuk Peraturan Mahkamah Konstitusi?

C. Metode Penelitian

Sesuai dengan permasalahan yang diangkat, penelitian ini adalah penelitian doktrinal atau juga disebut sebagai penelitian normatif.⁷ Pendekatan yang digunakan adalah pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) pendekatan

⁶ Josua Satria Collins dan Pan Mohammad Faiz, "Penambahan Kewenangan *Constitutional Question* di Mahkamah Konstitusi sebagai Upaya untuk Melindungi Hak-Hak Konstitusional Warga Negara", *Jurnal Konstitusi*, Volume 15, Nomor 4, Desember 2018, h. 688.

⁷ Soetandyo Wignjosebroto, *Hukum: Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Jakarta: Huma, 2000, h. 145 – 177.

teoretis (*theoretical approach*), dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*). Pendekatan teoretis digunakan untuk merumuskan konstruksi hukum pengaturan hukum acara Mahkamah Konstitusi dan menemukan implikasi hukum pengaturan hukum acara Mahkamah Konstitusi dalam bentuk Peraturan Mahkamah Konstitusi.

Data dalam penelitian ini diperoleh dari bahan hukum, yang meliputi bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Bahan hukum primer meliputi UUD 1945, Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi, Undang-Undang tentang Mahkamah Agung, Peraturan Mahkamah Konstitusi yang mengatur hukum acara, meliputi:

- a. Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor : 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang;
- b. Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 08/PMK/2006 tentang Pedoman Beracara dalam Sengketa Kewenangan Konstitusional Lembaga Negara;
- c. Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor : 04/PMK/2004 tentang Pedoman Beracara dalam Perselisihan Hasil Pemilihan Umum;
- d. Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 12 Tahun 2008 tentang Prosedur Beracara dalam Pembubaran Partai Politik;
- e. Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 15 Tahun 2008 tentang Pedoman Beracara dalam Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah; dan
- f. Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 21 Tahun 2009 tentang Pedoman Beracara dalam Memutus Pendapat Dewan Perwakilan Rakyat Mengenai Dugaan Pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden.

Bahan hukum sekunder adalah dokumen-dokumen selain produk hukum yang memberikan informasi tambahan terhadap bahan hukum primer. Bahan hukum sekunder dalam penelitian ini antara lain meliputi literatur penafsiran konstitusi serta hasil penelitian dan artikel ilmiah terkait dengan hukum acara MK.

Analisis penelitian ini menggunakan deskriptis analitis yang dilakukan untuk menjawab masalah penelitian yang saling terkait satu dengan lainnya. Setelah dilakukan pengumpulan data, dilakukan klasifikasi sesuai dengan relevansinya dengan masalah penelitian.

PEMBAHASAN

Penelitian ini fokusnya adalah menemukan implikasi hukum pengaturan hukum acara Mahkamah Konstitusi dalam bentuk Peraturan Mahkamah Konstitusi.

Menurut KBBI⁸, implikasi/*im·pli·ka·si/n* keterlibatan atau keadaan terlibat. Dalam kaitan dengan fokus penelitian ini makna implikasi hukum yang dimaksudkan adalah keterlibatan atau ketertautan beberapa aspek hukum akibat pengaturan hukum acara Mahkamah Konstitusi dalam bentuk Peraturan Mahkamah Konstitusi. Implikasi implikasi hukum pengaturan hukum acara Mahkamah Konstitusi dalam bentuk Peraturan Mahkamah Konstitusi berdasarkan hasil penelitian ini adalah sebagai berikut.

A. Ketidakpastian Hukum (*Lex Certa*)

Sebagaimana telah diuraikan dalam latar belakang penelitian ini, hukum acara Mahkamah Konstitusi seharusnya diatur dengan undang-undang dan tidak boleh disubdelegasikan ke peraturan yang lebih rendah. Hukum Acara Mahkamah Konstitusi saat ini hanya diatur dalam bentuk Peraturan Mahkamah Konstitusi, antara lain :

- a. Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor : 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang;
- b. Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 08/PMK/2006 tentang Pedoman Beracara dalam Sengketa Kewenangan Konstitusional Lembaga Negara;
- c. Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor : 04/PMK/2004 tentang Pedoman Beracara dalam Perselisihan Hasil Pemilihan Umum;
- d. Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 12 Tahun 2008 tentang Prosedur Beracara dalam Pembubaran Partai Politik;
- e. Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 15 Tahun 2008 tentang Pedoman Beracara dalam Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah; dan
- f. Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 21 Tahun 2009 tentang Pedoman Beracara dalam Memutus Pendapat Dewan Perwakilan Rakyat Mengenai Dugaan Pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden.

Hukum acara Mahkamah Konstitusi yang hanya diatur dalam suatu peraturan Mahkamah Konstitusi maka berimplikasi terhadap tidak adanya kepastian hukum. Seharusnya demi kepastian hukum maka hukum acara Mahkamah Konstitusi diatur dalam Undang-Undang yang khusus (*lex specialis*).

Prinsipnya konsepsi Negara Hukum menghendaki tegaknya supremasi hukum. Supremasi hukum secara menyeluruh merupakan tanggung jawab negara. Kewajiban negara untuk menjamin tertib hukum (*rechtsorde*), menjamin tegaknya

⁸ <https://kbbi.web.id/implikasi>, diakses 4 Oktober 2017.

hukum, dan menjamin tercapainya tujuan hukum, yakni keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan hukum.⁹ Berdasarkan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum. Hak atas perlindungan kepastian hukum yang adil diberikan kepada setiap orang dan negara wajib menghormati hak tersebut¹⁰. Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 tersebut mengakui dan melindungi hak konstitusional warga negara untuk memperoleh jaminan dan perlindungan hukum yang pasti, dengan mana dalam bidang hukum pidana di Indonesia dipandang sebagai asas legalitas yang bertolak dari ide/nilai dasar kepastian hukum yang dimuat dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP, “Tiada suatu perbuatan dapat dipidana, kecuali berdasarkan kekuatan ketentuan perundang-undangan pidana yang telah ada sebelumnya”. Prinsip *nullum delictum nulla poena sine praevia lege punali* yang mengalami perkembangan atau penghalusan sebagai *nullum delictum sine ius* yang merupakan syarat untuk menjamin kepastian hukum¹¹.” Jaminan akan kepastian hukum sebagai hak konstitusional warga negara juga sudah dikukuhkan dalam Pasal 28D ayat (1) yang memuat pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil sebagai hak asasi yang dilindungi oleh Undang-Undang Dasar.

Dalam Putusan MK Nomor 067/PUU-II/2004 terkait pengujian UU 5/2004 tentang Perubahan Atas Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung yang diucapkan pada tanggal 15 Februari 2005, MK berpendapat bahwa:

“Namun di pihak lain, telah nyata bagi Mahkamah bahwa pembentuk undang-undang tidak cermat dalam melaksanakan kewenangannya yang berakibat pada timbulnya inkonsistensi antara satu undang-undang dan undang-undang lainnya. Inkonsistensi demikian telah menimbulkan keragu-raguan dalam implementasi undang-undang bersangkutan yang bermuara pada timbulnya ketidakpastian hukum, keadaan mana potensial menimbulkan pelanggaran terhadap hak konstitusional sebagaimana diatur dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan, ...”

Berdasarkan putusan tersebut, MK menilai bahwa jika pembentuk undang-undang tidak cermat dalam melaksanakan kewenangannya yang berakibat pada timbulnya inkonsistensi antara satu undang-undang dan undang-undang lainnya.

⁹ H. Irianto A. Baso Ence, *Op. Cit.* h. 18.

¹⁰ Putusan 019-020/PUU-III/2005 terkait pengujian UU 39/2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri yang diucapkan pada tanggal 28 Maret 2006

¹¹ Putusan 20/PUU-VI/2008 terkait pengujian UU 31/1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi yang diucapkan pada tanggal 15 Agustus 2008.

Demikian pula dengan pembuatan hukum acara MK yang seharusnya dengan undang-undang namun bila dibentuk dengan peraturan yang lebih rendah dari undang-undang (tanpa persetujuan rakyat) yakni Peraturan MK maka akan menimbulkan keragu-raguan dalam implementasi yang bermuara pada timbulnya ketidakpastian hukum. Akhirnya akan potensial menimbulkan pelanggaran terhadap hak konstitusional sebagaimana diatur dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945.

Peraturan MK yang mengatur hukum acara MK juga berpotensi menimbulkan pertentangan antara substansi pasal dari Peraturan MK dengan suatu undang-undang dan penjelasannya. Pertentangan tersebut akan mengandung inkonsistensi yang melahirkan interpretasi ganda, dan menyebabkan keragu-raguan dalam pelaksanaannya. Adanya keragu-raguan dalam implementasi suatu undang-undang akan memunculkan ketidakpastian hukum dalam praktik. Hal ini juga sebagaimana ditegaskan MK dalam Putusan 005/PUU-III/2005 terkait pengujian UU 32/2004 tentang Pemerintahan Daerah yang diucapkan pada tanggal 22 Maret 2005 MK yang berbunyi:

“Menimbang bahwa terjadinya pertentangan antara substansi pasal dari suatu undang-undang dan penjelasannya yang nyata-nyata mengandung inkonsistensi yang melahirkan interpretasi ganda, dan menyebabkan keragu-raguan dalam pelaksanaannya. Adanya keragu-raguan dalam implementasi suatu undang-undang akan memunculkan ketidakpastian hukum dalam praktik. Keadaan demikian dapat menimbulkan pelanggaran terhadap hak konstitusional sebagaimana diatur dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan, ...”

Masalah lainnya adalah terkait dengan jenis putusan dalam putusan perselisihan hasil pemilu. Dalam Pasal 77 UU MK, amar putusan MK hanya berupa menyatakan permohonan tidak dapat diterima, dikabulkan, dan ditolak. Ketentuan tersebut disimpangi Pasal 48 dan Pasal 49 Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 5 Tahun 2017 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Perselisihan hasil Pemilihan Gubernur, Bupati dan Walikota dengan menambahkan adanya jenis putusan baru yang disebut Ketetapan dengan amar ketetapan yang berbunyi: “Menyatakan Permohonan Pemohon ditarik kembali”; dan “Menyatakan Permohonan Pemohon gugur”.

Menurut Lon L. Fuller terdapat delapan persyaratan yang harus dipenuhi agar hukum yang dibentuk dapat bekerja dengan baik sehingga kepastian dan

ketertiban dalam masyarakat dapat terwujud. Kedelapan persyaratan tersebut adalah:

1. *Generality* (generalitas undang-undang);
2. *Promulgation* (undang-undang harus diumumkan);
3. *Prospectivity* (undang-undang tidak berlaku surut);
4. *Clarity* (rumusan undang-undang harus jelas);
5. *Consistency or avoiding contradiction* (konsistensi dalam konsepsi hukum);
6. *Possibility of obedience* (undang-undang yang dibuat harus dapat dilaksanakan);
7. *Constancy through time or avoidance of frequent change* (undang-undang tidak boleh terlalu sering diubah);
8. *Congruence between official action and declared rules* (kesesuaian antara undang-undang dan pelaksanaan);

Apabila salah satu atau lebih dari delapan persyaratan tersebut tidak terpenuhi dalam proses pembuatan hukum/undang-undang maka dapat berdampak pada efektivitas dalam pelaksanaannya, yang pada akhirnya menimbulkan ketidakpastian hukum.

B. Pelanggaran Hierarki Peraturan Perundang-undangan

Hukum acara Mahkamah Konstitusi yang hanya diatur dalam suatu peraturan Mahkamah Konstitusi maka berimplikasi pada pelanggaran terhadap *hierarki* peraturan perundang-undangan. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 (UUD 1945) Pasal 24C ayat (6) menentukan bahwa pengangkatan dan pemberhentian hakim konstitusi, hukum acara serta ketentuan lainnya tentang Mahkamah Konstitusi diatur dengan undang-undang. Berdasarkan ketentuan tersebut jelas bahwa hukum acara Mahkamah Konstitusi diatur dengan undang-undang. Makna frasa “diatur dengan” menurut Lampiran II angka 201 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (UU 12/2011) sebagai berikut :

Jika materi muatan yang didelegasikan sebagian sudah diatur pokok-pokoknya di dalam Peraturan Perundang-undangan yang mendelegasikan tetapi materi muatan itu harus diatur hanya di dalam Peraturan Perundang-undangan yang didelegasikan dan tidak boleh didelegasikan lebih lanjut ke Peraturan Perundang-undangan yang lebih rendah (subdelegasi), gunakan kalimat Ketentuan lebih lanjut mengenai diatur dengan ...

Putusan MK Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006 mengukuhkan makna frasa “diatur dengan” yakni diyakini bahwa dari segi teknik perundang-undangan, frasa “diatur dengan undang-undang” berarti harus diatur dengan undang-undang tersendiri. Di samping itu, frasa “diatur dengan undang-undang” juga berarti bahwa hal dimaksud harus diatur dengan peraturan perundang-undangan dalam bentuk undang-undang, bukan dalam bentuk peraturan perundang-undangan lainnya.

Ketentuan UU 12/2011 dan Putusan MK Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006 jelas menentukan bahwa makna frasa “diatur dengan” dalam suatu perintah pendelegasian pengaturan lebih lanjut meliputi unsur:

- a. harus diatur hanya di dalam Peraturan Perundang-undangan yang didelegasikan secara tersendiri;
- b. tidak boleh didelegasikan lebih lanjut ke Peraturan Perundang-undangan yang lebih rendah (subdelegasi); dan
- c. materinya tidak bercampur dengan materi lain yang tidak diperintahkan untuk diatur lebih lanjut.

Berdasarkan makna frasa “diatur dengan” tersebut maka terhadap ketentuan UUD 1945 Pasal 24C ayat (6) terkait hukum acara Mahkamah Konstitusi diatur dengan undang-undang maka seharusnya hukum acara Mahkamah Konstitusi diatur dengan suatu undang-undang dan tidak boleh disubdelegasikan ke peraturan yang lebih rendah.

Berdasarkan UU 12/2011, jenis dan *hierarki* Peraturan Perundang-undangan terdiri atas:

1. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
2. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
3. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
4. Peraturan Pemerintah;
5. Peraturan Presiden;
6. Peraturan Daerah Provinsi; dan
7. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

Sebagai negara hukum, konstitusi negara diletakkan pada posisi tertinggi dalam hierarki peraturan perundang-undangan. Dalam konteks hierarki, tata hukum digambarkan sebagai sebuah piramida dengan konstitusi sebagai hukum

tertinggi, dan peraturan yang berada di bawahnya merupakan penjabaran dari konstitusi itu. Pandangan ini bersifat struktural karena memosisikan konstitusi di puncak piramida. Sementara itu, pandangan kedua digagas Satjipto Rahadjo, yang mengutip pendapat Hans Kelsen yang menyatakan bahwa, "*this regressus is terminated by a highest, the basic norm...*" (rangkaian pembentukan hukum diakhiri oleh norma dasar yang tertinggi). *Hierarki* tata hukum digambarkan sebagai piramida terbalik, dengan konstitusi sebagai hukum tertinggi berada di dasar piramida. Pandangan ini lebih bersifat fungsional. Meskipun melihat dari perspektif yang berbeda, namun kedua pandangan ini memiliki benang merah.

Hal yang sama bahwa pembentukan norma yang lebih rendah, ditentukan oleh norma lain yang lebih tinggi, yang pembentukannya ditentukan oleh norma lain yang lebih tinggi lagi dan rangkaian pembentukan hukum ini diakhiri oleh suatu norma dasar tertinggi, yakni konstitusi. Artinya konstitusi merupakan norma abstrak yang perlu dijabarkan dan diuraikan dalam produk-produk hukum yang berada di bawahnya (*concretisering process*).

Produk-produk hukum yang berada di bawah konstitusi tidak boleh bertentangan dengan konstitusi. Dalam upaya menjaga agar produk hukum yang berada di bawah konstitusi, maka terdapat kaidah-kaidah yang berfungsi untuk menjaga agar produk hukum yang dibuat memiliki koherensi, konsistensi, dan korespondensi serta tidak bertentangan dengan konstitusi baik dalam perspektif formil maupun materiil.

Keseluruhan produk hukum harus merupakan satu kesatuan yang harmonis (karena sinkron atau konsisten secara vertikal dan horizontal) baik dari aspek materiil yang meliputi asas hukum/karena memenuhi asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik, dan asas materi muatan), serta sesuai dengan asas hukum yang merupakan latar belakang/alasan/*ratio legis* dari pembentukan hukum, makna (baik makna yang tersurat maupun yang tersirat), hingga penggunaan peristilahannya; maupun dari aspek formil di mana cara penyusunannya harus sesuai dengan ketentuan yang berlaku. Sebagai suatu sistem, hukum mempunyai banyak keterkaitan dengan berbagai aspek bahkan sistem-sistem lain dalam masyarakat. Hukum sebagai produk harus dapat menciptakan kepastian hukum bagi masyarakat. Seringkali peraturan perundang-undangan yang dibentuk gagal memberikan kepastian hukum bagi masyarakat, yang pada akhirnya gagal menciptakan ketertiban hukum dalam masyarakat.

Teori ini bermula dari suatu analisis hukum yang dikemukakan oleh Hans Kelsen bahwa karakter dinamis dari sistem normatif dan fungsi norma dasar mengungkapkan suatu kekhasan lebih lanjut dari hukum. Hukum mengatur pembentukannya sendiri karena suatu norma hukum menentukan cara untuk membuat suatu norma hukum lainnya, dan juga sampai derajat tertentu, menentukan isi dari norma lainnya tersebut. Dengan demikian suatu norma hukum itu valid karena dibuat menurut cara yang ditentukan oleh suatu norma hukum lainnya, dan norma hukum lainnya ini adalah landasan validitas norma hukum yang disebut pertama.¹²

Menurut Kelsen setiap tata kaidah hukum merupakan suatu susunan daripada kaidah-kaidah (*stufenbau des Recht*). Dalam "*Stufentheorie*" tersebut, di puncak "*stufenbau*" terdapat kaidah dasar dari suatu tata hukum nasional yang merupakan suatu kaidah fundamental. Kaidah dasar tersebut disebut "*grundnorm*" atau "*ursprungnorm*". *Grundnorm* merupakan asas-asas hukum yang bersifat abstrak, bersifat umum, atau hipotetis. Sistem hukum suatu negara merupakan suatu proses yang terus menerus, dimulai dari yang abstrak, menuju ke hukum yang positif, dan seterusnya sampai menjadi nyata. Semua norma merupakan satu kesatuan dengan struktur piramida. Dasar keabsahan suatu norma ditentukan oleh norma yang paling tinggi tingkatannya. Jadi menurut Hans Kelsen urutan norma itu dimulai dari *Grundnorm* atau *Ursprungnorm* ke *Generallenorm*, kemudian dipositifkan. Sesudah itu akan menjadi norma nyata (*Concretenorm*). Norma nyata lebih bersifat individual. Oleh karena norma, positif merupakan "perantara" dari norma dasar dengan norma individual, maka disebut juga norma antara (*Tusennorm*).¹³

Dengan demikian menurut Hans Kelsen, norma-norma hukum itu berjenjang-jenjang dan berlapis-lapis dalam suatu *hierarki* tata susunan. Suatu norma yang lebih rendah berlaku, bersumber, dan berdasar pada norma yang lebih tinggi, norma yang lebih tinggi berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi, demikian seterusnya sampai pada suatu norma yang tidak dapat ditelusuri lebih lanjut dan bersifat hipotetis dan fiktif, yaitu Norma Dasar (*Grundnorm*). Teori *Hierarki* Norma Hukum dari Hans Kelsen ini diilhami oleh seorang muridnya yang bernama Adolf Merkl yang mengemukakan bahwa suatu norma hukum itu selalu mempunyai dua wajah (*das Doppelte Rechtsantlitz*), Menurut Adolf Merkl, suatu norma hukum itu ke atas ia bersumber dan berdasar pada norma yang di

¹² Hans Kelsen, *Op. Cit.*, h. 126.

¹³ Rosjidi Ranggawidjaja, *Op Cit*, h. 26.

atasnya, tetapi ke bawah ia juga menjadi dasar dan menjadi sumber bagi norma hukum di bawahnya. Sehingga suatu norma hukum itu mempunyai masa berlaku (*rechtskracht*) yang relatif oleh karena masa berlakunya suatu norma hukum itu tergantung pada norma hukum yang berada di atasnya. Sehingga apabila norma hukum yang berada di atasnya dicabut atau dihapus maka norma-norma hukum yang berada di bawahnya tercabut atau terhapus pula.

Berdasarkan teori Adolf Merkl tersebut, dalam teori jenjang normanya Hans Kelsen juga mengemukakan bahwa suatu norma hukum itu selalu berdasar dan bersumber pada norma yang di atasnya, tetapi ke bawah norma hukum itu juga menjadi sumber dan menjadi dasar bagi norma yang lebih rendah daripadanya. Dalam hal tata susunan hierarki sistem norma, norma yang tertinggi (norma dasar) itu menjadi tempat bergantungnya norma-norma di bawahnya sehingga apabila Norma Dasar itu berubah, maka akan menjadi rusaklah sistem norma yang berada di bawahnya.

Sedangkan dalam membahas masalah struktur norma dan struktur lembaga, kita dihadapkan pada teori yang dikemukakan oleh Benyamin Akzin yang ditulis dalam bukunya yang diberi judul *Law, State, and International Legal Order*. Benyamin Akzin mengemukakan bahwa pembentukan norma-norma hukum Publik itu berbeda dengan pembentukan norma-norma hukum Privat karena apabila kita lihat pada struktur norma (*Norm Structure*) maka hukum Publik itu berada di atas hukum Privat, sedangkan apabila dilihat dari struktur lembaga (*Institutional Structure*), maka *Public Authorities* terletak di atas *population*.

Dalam hal pembentukannya, norma-norma hukum Publik itu dibentuk oleh lembaga-lembaga negara (penguasa negara, wakil-wakil rakyat) atau disebut juga suprastruktur sehingga dalam hal ini terlihat jelas bahwa norma-norma hukum yang diciptakan oleh lembaga-lembaga negara ini mempunyai kedudukan yang lebih tinggi daripada norma-norma hukum yang dibentuk oleh masyarakat atau disebut juga infrastruktur.

Oleh karena norma-norma hukum Publik itu dibentuk oleh lembaga-lembaga negara, sebenarnya pembentukannya harus dilakukan secara lebih berhati-hati, sebab norma-norma hukum Publik ini harus dapat memenuhi kehendak serta keinginan masyarakat, jadi berbeda dengan pembentukan norma-norma hukum Privat. Norma-norma hukum Privat itu biasanya selalu sesuai dengan kehendak/keinginan masyarakat oleh karena hukum Privat ini dibentuk oleh masyarakat

yang bersangkutan dengan perjanjian-perjanjian atau transaksi-transaksi yang bersifat perdata sehingga masyarakat dapat merasakan sendiri apakah norma-norma hukum itu sesuai atau tidak dengan kehendak atau keinginan masyarakat.

Hans Nawiasky, salah seorang murid dari Hans Kelsen, mengembangkan teori gurunya tentang teori jenjang norma dalam kaitannya dengan suatu negara. Hans Nawiasky dalam bukunya yang berjudul *Allgemeine Rechtslehre* mengemukakan bahwa sesuai dengan teori Hans Kelsen suatu norma hukum dari negara mana pun selalu berlapis-lapis dan berjenjang-jenjang. Norma yang di bawah berlaku, berdasar, dan bersumber pada norma yang lebih tinggi, norma yang lebih tinggi berlaku, berdasar, dan bersumber pada norma yang lebih tinggi lagi, sampai pada suatu norma yang tertinggi yang disebut Norma Dasar. Tetapi Hans Nawiasky juga berpendapat bahwa selain norma itu berlapis-lapis dan berjenjang-jenjang, norma hukum dari suatu negara itu juga berkelompok-kelompok. Hans Nawiasky mengelompokkan norma-norma hukum dalam suatu negara itu menjadi empat kelompok besar yang terdiri atas:

Kelompok I *Staatsfundamentalnorm* (Norma Fundamental Negara)

Kelompok II *Staatsgrundgesetz* (Aturan Dasar/Pokok Negara)

Kelompok III *Formell Gesetz* (Undang-Undang 'formal')

Kelompok IV *Verordnung & Autonome Satzung* (Aturan pelaksana dan aturan otonom)."

Kelompok-kelompok norma hukum tersebut hampir selalu ada dalam tata susunan norma hukum setiap negara walaupun mempunyai istilah yang berbeda-beda ataupun jumlah norma hukum yang berbeda dalam tiap kelompoknya.¹⁴

C. Ketiadaan Tertib Hukum

Sebagaimana juga telah diuraikan dalam latar belakang, hukum acara Mahkamah Konstitusi seharusnya diatur dengan undang-undang dan tidak boleh disubdelegasikan ke peraturan yang lebih rendah. Hukum acara Mahkamah Konstitusi yang hanya diatur dalam suatu peraturan Mahkamah Konstitusi maka berimplikasi terhadap ketiadaan tertib hukum dalam penyelenggaraan negara hukum Republik Indonesia. Undang-Undang harus diposisikan sebagai instrumen yang harus ditegakkan sebagai konsensus sosial¹⁵.

¹⁴ Maria Farida Indrati Soeprapto, *Ilmu Perundang-undangan (Dasar-Dasar dan Pembentukannya)*, Yogyakarta: Kanisius, 1998, h. 25-27.

¹⁵ Sukarno Aburaera sebagaimana dikutip Marilang, "Menimbang Paradigma Keadilan Hukum Progresif", *Jurnal Konstitusi*, Volume 14, Nomor 2, Juni 2017, h. 318.

Memaknai tertib hukum, A. Hamid S. Attamimi memberikan pengertian tertib hukum (*rechtsordnung*) sebagai sebuah kesatuan hukum objektif yang keluar tidak bergantung kepada hukum yang lain, dan ke dalam menentukan semua pembentukan hukum dalam kesatuan tertib hukum tersebut. Rumusan ini sangat penting dalam menentukan ada atau tidak adanya kesatuan yuridis dalam suatu tertib hukum.¹⁶ Sedangkan Soehino mendefinisikan tertib hukum adalah tertib yang terdiri atas berbagai macam peraturan perundang-undangan yang tersusun secara hierarkis dari peraturan yang tingkatannya dan/atau derajatnya tertinggi sampai dengan peraturan yang tingkatannya dan/atau derajatnya terendah¹⁷.

Menguatkan pendapat di atas, J. H. A. Logemann mengatakan bahwa sama seperti tertib masyarakat, yang merupakan keseluruhan yang saling berkaitan, juga hukum positif, yang ditentukan dengan mengabstraksikan dari suatu keseluruhan, suatu pertalian norma-norma, ialah suatu tertib hukum. Dengan demikian, dalam hukum positif tidak terdapat norma-norma yang saling bertentangan.¹⁸ Hal ini demi mewujudkan tertib hukum (*rechtsorde*), menjamin tegaknya hukum, dan menjamin tercapainya tujuan hukum yang berupa keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan hukum sebagai korelasi logisnya adalah dengan memperkokoh sebuah penguatan negara hukum. Pentingnya Undang-Undang untuk mengatur hukum acara MK adalah juga untuk memperkuat kekuatan hukum eksekusi putusan MK. Selama ini permasalahan yang muncul ketika putusan MK membutuhkan tindak lanjut untuk merealisasikannya, dan menjadikan institusi lain untuk menindaklanjuti putusan tersebut. Faktanya, kekuatan final dan mengikat putusan MK tidak dapat diimplementasikan secara konkret (*non-executable*) dan hanya mengambang (*floating execution*)¹⁹.

KESIMPULAN

Implikasi hukum pengaturan hukum acara Mahkamah Konstitusi dalam bentuk Peraturan Mahkamah Konstitusi berdasarkan hasil penelitian ini teridentifikasi ada 3 (tiga), yaitu: *pertama*, Ketidakpastian Hukum (*Lex Certa*). Hukum Acara Mahkamah Konstitusi seharusnya diatur dengan undang-undang dan tidak boleh disubdelegasikan ke peraturan yang lebih rendah. Hukum Acara Mahkamah

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Soehino, *Tertib Hukum di Indonesia*, Yogyakarta: BPFE-Yogyakarta, 2011, h. iii.

¹⁸ *Op Cit.*, h. 18-19.

¹⁹ Mohammad Agus Maulidi, "Problematika Hukum Implementasi Putusan Final dan Mengikat Mahkamah Konstitusi Perspektif Negara Hukum", *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum*, No. 4 Vol. 24, Oktober 2017, h. 536.

Konstitusi saat ini hanya diatur dalam bentuk Peraturan Mahkamah Konstitusi. Hukum Acara Mahkamah Konstitusi yang hanya diatur dalam suatu peraturan Mahkamah Konstitusi maka berimplikasi terhadap tidak adanya kepastian hukum. Seharusnya demi kepastian hukum maka hukum acara Mahkamah Konstitusi diatur dalam Undang-Undang yang khusus (*lex specialis*); *Kedua*, Pelanggaran Hierarki Peraturan Perundang-undangan. Hukum Acara Mahkamah Konstitusi yang hanya diatur dalam suatu peraturan Mahkamah Konstitusi maka berimplikasi pada pertentangan terhadap hierarki peraturan perundang-undangan. Peraturan MK yang mengatur hukum acara MK bertentangan dengan Pasal 24C ayat (6) UUD 1945 yang menentukan bahwa pengangkatan dan pemberhentian hakim konstitusi, hukum acara serta ketentuan lainnya tentang Mahkamah Konstitusi diatur dengan undang-undang; dan *Ketiga*, Ketiadaan Tertib Hukum. Hukum acara Mahkamah Konstitusi seharusnya diatur dengan undang-undang dan tidak boleh disubdelegasikan ke peraturan yang lebih rendah. Hukum acara Mahkamah Konstitusi yang hanya diatur dalam suatu peraturan Mahkamah Konstitusi maka berimplikasi terhadap ketiadaan tertib hukum dalam penyelenggaraan negara hukum Republik Indonesia.

Akibat ketiga implikasi hukum tersebut maka akibat hukum terhadap penyelenggaraan wewenang dan kewajiban Mahkamah Konstitusi menjadi tidak sah. Namun demikian mengingat asas kemanfaatan dan asas praduga *rechtsmatig* maka selama memberi mandat dan sampai dengan belum ada pembatalan Peraturan Mahkamah Konstitusi maka tindakan MK selalu harus dianggap benar. Bagi Mahkamah Konstitusi sebaiknya segera menyusun Rancangan Undang-Undang tentang Hukum Acara MK. Peraturan Mahkamah Konstitusi yang dijadikan dasar dalam pengaturan hukum acara Mahkamah Konstitusi yang saat ini ada perlu dicabut dan materi muatannya masuk ke dalam RUU dimaksud. Sedangkan bagi DPR, DPD, dan Presiden sebagai pembentuk undang-undang, agar segera membentuk Undang-Undang untuk mengatur hukum acara Mahkamah Konstitusi.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- A. Pitlo, *Bab-bab Tentang Penemuan Hukum*, 1993, Diterbitkan oleh PT. Citra Aditya Bakti bekerjasama dengan Konsorsium Ilmu Hukum Departemen Pendidikan dan Kebudayaan dan The Asia Foundation, Bandung.

Asshiddiqie, Jimly, 2006, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta: Konstitusi Press.

_____, 2006, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Konstitusi Press.

Cruz, Peter de, *Perbandingan Sistem Hukum Civil Law, Common Law dan Socialist Law*, terjemahan Narulita Yusron atas karya Peter de Cruz, 2012, *Comparative Law in a Changing World* (London-Sydney: Cavendish Publishing Limited, 1999), Bandung: Penerbit Nusa Media bekerja sama dengan Penerbit Diadit Media Jakarta.

Ensiklopedi Nasional, Cipta Adi Pustaka, 1990.

Fadjar, A. Mukhtie, 2004, *Tipe Negara Hukum*, Malang: Bayumedia.

_____, 2003, *Reformasi Konstitusi dalam Masa Transisi Paradigmatik*, Malang: In Trans.

Mahfud MD, Moh., 2006, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, Jakarta: Pustaka LP3ES.

Thalib, Abdul Rasyid, 2006, *Wewenang Mahkamah Konstitusi dan Implikasinya dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, Bandung : PT Citra Aditya Bakti.

Wignjosoebroto, Soetandyo, 2002, *Hukum: Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Jakarta: Huma,

Jurnal

Collins, Josua Satria dan Pan Mohammad Faiz, 2018, "Penambahan Kewenangan *Constitutional Question* di Mahkamah Konstitusi sebagai Upaya untuk Melindungi Hak-Hak Konstitusional Warga Negara", *Jurnal Konstitusi*, Volume 15, Nomor 4, Desember.

Maulidi, Mohammad Agus, 2017, "Problematika Hukum Implementasi Putusan Final dan Mengikat Mahkamah Konstitusi Perspektif Negara Hukum", *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum*, No. 4 Vol. 24, Oktober.

Marilang, 2017, "Menimbang Paradigma Keadilan Hukum Progresif", *Jurnal Konstitusi*, Volume 14, Nomor 2, Juni.

Muhtadi, 2015, "Politik Hukum Pengawasan Hakim Konstitusi", *Fiat Justisia Jurnal Ilmu Hukum*, Volume 9 No. 3, Juli-September.

Prang, Amrizal J., 2011, "Implikasi Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi", *Kanun Jurnal Ilmu Hukum*, No. 53, Th. XIII, April.

Makalah/Surat Kabar

Atamimi, A. Hamid S., 1992, *Teori Perundang-undangan Indonesia*, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta tanggal 25 Agustus.

Achmad Ali, 2005, "Menguak Tabir Hukum", *Sinar Harapan*.

Gaffar, Janedjri M., 2009 "Kedudukan, Fungsi dan Peran Mahkamah Konstitusi Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia", Surakarta, 17 Oktober.

Kusumaatmadja, Mochtar, *Pemantap Cita Hukum dan Asas-Asas Hukum Nasional di Masa Kini dan Masa yang akan Datang*, Makalah, Jakarta.

Sidharta, B. Arief, 1995, *Implementasi Hukum Dalam Kenyataan (Suatu Catatan tentang Penemuan Hukum)*, dimuat dalam *Majalah Hukum Pro. Justitia*, Tahun XIII, No. 3, Juli.

Menggagas Sanksi atas Tindakan *Constitution Disobedience* terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi

“Initiating Sanctions for the Acts of Constitution Disobedience Against the Decision of the Constitutional Court”

Novendri M. Nggilu

Fakultas Hukum Universitas Negeri Gorontalo
Jln. Jendral Sudirman No. 6 Kota Gorontalo
E-mail: novendrilawfaculty@ung.ac.id

Naskah diterima: 08/06/2018 revisi:17/12/18 disetujui: 13/01/2019

Abstrak

Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga yang secara fungsional menjalankan tugas untuk mengawal konstitusi Indonesia, untuk memastikan apakah Konstitusi Indonesia dilaksanakan secara penuh dan bertanggung jawab atau tidak. Putusan-putusan Mahkamah Konstitusi yang mencerminkan jaminan *constitution justice value* baik dalam perkara Pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar Tahun 1945, maupun dalam perkara Perselisihan Hasil Pemilihan Umum yang seharusnya dijalankan oleh semua pihak yang terkait dengan putusan tersebut, tak jarang memunculkan situasi terbalik. Oleh sebab itu, tulisan ini hendak menjawab pertanyaan penelitian tentang ; 1) bentuk-bentuk tindakan *constitution disobedience* terhadap putusan Mahkamah Konstitusi, 2) implikasi dari tindakan *constitution disobedience* tersebut, dan 3) bagaimana sanksi bagi tindakan *constitution disobedience* agar dapat menjamin penegakan konstitusi di Indonesia. Metode penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah penelitian normatif dengan pendekatan perundang-undangan, pendekatan konseptual, dan pendekatan kasus, dengan sumber bahan hukum kepustakaan dan teknik analisis preskriptif. Temuan dari penelitian ini adalah ; 1) adanya bentuk pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi baik dengan cara menghidupkan kembali

pasal-pasal yang telah dibatalkan oleh MK, atau bahkan pembangkangan terhadap putusan MK melalui putusan pengadilan di lingkungan Mahkamah Agung. 2) pembangkangan terhadap putusan MK berakibat pada ketidakpastian hukum sampai pada terjadinya *constitutional justice delay*. 3) alternatif sanksi yang dapat dibebankan pada pihak yang melakukan pembangkangan terhadap putusan MK adalah sanksi *contempt of court* melalui perluasan makna *contempt of court*, atau dengan cara pembebanan *dwangsom* atau uang paksa.

Kata kunci : Sanksi, *Constitution disobedience*, Putusan MK

Abstract

The Constitutional Court as an institution that functionally carries out the duty to oversee the Indonesian constitution, to ascertain whether the Indonesian Constitution is implemented in full and is responsible or not. Decisions of the Indonesian constitutional court reflecting guarantees of constitutional justice values both in the case of constitution 1945 judicial review and in cases of general election results disputes which should be enforce by all parties related to the decision, often creating inverse situations. Therefore, this paper is about to answer research questions about; 1) forms of constitution disobedience actions of constitutional court decisions, 2) Implications of constitution disobedience actions, and 3) how sanctions for constitution disobedience acts in order to guarantee the enforcement of the constitution in Indonesia. The research method used is normative research with a statute approach, conceptual approach, and case approach, with library legal materials and prescriptive analysis techniques. The findings of this study are; 1) there is a form of defiance of the Indonesian constitutional court's decision either by reviving the articles that have been canceled by the constitutional court, or even disobedience of the constitutional court's decision through supreme court decisions. 2) The disobedience of the constitutional court's decision resulted in legal uncertainty until the occurrence of constitutional justice delay. 3) the alternative sanctions that can be imposed on the party who commits disobedience of the constitutional court decision is the contempt of court sanction through the expansion of the meaning of the contempt of court, or by imposing dwangsom or forced money.

Keywords: Sanctions, *Constitution Disobedience*, *Constitutional Court Decision*

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Reformasi Konstitusi Indonesia¹ yang dilaksanakan pada tahun 1999-2002 telah melahirkan lembaga pemegang kekuasaan kehakiman baru selain Mahkamah Agung yang memang sejak lama didesain sebagai pemegang kekuasaan tunggal

¹ Konstitusi Indonesia yang dimaksud dalam tulisan ini adalah Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

sejak Tanggal 19 Agustus 1945 sehari setelah Undang-Undang Dasar Tahun 1945² ditetapkan sebagai *grundnorm*. Sebagai pemegang kekuasaan kehakiman selain Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi diberikan kewenangan yang secara spesifik dan fundamental untuk memastikan nilai-nilai Konstitusi Indonesia dilaksanakan secara bertanggung jawab oleh pemerintah dan seluruh elemen bangsa.

Di samping secara struktural Mahkamah Konstitusi didesain sebagai lembaga pemegang kekuasaan kehakiman selain Mahkamah Agung, secara fungsional Mahkamah Konstitusi melaksanakan 5 (lima) fungsi di antaranya :

- 1) Mahkamah Konstitusi sebagai pengawal konstitusi (*the guardian of constitution*);
- 2) Mahkamah Konstitusi sebagai pengendali keputusan berdasarkan sistem demokrasi (*control of democracy*);
- 3) Mahkamah Konstitusi sebagai penafsir tertinggi konstitusi (*the soul and the highest interpreter constitution*);
- 4) Mahkamah Konstitusi sebagai pelindung hak konstitusional warga negara (*the protector of the citizens' constitutional rights*);
- 5) Mahkamah Konstitusi sebagai pelindung Hak Asasi Manusia (*the protector of human rights*).³

Kelima fungsi yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi tersebut tercermin dalam kewenangan konstitusional Mahkamah Konstitusi sebagaimana diatur dalam Pasal 24C bahwa 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 (SKLN) yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, memutus sengketa perselisihan tentang hasil pemilihan umum, serta Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar.

Rumusan konstitusional tersebut di atas mencerminkan bahwa putusan Mahkamah Konstitusi merupakan putusan terakhir dan mengikat (*final and binding*), akan tetapi jika mencermati kondisi ketatanegaraan saat ini, maka ada

² Undang-Undang Dasar Tahun 1945 (penamaan sebelum amandemen tahun 1999-2002), Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (penamaan setelah amandemen) yang kemudian akan disingkat dengan UUD NRI Tahun 1945

³ Jimly Asshiddiqie, dikutip dalam Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika, 2012, h. 7

fenomena dimana pihak termohon dari satu perkara yang diputus oleh Mahkamah Konstitusi baik dalam pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar maupun sengketa pemilihan umum melakukan pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi dengan cara tidak menaati dan melaksanakan putusan dimaksud. Salah satu contoh putusan Mahkamah Konstitusi yang tidak ditaati adalah Putusan No. 34/PUU-XI/2013 tentang Pengujian Pasal 268 ayat (3) KUHP. Putusan Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa “*permintaan peninjauan kembali atas suatu putusan hanya dapat dilakukan satu kali saja bertentangan dengan UUD Tahun 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat*”. Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut direspon secara kelembagaan oleh Mahkamah Agung dengan menerbitkan Surat Edaran Mahkamah Agung yang berisi pernyataan dan penegasan bahwa permohonan peninjauan kembali dalam perkara pidana hanya dapat dilakukan satu kali, sebuah kebijakan yang secara tegas melakukan pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi.

Jika dilihat dari psikologi berperkara, setiap putusan pengadilan apalagi putusan Mahkamah Konstitusi pasti akan menimbulkan situasi pro dan kontra, akan tetapi betapapun situasi kebatinan penerimaan terhadap putusan, putusan itu harus tetap dijalankan dan diterapkan secara bertanggung jawab. Tindakan pembangkangan terhadap putusan utamanya putusan Mahkamah Konstitusi akan melahirkan situasi dan kondisi ketatanegaraan yang ambruk secara sistemik, sebab putusan Mahkamah Konstitusi yang sejatinya untuk menegakkan nilai-nilai konstitusi Indonesia, dan bersifat mengikat dan final sejak putusan itu dibacakan⁴, justru tidak ditaati dan bahkan secara nyata melakukan tindakan pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi.

Bercermin terhadap proses dan mekanisme beracara di pengadilan serta upaya untuk menjaga wibawa lembaga peradilan terhadap tindakan *contempt of court*⁵ maka diatur konsekuensi terhadap tindakan itu yang merujuk pada Pasal 217 KUHPidana tentang tindakan membuat kegaduhan dalam persidangan dengan hukuman pidana kurungan dan denda, maka sudah sepatutnya pula perlu adanya pengaturan sanksi hukum bagi para pihak yang tidak menaati putusan Mahkamah Konstitusi, apalagi jika melihat fenomena pembangkangan terhadap

⁴ Fadjar Laksono, Winda Wijayanti, et.al., “Implikasi dan Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 5/PUU-X/2012 tentang SBI atau RSBI”, *Jurnal Konstitusi*, Volume 10, Nomor 4 Tahun 2013, h. 733.

⁵ Dalam penjelasan Undang-Undang No.14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung, butir 4 alinea 4 disebutkan bahwa untuk menjamin terciptanya suasana yang sebaik-baiknya bagi penyelenggaraan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, maka perlu pula dibuat suatu Undang-Undang yang mengatur penindakan terhadap perbuatan, tingkah laku, sikap dan atau ucapan yang dapat merendahkan dan merongrong kewibawaan, martabat dan kehormatan badan peradilan yang dikenal sebagai *contempt of court*. Lihat Otto Hasibuan, “*Contempt of Court di Indonesia, Perlukah?*”, *Jurnal Hukum dan Peradilan*, Volume 4, Nomor 2 Juli 2015, h. 272.

putusan Mahkamah Konstitusi, justru banyak dilakukan oleh lembaga-lembaga negara baik DPR, Presiden, maupun Mahkamah Agung.

Berdasarkan uraian latar belakang di atas, memantik penulis untuk mengkaji dan menggagas sanksi atas tindakan *constitution disobedience*⁶ terhadap putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.

B. Perumusan Masalah

Untuk mengarahkan dan memfokuskan pembahasan pada bagian selanjutnya, maka diperlukan pembatasan masalah yang akan dijawab dan diuraikan dalam tulisan ini. Adapun rumusan masalahnya adalah: *pertama*, apa saja putusan-putusan Mahkamah Konstitusi yang tidak ditaati oleh lembaga negara sebagai bentuk tindakan *constitution disobedience*? *Kedua*, apa implikasi yang ditimbulkan dari tindakan *constitution disobedience* terhadap putusan Mahkamah Konstitusi bagi Sistem Ketatanegaraan Indonesia ke depan? *Ketiga*, bagaimana sanksi yang diperlukan untuk dibebankan bagi pelaku tindakan *constitution disobedience* terhadap putusan Mahkamah Konstitusi?

C. Metode Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif atau juga dikenal dengan penelitian doktrinal. Hasil dari penelitian ini adalah adanya konsep agar setiap lembaga negara tidak melakukan pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi. Selain itu dalam penelitian ini juga digunakan beberapa pendekatan, di antaranya pendekatan perundang-undangan (*statuta approach*), pendekatan konseptual (*conseptual approach*), pendekatan kasus (*case approach*)⁷. Pendekatan perundang-undangan dilakukan dengan menelaah peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang Mahkamah Konstitusi dalam hal ini Undang-Undang Dasar NRI Tahun 1945, Undang-Undang 24 Tahun 2003 sebagaimana telah direvisi dengan UU No. 8 Tahun 2011. Pendekatan konseptual dilakukan dengan menelaah konsep negara hukum, konsep tentang *constitutional court*, teori otoritas pengadilan, teori ketaatan terhadap putusan pengadilan. Sedangkan pendekatan kasus dilakukan untuk melihat putusan-putusan Mahkamah Konstitusi mana saja yang tidak ditaati bahkan cenderung terjadi tindakan pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi. Sumber bahan hukum terdiri dari bahan hukum primer atau bahan

⁶ Istilah *constitution disobedience* merupakan istilah yang penulis gunakan untuk menyebut tindakan pembangkangan atas prinsip dan nilai konstitusi termasuk pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga yang secara fungsional menjalankan fungsi *the guardian of constitution* hingga fungsi *the highest interpreter of constitution*.

⁷ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Surabaya: Kencana Prenada Media Group, 2005, h.207.

hukum yang memiliki otoritas dalam hal ini peraturan perundang-undangan dan putusan-putusan Mahkamah Konstitusi, dan bahan hukum sekunder terdiri dari buku, jurnal, majalah yang terkait dengan objek penelitian tentang *constitution disobedience* terhadap putusan Mahkamah Konstitusi. Sumber data tersebut tersebut dikumpulkan melalui penelusuran kepustakaan (*library research*) dan dianalisis dengan teknik preskripsi.

PEMBAHASAN

1. Konsep *Constitutional Court*

Konsep peradilan konstitusi (*constitutional court*) tidak bisa dilepaskan dari pemikiran Hans Kelsen yang merupakan sarjana hukum yang berpengaruh abad ke-20. Sebagai sarjana hukum berpengaruh, kelsen diminta untuk menyusun sebuah konstitusi bagi Republik Austria pada tahun 1919. Pada saat merumuskan konstitusi Austria tersebut, Kelsen percaya bahwa konstitusi harus diperlukan sebagai seperangkat norma hukum yang lebih tinggi (*superior*) dari undang-undang biasa dan harus ditegakkan secara bertanggung jawab, sehingga Kelsen merancang mahkamah khusus yang terpisah dari peradilan biasa untuk menguasai undang-undang dan membatalkannya jika ternyata bertentangan dengan Undang-Undang Dasar.⁸

Berdasarkan latar belakang sejarah pembentukan Mahkamah Konstitusi, keberadaan Mahkamah Konstitusi pada awalnya adalah untuk menjalankan wewenang *judicial review*, sedangkan munculnya *judicial review* itu sendiri dapat dipahami sebagai perkembangan hukum dan politik ketatanegaraan modern. Mahkamah Konstitusi (MK) merupakan lembaga peradilan sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman, di samping Mahkamah Agung (MA), yang dibentuk melalui Perubahan Ketiga UUD 1945. Indonesia merupakan negara ke-78 yang membentuk Mahkamah Konstitusi. Pembentukan MK sendiri merupakan fenomena negara modern abad ke-20⁹.

Mahkamah Konstitusi adalah sebuah lembaga negara yang ada setelah adanya amandemen Undang-undang Dasar 1945. Dalam konteks ketatanegaraan Mahkamah Konstitusi dikonstruksikan: *Pertama*, sebagai pengawal konstitusi yang berfungsi menegakkan keadilan konstitusional

⁸ Maruarar Siahaan, *Op.Cit.*, h. 4.

⁹ Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2010, h.5.

di tengah kehidupan masyarakat. *Kedua*, Mahkamah Konstitusi bertugas mendorong dan menjamin agar konstitusi dihormati dan dilaksanakan oleh semua komponen negara secara konsisten dan bertanggung jawab. *Ketiga*, di tengah kelemahan sistem konstitusi yang ada, Mahkamah Konstitusi berperan sebagai penafsir agar spirit konstitusi selalu hidup dan mewarnai keberlangsungan bernegara dan bermasyarakat¹⁰.

Secara hakiki, pembentukan Mahkamah Konstitusi (*constitutional court*) secara diarahkan untuk melaksanakan fungsi mengawal supaya konstitusi dijalankan secara konsisten (*the guardian of constitution*) dan menafsirkan konstitusi atau Undang-Undang Dasar (*the interpreter of constitution*). Dengan fungsi dan wewenang tersebut, keberadaan Mahkamah Konstitusi memiliki arti penting dan peranan strategis dalam perkembangan ketatanegaraan dewasa ini karena segala ketentuan atau kebijakan yang dibuat penyelenggara negara dapat diukur dalam hal konstitusional atau tidak oleh Mahkamah Konstitusi.¹¹

Pembentukan MK-RI dapat dipahami dari dua sisi, yaitu dari sisi politik dan dari sisi hukum. Dari sisi politik ketatanegaraan, keberadaan Mahkamah Konstitusi diperlukan guna mengimbangi kekuasaan pembentukan undang-undang yang dimiliki oleh DPR dan Presiden. Hal itu diperlukan agar undang-undang tidak menjadi legitimasi bagi tirani mayoritas wakil rakyat di DPR dan Presiden yang dipilih langsung oleh mayoritas rakyat. Dari sisi hukum, keberadaan Mahkamah Konstitusi adalah salah satu konsekuensi perubahan dari supremasi MPR menjadi supremasi konstitusi, prinsip negara kesatuan, prinsip demokrasi, dan prinsip negara hukum. Pasal 1 ayat (1) UUD 1945 menyatakan bahwa Negara Indonesia ialah negara kesatuan yang berbentuk republik. Negara kesatuan tidak hanya dimaknai sebagai kesatuan wilayah geografis dan penyelenggaraan pemerintahan. Di dalam prinsip negara kesatuan menghendaki adanya satu sistem hukum nasional. Kesatuan sistem hukum nasional ditentukan oleh adanya kesatuan dasar pembentukan dan pemberlakuan hukum, yaitu UUD 1945. Substansi hukum nasional dapat bersifat pluralistik, tetapi keragaman itu memiliki sumber validitas yang sama, yaitu UUD NRI 1945.¹²

Sebagaimana telah diuraikan di atas, bahwa Mahkamah Konstitusi

¹⁰ Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara*, Jakarta: Bumi Aksara, 2010, h. 105.

¹¹ Titik Triwulan Tutik, *Konstruksi Hukum Tata Negara Indonesia*, Jakarta: Kencana, 2010, h. 221.

¹² Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi, *Op.Cit.*, h.7.

memiliki 4 kewenangan dan 1 kewajiban sebagaimana ketentuan Pasal 24C ayat (1) dan ayat (2). Wewenang Mahkamah Konstitusi tersebut secara khusus diderivasikan lagi dalam Pasal 10 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi dengan merinci sebagai berikut:

- a. Menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- b. Memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- c. Memutus pembubaran partai politik;
- d. Memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum;
- e. Mahkamah Konstitusi wajib memberi putusan atas Pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden diduga telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela, dan/atautidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar 1945.

Menurut Jimly Asshiddiqie, kewenangan menguji konstitusionalitas undang-undang justru yang paling penting, tanpa mengecilkan arti pentingnya kewenangan lain dari kelima kewenangan tersebut.¹³

2. Ketaatan Putusan Pengadilan merupakan Ketaatan Hukum

Adagium hukum yang menyatakan “*ubi societas ibi ius*” dimana ada masyarakat disitu ada hukum.¹⁴ Keberadaan hukum pada masyarakat merupakan instrumen untuk menciptakan ketertiban di masyarakat, sebab dalam lingkup sosial khususnya hubungan relasi antar sesama manusia menimbulkan potensi konflik antar kepentingan masyarakat tersebut, keberadaannya menjadi sangat penting, oleh sebab itu, sebagai instrumen untuk menjaga dan menjamin adanya ketertiban, maka ketaatan terhadap hukum wajib untuk dilaksanakan.

H.C. Kelmen dan L. Pospisil mengemukakan bahwa ketaatan hukum

¹³ Jimly Asshiddiqie, Kedudukan, dikutip dari Bachtiar, *Problematika Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi Pada Pengujian UU Terhadap UUD*, Jakarta: Penebar Swadaya Grup, 2015, h. 116.

¹⁴ Lihat Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Kencana Prenanda Media Group, 2013, h. 41.

dibedakan menjadi 3 (tiga) jenis, yaitu : (1) Ketaatan yang bersifat *compliance*, dan (2) ketaatan yang bersifat *identification*, yaitu jika seseorang menaati suatu aturan, hanya karena takut hubungan baiknya dengan pihak lain menjadi; serta (3) ketaatan yang bersifat *internalization*, yaitu jika seseorang menaati suatu aturan, benar-benar karena merasa bahwa aturan itu sesuai dengan nilai-nilai intrinsik yang dianutnya.¹⁵

Sebagai negara yang menganut demokrasi konstitusional, maka mengandung konsekuensi logis bahwa konstitusi ditempatkan sebagai hukum dasar Negara Indonesia, artinya pada satu sisi UUD NRI Tahun 1945 harus dipedomani dan dilaksanakan oleh seluruh seluruh masyarakat dan penyelenggara negara, serta pada sisi yang lain konstitusi harus ditempatkan sebagai rujukan dalam pencarian solusi atas persoalan kenegaraan dan kebangsaan yang muncul. Sebagai lembaga yang melaksanakan tugas dan fungsi untuk menegakkan nilai-nilai konstitusi Indonesia sebagaimana tertuang dalam UUD NRI Tahun 1945, sepatutnya setiap putusan Mahkamah Konstitusi harus ditaati dan dilaksanakan oleh para pihak yang terkait dengan putusan tersebut termasuk ketaatan seluruh elemen bangsa pada putusan tersebut. Sebab membangun kesetiaan dan ketaatan terhadap konstitusi salah satunya adalah ketaatan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi juga.

3. Bentuk *Constitution Disobedience* terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi

Konstitusi sebagai rujukan yang harus dipedomani dan dilaksanakan oleh setiap elemen bangsa, telah mengatur hal-hal yang bersifat fundamental, salah satu di antaranya adalah pembentukan dan pembagian kekuasaan lembaga-lembaga negara utama, termasuk di dalamnya Mahkamah Konstitusi. Desain konstitusional Mahkamah Konstitusi yang tertuang dalam Pasal 24C telah menegaskan bahwa putusan Mahkamah Konstitusi adalah putusan yang terakhir dan mengikat (*final and binding*), artinya Putusan Mahkamah Konstitusi mencerminkan tiga sifat, yaitu ; (1) secara langsung memperoleh kekuatan hukum, (2) karena telah memperoleh kekuatan hukum tetap maka putusan Mahkamah Konstitusi memiliki akibat hukum bagi semua pihak yang berkaitan dengan putusan. Hal ini karena putusan Mahkamah Konstitusi berbeda dengan putusan peradilan umum yang hanya mengikat para pihak berperkara (*interparties*). Semua pihak wajib mematuhi dan melaksanakan

¹⁵ Fadjar Laksono Soeroso, *Implikasi dan Implementasi Putusan, Op.Cit.*, h. 741.

putusan MK, (3) karena merupakan pengadilan pertama dan terakhir, maka tidak ada upaya hukum lain yang dapat ditempuh baik banding, kasasi atau bahkan peninjauan kembali sebagaimana desain peradilan pada Mahkamah Agung. Sebuah putusan apabila tidak ada upaya hukum yang dapat ditempuh, berarti telah mempunyai kekuatan hukum tetap (*in kracht van gewijsde*) dan memperoleh kekuatan mengikat (*resjudicata pro veritate habetur*). Artinya putusan Mahkamah Konstitusi yang telah memiliki kekuatan hukum tetap dengan serta merta memiliki kekuatan hukum mengikat untuk dilaksanakan.

Ketundukan dan ketaatan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi merupakan bentuk nyata dari kesetiaan terhadap konstitusi itu sendiri, dengan kata lain ketidaktaatan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi adalah bentuk ketidaksetiaan dan bentuk pembangkangan terhadap konstitusi itu sendiri atau yang penulis sebut sebagai *constitution disobedience*. Postulat tersebut tentu didasarkan pada pemikiran bahwa Mahkamah Konstitusi yang secara fungsional melaksanakan tugas menegakan nilai-nilai konstitusi sebagaimana tertuang dalam UUD NRI Tahun 1945, tentu putusan yang dikeluarkan oleh Mahkamah Konstitusi merupakan cerminan dari konstitusi yang sedang berlangsung,¹⁶ oleh sebab itu pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi adalah pembangkangan terhadap konstitusi itu sendiri (*constitution disobedience*).

Ketidaktaatan bahkan tindakan pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi saat ini semakin banyak terjadi, beberapa bentuk pembangkangan putusan Mahkamah Konstitusi yang terjadi di antaranya :

- a. Putusan Mahkamah Konstitusi No. 34/PUU-XI/2013 terhadap perkara pengujian Pasal 268 ayat (3) Undang-Undang No. 8 Tahun 1981 tentang KUHP. Permohonan yang diajukan Antasari Azhar tersebut mempersoalkan Pasal 263 ayat (3) yang membatasi permintaan peninjauan kembali atas suatu putusan hanya bisa dilakukan satu kali. Mahkamah Konstitusi kemudian mengeluarkan amar putusan terhadap permohonan tersebut menyatakan bahwa Pasal 268 ayat (3) Undang-Undang No. 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana bertentangan dengan Undang-Undang Dasar NRI Tahun 1945, oleh karenanya Pasal 268 ayat (3) tersebut tidak memiliki kekuatan hukum mengikat. Dalam praktiknya, Mahkamah Agung justru memperlihatkan pembangkangannya

¹⁶ Fadjar Laksono Soeroso, "Pembangkangan terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Yudisial* Vol. 6, No. 3 Desember 2013, h. 237.

dengan mengeluarkan Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) No. 7 Tahun 2014 tentang pembatasan peninjauan kembali.¹⁷

- b. Putusan Mahkamah Konstitusi No. 2/PUU-V/2007, putusan MK tersebut menyatakan bahwa hukuman mati konstitusional. Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut kemudian diabaikan oleh Majelis Hakim yang menyidangkan perkara Peninjauan Kembali Hukuman Mati Hilary K. Chimezia dan Hengki Gunawan. Dalam Putusan Majelis Hakim PK Mahkamah Agung tersebut dinyatakan bahwa hukuman mati sangat bertentangan dengan ketentuan dalam Pasal 28A UUD NRI Tahun 1945 (*setiap orang berhak hidup serta berhak mempertahankan hidup dan kehidupannya*), serta melanggar Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Jo. Pasal 4 Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, bahkan pertimbangan putusan PK tersebut juga mengutip Article 3 *Declaration of Human Right* yang berbunyi *every one has the right of life, liberty and security of person* yang artinya setiap orang berhak atas kehidupan, kebebasan dan keselamatan sebagai individu. Poinnya adalah putusan Peninjauan Kembali terhadap kasus Hilary K. Chimezia dan Hengki Gunawan sangat mengabaikan putusan Mahkamah Konstitusi, bahkan tercermin adanya pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi.¹⁸
- c. Putusan Mahkamah Konstitusi No. 36/PUU-X/2012 merupakan putusan atas perkara pengujian UU No. 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi khususnya terkait dengan kedudukan Badan Pelaksana (BP) Migas. Putusan Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa Pasal 1 angka 23, Pasal 4 ayat (2), Pasal 44, Pasal 45, Pasal 48 ayat (1), Pasal 59 huruf a, Pasal 61, Pasal 63 UU No. 22 Tahun 2001, serta frasa tentang “badan pelaksana” dalam undang-undang dimaksud dinyatakan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dan dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat. dalam praktiknya terjadi pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi tersebut, dimana pemerintah justru “mengakali” putusan tersebut melakukan penggantian nama dari BP Migas menjadi SKK Migas, hal tersebut tertuang jelas dalam Peraturan Presiden No. 9 Tahun 2012, yang secara fungsional tugas SKK

¹⁷ M. Lutfi Chakim, “Mewujudkan Keadilan Melalui Upaya Hukum Peninjauan Kembali Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi”, *Jurnal Konstitusi*, Vol. 12 Nomor 2, Juni 2015, h. 331.

¹⁸ Fajar Laksono Soeroso, *Pembangkangan.. Op.Cit.*,h. 238.

- Migas persis sama dengan tugas dan fungsi yang dimiliki oleh BP Migas yang secara tegas telah dinyatakan inkonstitusional oleh Mahkamah Konstitusi.
- d. Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 atas perkara pengujian Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang diajukan oleh Machica Mochtar. Dalam perkara tersebut, Machica mengajukan pengujian salah satu Pasal 43 ayat (1) UU No. 1 Tahun 1974 yang menyatakan bahwa “anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”. Mahkamah Konstitusi menyatakan Pasal 43 ayat (1) tersebut bertentangan dengan Undang-Undang Dasar, sehingga pasal tersebut tidak memiliki kekuatan hukum mengikat apabila hanya dibaca menghilangkan hubungan keperdataan dengan bapaknya. Mahkamah Konstitusi merumuskan pasal tersebut harus dibaca bahwa “anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya”. Akan tetapi putusan Mahkamah Konstitusi tersebut hingga saat ini belum jelas alur pelaksanaannya, yang seharusnya diakomodir oleh pihak terkait untuk membuat landasan hukum yang jelas terkait permasalahan hak kewarisan anak luar kawin tersebut.
 - e. Putusan Mahkamah Konstitusi No. 45/PHPU.D-VIII/2010 atas perkara perselisihan hasil pemilihan umum daerah dimana dalam putusannya Mahkamah Konstitusi memerintahkan KPU Kabupaten Kota Waringin Barat membatalkan Keputusan KPU Kobar No. 62/Kpts-KPU- 020.435792/2010 tanggal 12 Juni 2010 tentang Penetapan Hasil Perolehan Suara Pasangan Calon Bupati dan Wakil Bupati dalam Pemilihan Umum Bupati dan Wakil Bupati Kobar Tahun 2010, dan Berita Acara Nomor 367/BA/VI/2010 tentang Penetapan Pasangan Calon Terpilih dalam Pemilihan Umum Bupati dan Wakil Bupati Kobar, tertanggal 12 Juni 2010, sepanjang mengenai perolehan suara Pasangan Calon Nomor Urut 1 atas nama SS dan ES, mendiskualifikasi pasangan calon No. Urut 1 sebagai pemenang pemilihan umum kepala daerah dan wakil kepala daerah Kabupaten Kobar. Memerintahkan KPU Kobar menetapkan Pasangan No. Urut 2 sebagai

Bupati dan wakil bupati terpilih. Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut ditolak ditindaklanjuti oleh KPU Kobar yang dituangkan melalui Berita Acara No. 397/BA/VI/2010 tentang Tindak Lanjut terhadap Putusan Pemilukada Kobar tertanggal 14 Juli 2010.¹⁹ Voting dalam Rapat Pleno KPUD Kobar menghasilkan 3 anggota tetap pada putusan KPUD Kobar yang memenangkan pasangan SS-ES, dan 2 anggota mengikuti Putusan Mahkamah Konstitusi.

Bentuk pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi tersebut hanya sebagian dari bentuk pembangkangan terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi, sebab masih terdapat beberapa bukti terjadinya pembangkangan terhadap konstitusi baik dalam perkara pengujian undang-undang, perkara perselisihan hasil pemilihan umum. Selain bentuk pembangkangan yang telah disebutkan di atas, adanya indikasi perbuatan tindakan pembangkangan konstitusi melalui pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi, hal itu tercermin adanya upaya untuk menghidupkan kembali Pasal Penghinaan Presiden yang merupakan Pasal yang telah dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi. Upaya menghidupkan pasal penghinaan presiden tersebut tertuang dalam Pasal 265 draf Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, padahal pasal penghinaan presiden telah dinyatakan inkonstitusional oleh Mahkamah Konstitusi melalui putusan Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-X/2012, dalam putusan tersebut Mahkamah Konstitusi membatalkan 3 (tiga) pasal yaitu Pasal 134, 136, 137 KUHP.

Bentuk pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi ini tercermin secara jelas pada beberapa kasus, baik itu putusan Mahkamah Konstitusi berkaitan dengan *constitutional review* terhadap beberapa undang-undang, putusan Mahkamah Konstitusi terkait sengketa hasil pemilukada, hingga putusan Mahkamah Konstitusi terkait Hak Asasi Manusia seseorang.

4. Implikasi Tindakan *Constitution Disobedience* terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi

Putusan Mahkamah Konstitusi memiliki sifat; (1) *declaratoir*, putusan dimana hakim menyatakan apa yang menjadi hukum. Putusan hakim yang menyatakan permohonan ditolak merupakan satu putusan yang bersifat *declaratoir*. Putusan yang bersifat *declaratoir* dalam pengujian undang-undang

¹⁹ Lihat Fadjar Laksono, *Pembangkangan*, *Op.Cit.*, h. 229.

oleh Mahkamah Konstitusi nampak jelas dalam amar putusannya. Tetapi setiap putusan yang bersifat *declaratoir* khususnya yang menyatakan bagian undang-undang, ayat dan/atau pasal bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat juga sekaligus merupakan putusan yang bersifat *constitutief*. (2) putusan *condemnatoir*, suatu putusan disebut deklaratoir apabila putusan tersebut berisi penghukuman terhadap termohon untuk melakukan satu prestasi (*tot het verrichten van een prestatie*). Akibat dari putusan *condemnatoir* ialah diberikannya hak kepada penggugat/pemohon untuk meminta tindakan eksekutorial terhadap penggugat/termohon. Sifat putusan *condemnatoir* ini dapat dilihat dalam putusan perkara sengketa kewenangan lembaga negara. (3) Putusan *constitutief* adalah putusan yang menyatakan satu keadaan hukum atau menciptakan satu keadaan hukum baru. Menyatakan suatu undang-undang tidak memiliki kekuatan hukum mengikat karena bertentangan dengan UUD 1945 adalah meniadakan keadaan hukum yang timbul karena undang-undang yang dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Putusan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian undang-undang bersifat *declaratoir constitutief*. Artinya putusan Mahkamah Konstitusi meniadakan satu keadaan hukum lama atau membentuk hukum baru sebagai *negative-legislator*. Dengan kata lain, putusan Mahkamah Konstitusi tersebut mengandung pengertian hapusnya hukum yang lama dan sekaligus membentuk hukum yang baru. Dalam kenyataannya, hakim Mahkamah Konstitusi dengan putusan tersebut, sesungguhnya diberikan kekuasaan membentuk hukum untuk menggantikan hukum yang lama, yang dibuat oleh pembuat undang-undang dan oleh konstitusi secara khusus diberi wewenang untuk itu.²⁰

Adanya tindakan pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi sebagai bentuk pembangkangan terhadap konstitusi berakibat sebagai berikut; *pertama*, tidak dilaksanakannya putusan Mahkamah Konstitusi yang mencerminkan adanya pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi dapat mengacaukan kepastian hukum yang telah dikeluarkan oleh Mahkamah Konstitusi. *Kedua*, pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi tersebut berakibat terjadinya *constitutionalism justice delay* atau penundaan keadilan yang basisnya adalah nilai-nilai konstitusi Indonesia, sebab keadilan terhadap hak-hak konstitusional warga negara yang dilindungi

²⁰ Maruarar Siahaan, dikutip dalam Fadjar Laksono Soeroso, *Implementasi*, *Op.Cit.*, h. 742.

oleh putusan Mahkamah Konstitusi tidak dilaksanakan karena adanya pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi bukan saja oleh lembaga negara dalam hal ini DPR, Presiden, bahkan juga oleh Mahkamah Agung sebagai lembaga peradilan. *Ketiga*, terjadinya rivalitas lembaga peradilan yang diperlihatkan oleh Mahkamah Agung melalui putusan yang dikeluarkan seolah mengabaikan putusan-putusan Mahkamah konstitusi. Kondisi ini tentu menyebabkan ketidakstabilan penegakan hukum utamanya penegakan nilai-nilai konstitusi sebagaimana tertuang dalam UUD NRI Tahun 1945.

Selain implikasi tersebut di atas, kondisi ini jika dibiarkan, maka dikhawatirkan akan menjadi preseden buruk bagi penegakan konstitusionalisme Indonesia, dengan kata lain, semakin sering terjadinya pembangkangan konstitusi melalui pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi, justru akan mereduksi kedudukan UUD NRI Tahun 1945 sebagai *the supreme of constitution*, termasuk mereduksi fungsi Mahkamah Konstitusi sebagai *the guardian of constitution*. Pembangkangan putusan Mahkamah Konstitusi yang berkepanjangan dan meluas, akan berakibat pada sifat putusan Mahkamah Konstitusi memiliki karakteristik sifat semantik, yang secara tekstual ada, namun tak ditaati sama sekali dan terkesan menjadi putusan “macan ompong”.

5. Sanksi atas Tindakan *Constitution Disobedience* terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi

Untuk mencegah terjadinya kekacauan terhadap sistem demokrasi konstitusional Indonesia, serta mencegah terjadinya reduksi terhadap fungsi Mahkamah Konstitusi, dan *constitutional justice delay*, maka perlu merumuskan sebuah konsep agar putusan Mahkamah Konstitusi sebagai instrumen peradilan untuk memastikan penegakan konstitusi dalam hal ini UUD NRI Tahun 1945 dilaksanakan secara bertanggung jawab. Salah satu gagasan yang saat ini mengemuka adalah perlu didesain sebuah unit atau badan yang bersifat *Auxiliary body* untuk mengawasi putusan Mahkamah Konstitusi tersebut ditaati serta dijalankan atau tidak, dengan kata lain badan atau unit ini yang akan memastikan Putusan Mahkamah Konstitusi itu *executable* atau tidak. Gagasan tentang pembentukan badan atau unit ini disandingkan dengan konsep peradilan di Mahkamah Agung dimana terdapat juru sita sebagai unit yang akan mengeksekusi putusan-putusan yang dikeluarkan oleh peradilan di bawah lingkungan Mahkamah Agung. Gagasan atau konsep itu dapat menjadi salah satu alternatif yang dapat ditempuh, akan tetapi jika

merujuk pada sifat dan karakteristik hukum yang memaksa, maka diperlukan juga alternatif yang dapat dijadikan sebagai instrumen untuk memaksa para pihak yang terkait dengan putusan Mahkamah Konstitusi untuk menaati dan melaksanakannya dengan cara adanya konsekuensi sanksi bagi tindakan pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi.

Gagasan tentang pembebanan sanksi bagi tindakan pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi perlu untuk dipertimbangkan, sebab ini diperuntukkan untuk menjaga stabilitas penegakan hukum konstitusi Indonesia termasuk salah satunya adalah kepatuhan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi. Pemberian sanksi bagi tindakan pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi dapat dilakukan dengan dua alternatif :

- 1) Jika dalam konteks penjagaan terhadap marwah dan wibawa lembaga peradilan dari tindakan merendahkan dan menjatuhkan wibawa lembaga peradilan, terdapat konsep pemidanaan *contempof court*, sebagaimana tertuang dalam Pasal 217 KUHP dengan adanya rumusan delik membuat gaduh dalam persidangan memiliki konsekuensi sanksi, maka perlu perluasan makna bahwa *contempt of court* tidak semata-mata dimaknai hanya sebatas membuat gaduh dalam persidangan, akan tetapi ketidaktaatan terhadap putusan pengadilan termasuk dalam hal ini adalah Mahkamah Konstitusi juga merupakan bagian dari *contempt of court*, sebab tindakan melakukan pembangkangan terhadap putusan pengadilan termasuk Mahkamah Konstitusi adalah bentuk paling buruk perusakan wibawa dan martabat lembaga peradilan.
- 2) Jika pertimbangan bahwa *contempt of court* merupakan alternatif yang terlalu beresiko, maka dapat dipertimbangkan metode pembebanan sanksi kedua, yaitu mengikuti cara pembebanan sanksi *dwangsom* pada lembaga peradilan tata usaha negara. Jadi apabila terjadi pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi, maka terhadap konsekuensi *dwangsom* atau uang paksa bagi para pihak yang terkait dengan putusan yang dikeluarkan tersebut. Pembebanan uang paksa tersebut dibebankan kepada pihak yang bertanggung jawab secara kelembagaan apabila pembangkangan dilakukan oleh lembaga, dan dibebankan kepada perorangan apabila pembangkangan dilakukan oleh orang perseorangan warga negara. Pembebanan uang paksa kepada pihak yang bertanggung

jawab secara kelembagaan harus dibayarkan dengan dana pribadi bukan dana yang bersumber dari dana lembaga atau kas negara/daerah.

PENUTUP

Fenomena pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu bentuk *constitution disobedience* tidak bisa dibiarkan berkepanjangan dengan bentuk-bentuk pembangkangan yang mulai sering terjadi akhir-akhir ini, sebab akan merusak sistem demokrasi konstitusi yang telah dibangun sejak reformasi Indonesia yang ditandai dengan reformasi konstitusi pada tahun 1999-2002. Pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi akan berakibat fatal, dari potensi terjadinya reduksi fungsi lembaga Mahkamah Konstitusi hingga terjadinya *constitutional justice delay*. Ketaatan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi tidak bisa hanya bertumpu pada kesadaran hukum masyarakat dan lembaga negara, namun perlu ditunjang juga oleh instrumen “pemaksa” untuk menciptakan situasi taat tersebut. Oleh sebab itu diperlukan berbagai alternatif untuk menjaga stabilitas ketaatan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi yang secara fungsional merupakan pengawal konstitusi. Alternatif yang dapat dipergunakan adalah mendesain pembebanan sanksi terhadap tindakan pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi sehingga akan mengakibatkan efek jera pada pihak yang melakukan pembangkangan, serta memberikan sinyal keras bagi pihak yang berpotensi melakukan pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi untuk tidak melakukan tindakan pembangkangan tersebut. Dengan kata lain, mendesain sanksi bagi tindakan pembangkangan terhadap putusan Mahkamah Konstitusi tidak sekedar menjaga stabilitas penegakan keadilan berdasarkan nilai-nilai konstitusi Indonesia, namun juga sebagai bagian dari penguatan terhadap kedudukan UUD NRI Tahun 1945 sebagai *the supreme of law*.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

Bachtiar, 2015, *Problematika Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi Pada Pengujian UU Terhadap UUD*, Jakarta: Penebar Swadaya Grup.

Asshiddiqie, Jimly, 2010, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara*, Jakarta;

Bumi Aksara.

Siahaan, Maruarar, 2012, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, edisi kedua, Jakarta; Sinar Grafika,

Marzuki, Peter Mahmud, 2005, *Penelitian Hukum*, Surabaya: Kencana Prenada Media Group.

_____, 2013, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Kencana Prenanda Media Group.

Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi, 2010, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Jakarta.

Titik, Titik Triwulan, 2010, *Konstruksi Hukum Tata Negara Indonesia*, Jakarta: Kencana.

Jurnal

Chakim, M. Lutfi, “Mewujudkan Keadilan Melalui Upaya Hukum Peninjauan Kembali Pasca Putusan Mahkamah Konsitusi”, *Jurnal Konstitusi*, Vol. 12 Nomor 2, Juni 2015, h. 328-352.

Hasibuan, Otto, “*Contempt of Court* di Indonesia, Perlukah?”, *Jurnal Hukum dan Peradilan*, Volume 4, Nomor 2 Juli 2015, h. 267-274.

Laksono, Fadjar, 2013, “Pembangkangan Terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi”, *Jurnal Yudisial* Vol. 6, No. 3 Desember 2013, h. 227-249.

Soeroso, Fadjar Laksono, Winda Wijayanti, et.al., “Implikasi dan Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 5/PUU-X/2012 tentang SBI atau RSBI”, *Jurnal Konstitusi*, Volume 10, Nomor 4 Tahun 2013, h. 731-760.

“Peradilan Konstitusional” oleh Mahkamah Agung melalui Mekanisme Pengujian Konkret

“Constitutional Adjudication” by the Supreme Court through Concrete Review Mechanism

Titon Slamet Kurnia

Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana, Salatiga
Jl. Diponegoro 52-60, Salatiga, Jawa Tengah, 50711
E-mail: titonslamet@gmail.com

Naskah diterima: 11/05/2018 revisi: 17/12/2018 disetujui: 10/01/2019

Abstrak

Artikel ini membahas kemungkinan untuk Mahkamah Agung menjalankan fungsi sebagai peradilan konstitusional. Argumen yang diajukan adalah Mahkamah Agung harus memegang kewenangan yang sama dengan Mahkamah Konstitusi dalam menguji konstitusionalitas undang-undang. Perbedaannya adalah, Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan untuk membatalkan undang-undang yang bertentangan dengan konstitusi, sementara Mahkamah Agung tidak memiliki kewenangan itu. Dalam menguji konstitusionalitas undang-undang, Mahkamah Agung bertindak sebagai peradilan biasa yang memeriksa perkara atau kasus konkret, bukan perkara atau kasus abstrak. Dengan demikian, praktik ini memiliki kesamaan dengan praktik Mahkamah Agung Amerika Serikat, ketimbang praktik Mahkamah Konstitusi. Untuk mendukung argumen ini maka asas praduga konstitusional seharusnya tidak berlaku bagi Mahkamah Agung.

Kata kunci: Mahkamah Agung, Konstitusionalitas Undang-Undang, Kasus Konkret

Abstract

This article argues for the possibility of the Indonesian Supreme Court to undertake the role as constitutional court. The argument suggests that the Indonesian Supreme Court should hold concurring authority with the Indonesian Constitutional Court in reviewing the constitutionality of laws. While the Indonesian Constitutional

Court has the exclusive jurisdiction for invalidating the unconstitutional laws, the Indonesian Supreme Court does not have such jurisdiction. In reviewing the constitutionality of laws, the Indonesian Supreme Court exercises its jurisdiction as ordinary court. It reviews a concrete case, not the abstract one. Therefore, this practice is similar with the practice of the Supreme Court of the United States, instead of the practice of the Indonesian Constitutional Court. To support this argument, the principle of presumption of constitutionality should not be applicable to the Indonesian Supreme Court.

Keywords: *Supreme Court, Constitutionality of Laws, Concrete Case*

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Satu proposisi yang tidak terbantahkan adalah Mahkamah Konstitusi memiliki yurisdiksi material eksklusif atas perkara-perkara konstitusional (*constitutional cases*) spesifik di Indonesia. Pernyataan ini bukan kesimpulan, tetapi ketentuan eksplisit konstitusi, Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945):

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

Ditambahkan oleh Pasal 24C ayat (2) UUD NRI 1945: "Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar."¹

Tulisan ini merupakan *academic exercise* untuk tidak mengamini begitu saja ketentuan konstitusi yang memberikan yurisdiksi material eksklusif kepada Mahkamah Konstitusi sebagai badan peradilan konstitusional. Oleh karena itu, fokus tulisan ini adalah isu mengenai peluang Mahkamah Agung untuk dapat menjalankan fungsi serupa, khususnya menguji konstitusionalitas undang-undang (menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar). Dengan kata lain, isu yang hendak didiskusikan adalah boleh/tidaknya undang-undang dinilai

¹ Ketentuan ini berhubungan dengan Pasal 7B UUD NRI 1945.

konstitusionalitasnya oleh Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya).

Atas isu tersebut, tesis tulisan ini adalah Mahkamah Agung dapat menjalankan fungsi sebagai peradilan konstitusional, tetapi dengan mekanisme menyerupai *American-style of judicial review*, yaitu *concrete constitutional judicial review*, ketimbang *abstract constitutional judicial review* seperti Mahkamah Konstitusi, melalui jalur peradilan biasa.² Kemungkinan ini sudah disinggung oleh Hans Kelsen: “*If an ordinary court is competent to test the constitutionality of a statute, it may be entitled only to refuse to apply it in the concrete case when it considers the statute to be unconstitutional, while other organs remain obliged to apply the statute.*”³ Misi tulisan ini hendak memberikan preskripsi kepada Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya) supaya mengaitkan pendapat yudisialnya terhadap suatu undang-undang dengan konstitusi ketika sedang mengadili perkara yang masuk dalam yurisdiksinya dengan implikasi tidak menerapkan undang-undang itu jika sesuai keyakinannya dianggap bertentangan dengan konstitusi. Secara historis ide ini pernah muncul dalam Pasal 156 Konstitusi Republik Indonesia Serikat 1949, tetapi dimentahkan secara eksplisit oleh Pasal 95 ayat (2) Undang-Undang Dasar Sementara 1950 yang menganut asas supremasi parlemen,⁴ dan jelas tidak diikuti oleh UUD NRI 1945 hasil empat kali perubahan.

Lebih spesifik lagi tulisan ini berpendapat bahwa asas praduga konstitusional tidak seyogianya berlaku bagi badan peradilan, Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya), karena mereka bukan “corong undang-undang”. Mereka juga memiliki fungsi yang *legitimate* untuk meng-*enforce* konstitusi, konkuren dengan fungsi Mahkamah Konstitusi, walau menggunakan mekanisme yang berbeda. Oleh karena itu, asasnya, Mahkamah Agung hanya harus menerapkan undang-undang yang konstitusional, bukan undang-undang yang “dianggap konstitusional” karena belum dinyatakan sebaliknya oleh Mahkamah Konstitusi.

B. Perumusan Masalah

Sesuai dengan penjelasan di atas maka yang menjadi masalah dalam tulisan ini adalah: Apakah Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya) dapat menjalankan fungsi sebagai peradilan konstitusional, dalam hal ini menguji

² Michael C. Dorf, “Abstract and Concrete Review” dalam Vikram David Amar & Mark V. Tushnet, eds., *Global Perspectives on Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press 2009, h. 1.

³ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York: Russell & Russell, 1960, h. 157.

⁴ Sri Soemantri, *Hak Menguji Material di Indonesia*, Bandung: Penerbit Alumni, 1986, h. 25.

konstitusionalitas undang-undang? Seperti dijelaskan di atas, dengan rumusan masalah demikian, fungsi peradilan konstitusional oleh Mahkamah Agung di sini hendaknya tidak ditumbuhkan dengan fungsi peradilan konstitusional oleh Mahkamah Konstitusi yang diberikan yurisdiksi material eksklusif menguji undang-undang terhadap undang-undang dasar oleh UUD NRI 1945. Konsep yang relevan untuk mengkualifikasikan fungsi peradilan konstitusional oleh Mahkamah Agung adalah *concrete constitutional judicial review*, yang berbeda dengan fungsi peradilan konstitusional oleh Mahkamah Konstitusi yaitu *abstract constitutional judicial review*. Dengan konsep demikian maka menjadi sangat mungkin jika fungsi peradilan konstitusional dilakukan secara konkuren oleh Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung.

C. Metode Penelitian

Fokus tulisan ini adalah mempertahankan tesis, sebagai jawaban atas masalah atau isu hukum yang hendak dibahas, yaitu Mahkamah Agung dapat menjalankan fungsi sebagai peradilan konstitusional, tetapi dengan mekanisme menyerupai *American-style of judicial review (concrete constitutional judicial review)*, ketimbang *abstract constitutional judicial review* seperti Mahkamah Konstitusi. Proses tersebut dilakukan dengan membangun secara koheren argumentasi yang menjustifikasi tesis. Proses menghasilkan argumentasi ini yang kegiatannya dilakukan dengan penelitian, di mana penelitiannya dinamakan penelitian hukum (*legal research*). Pendekatan yang digunakan adalah pendekatan konseptual atau teoretis, dengan fokus bahan hukum (*legal material*) berupa literatur-literatur yang teridentifikasi sebagai Teori Konstitusi. Dengan kata lain, literatur-literatur tersebut yang akan digunakan di sini guna membangun atau menghasilkan argumentasi hukum (teoretis) guna mempertahankan tesis.

PEMBAHASAN

A. Mahkamah Agung dan Konstitusi

Kekeliruan kita dalam memahami fungsi Mahkamah Agung sebagai badan peradilan adalah mengisolirnya dari konstitusi dalam menjalankan peradilan sehingga timbul kesan bahwa kinerja Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya) sama sekali tidak berurusan dengan konstitusi. Cara pandang keliru ini secara tidak sadar diletakkan oleh Jimly Asshiddiqie yang

tegas memisahkan fungsi peradilan konstitusional yang eksklusif pada Mahkamah Konstitusi dan fungsi peradilan biasa pada Mahkamah Agung dalam hal pengujian peraturan perundang-undangan. Jimly mendikotomikan institusi pengujian yudisial terhadap peraturan perundang-undangan menjadi dua jenis: pengujian *the constitutionality of legislation* oleh Mahkamah Konstitusi dan pengujian *the legality of regulation* oleh Mahkamah Agung.⁵

Kerangka berpikir Jimly yang simplistik menimbulkan kesan bahwa konstitusi sebagai hukum hanya menjadi ranahnya Mahkamah Konstitusi. Posisi Jimly didukung oleh praktik Mahkamah Konstitusi yang sering mengklaim dirinya sebagai “*the sole interpreter of the Constitution*”. Tulisan ini tidak setuju dengan posisi demikian. Mahkamah Agung juga wajib meng-*enforce* konstitusi, sebagai komitmen untuk mewujudkan negara konstitusional di mana asas supremasi konstitusi berlaku. Oleh karena itu, supaya asas supremasi konstitusi berlaku, wajib hukumnya supaya konstitusi *enforceable* tidak hanya oleh Mahkamah Konstitusi, tetapi juga oleh Mahkamah Agung.

Dengan demikian, yang ingin dijustifikasi di sini, tentang hubungan antara Mahkamah Agung dan konstitusi, Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya) terikat oleh kewajiban hukum untuk meng-*enforce* konstitusi dalam menjalankan fungsi peradilan biasa yang menjadi yurisdiksi materialnya.⁶ Tindakan badan peradilan dalam meng-*enforce* konstitusi melalui proses peradilan ini yang untuk sederhananya dikonsepsikan sebagai peradilan konstitusional. Kewajiban tersebut harus dianggap inheren dalam konsep negara konstitusional.

Pendirian yang digunakan terkait dengan pemaknaan konsep negara konstitusional ialah isu *enforcement* konstitusi lebih tertuju pada preservasi terhadap ideal di balik konsep konstitusi itu sendiri, ketimbang ketentuan formalnya.⁷ Itu artinya, konsepsi ini tidak sama dengan sekadar dapat ditegakkannya pasal-pasal konstitusi. Bahkan kalau kita ingat, jika sebatas itu maknanya, ini hanya akan menjadi lelucon belaka. Rezim Orde Baru justru jauh lebih “canggih” ketika mewacanakan pelaksanaan UUD NRI 1945 secara murni dan konsekuen, termasuk keputusan menjadikan Soeharto sebagai presiden tujuh periode juga dianggap sudah sesuai dengan ketentuan formal konstitusi. *Dus*, ini adalah asas supremasi konstitusi versi Orde Baru. Atas dasar itu Orde Baru lalu

⁵ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta: Konstitusi Press, 2006, h. 5-6.

⁶ Yurisdiksi material tersebut meliputi: perkara pidana, perkara perdata, perkara tata usaha negara, perkara perdata agama, perkara pidana militer dan pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang.

⁷ Bandingkan dengan Titon Slamet Kurnia, *Konstitusi HAM*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar 2014, h. 22-43.

berketetapan, sebagai konsensus nasional, untuk tidak mengubah UUD NRI 1945 karena mereka menikmati kelemahannya.⁸

Isunya di sini sebenarnya sangat sederhana. UUD NRI 1945 adalah hukum yang *enforcement*-nya melalui proses peradilan konstitusional tidak hanya menjadi ranah monopolistik Mahkamah Konstitusi. Memisahkan Mahkamah Agung dari konstitusi, UUD NRI 1945, cenderung menegasikan pelajaran dasar kita tentang hukum yang memosisikan konstitusi sebagai peraturan hukum paling tinggi yang fungsinya memvalidasi sistem hukum suatu negara.⁹ Dengan formulasi berbeda, menurut Kelsen, konstitusi, dalam arti material, adalah "*rules which regulate the creation of the general legal norms, in particular the creation of statutes.*"¹⁰ Oleh karena itu, dengan kerangka berpikir demikian, benar adanya ketika konstitusi dikonsepsikan sebagai *starting point* dari sistem hukum seperti dikemukakan Andras Sajo: "*It is the starting point and the closing argument of a legal system.*"¹¹ dan sebagai implikasinya, Sajo menandakan, "*To have the ability to determine the legal system, a constitution must be above all other legal regulations.*"¹²

Pendekatan sistem hukum di mana konstitusi berposisi sebagai *starting point* dari sistem hukum menjadi alasan kuat supaya badan peradilan biasa seperti Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya) juga dilibatkan dalam proses "membicarakan" konstitusi ketika menjalankan peradilan, dan tidak boleh dibatasi fungsinya hanya untuk menerapkan undang-undang belaka. Konstitusi sebagai *starting point* dari keberlakuan sistem hukum harus diperlakukan secara layak, terkhusus oleh badan peradilan. Oleh karena itu, seperti dinyatakan di awal, poin utama argumen tulisan ini adalah asas praduga konstitusional seyogianya tidak berlaku bagi Mahkamah Agung.

Asas praduga konstitusional mengandung pengertian bahwa undang-undang harus dianggap konstitusional sampai dengan dinyatakan sebaliknya oleh Mahkamah Konstitusi. Pengertian demikian disimpulkan dari Pasal 58 UU Mahkamah Konstitusi yang menyatakan: "Undang-undang yang diuji oleh Mahkamah Konstitusi tetap berlaku, sebelum ada putusan yang menyatakan bahwa undang-undang tersebut bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara

⁸ Bandingkan dengan Denny Indrayana, *Amandemen UUD 1945: Antara Mitos dan Pembongkaran*, Bandung: Mizan, 2007, h. 162-163.

⁹ Larry Alexander, "Constitutions, Judicial Review, Moral Rights and Democracy: Disentangling the Issues" dalam Grant Huscroft, ed., *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, h. 119-120

¹⁰ Hans Kelsen, *Op.Cit.*, h. 124.

¹¹ Andras Sajo, *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*, Budapest: Central European University Press, 1999, h. 39.

¹² *Ibid.*

Republik Indonesia Tahun 1945.”¹³ Dengan dasar argumen ini, ketakberlakuan asas praduga konstitusional bagi Mahkamah Agung, keterkaitan antara Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya) dan konstitusi menjadi sangat erat. Dalam menjalankan proses peradilan biasa, Mahkamah Agung terikat oleh konstitusi untuk hanya menerapkan undang-undang yang konstitusional, termasuk menilai undang-undang terhadap konstitusi, dan atas dasar keyakinannya boleh menyatakan undang-undang inkonstitusional sebagai alasan untuk tidak menerapkannya meskipun undang-undang tersebut sudah pernah dinyatakan tidak inkonstitusional oleh Mahkamah Konstitusi sendiri.¹⁴

Dengan demikian, poin utama tulisan ini adalah menolak keberlakuan asas praduga konstitusional bagi Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya), terutama terkait penilaian konstitusionalitas undang-undang yang diserahkan secara eksklusif pada, minimal, putusan lima orang Hakim Konstitusi. Sistem demikian mengandung kelemahan. *Pertama*, tidak antisipatif terhadap kelemahan internal sistem ini sendiri. *Kedua*, lebih parahnya lagi, dapat menjadi insentif untuk praktik peradilan yang legalistik, khususnya sikap bebas nilai terhadap undang-undang yang sudah pernah dinyatakan tidak inkonstitusional oleh Mahkamah Konstitusi. Contoh terkait pernyataan ini ada dua. *Pertama*, konstitusionalitas pidana mati.¹⁵ *Kedua*, konstitusionalitas tindak pidana penodaan agama.¹⁶

Lebih lanjut, sistem konstitusional kita tidak seperti Belanda karena UUD NRI 1945 tidak menganut asas supremasi parlemen seperti Art. 120 UUD Belanda yang ketentuannya menyatakan: “*The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts.*” Ketentuan ini mengandung pengertian bahwa “undang-undang tidak boleh diganggu gugat”. Atau menurut interpretasi Polak dan Polak: “*the judiciary has no authority to refuse to apply a statute. The judiciary should consume the legislature’s product even if they possess an unconstitutional or otherwise illegal flavour.*”¹⁷ Secara tersirat, karena menganut asas supremasi parlemen, konstitusi bukan bahan untuk konsumsi badan peradilan.

¹³ Sebutan resminya: Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah beberapa kali diubah terakhir dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2014 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi menjadi Undang-Undang.

¹⁴ Hal yang sama sebenarnya juga berlaku di lingkungan eksekutif. Saikrishna B. Prakash, “The Executive’s Duty to Disregard Unconstitutional Laws,” *Georgetown Law Journal*, Vol. 96, No. 5, 2008, h. 1613-1683.

¹⁵ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 2-3/PUU-V/2007.

¹⁶ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 84/PUU-X/2012.

¹⁷ Carla M. Zoethout, “Reflections on Constitutionalism in the Netherlands” dalam Charla M. Zoethout, et al., eds., *Control in Constitutional Law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, h. 157.

Konstitusi menjadi ranah *public discourse* eksklusif di parlemen dalam proses pembentukan undang-undang, sehingga, sebagai implikasinya, adanya ketentuan tersebut menghasilkan makna bahwa undang-undang produk parlemen sudah pasti konstitusional sebagai produk dari parlemen yang *supreme* sehingga tidak boleh dinyatakan inkonstitusional oleh badan peradilan.

Karena asas demikian tidak kita anut maka Mahkamah Agung sebagai badan peradilan tentu saja dapat menjadikan konstitusi sebagai sumber hukum dalam menjalankan proses peradilan. Hal ini koheren dengan inti dari pelajaran hukum kita pada tingkat dasar bahwa konstitusi adalah hukum dan Mahkamah Agung sebagai badan peradilan berwenang untuk secara independen memeriksa dan mengadili perkara berdasarkan hukum, termasuk berdasarkan konstitusi. Pernyataan ini merupakan hasil penyimpulan terhadap makna dari Pasal 24 ayat (1) jo. Pasal 24 ayat (2) UUD NRI 1945. Pasal 24 ayat (1) UUD NRI 1945 menentukan batasan dari kekuasaan kehakiman: “Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.” Sementara Pasal 24 ayat (2) UUD NRI 1945 menentukan pelaksana kekuasaan kehakiman di Indonesia: “Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya ... dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.”

B. Teorisasi Fungsi Mahkamah Agung sebagai Peradilan Konstitusional

Meskipun rumusan ketentuan Pasal 24C ayat (1) UUD NRI 1945 masih tetap, tidak berarti bahwa maknanya sesempit itu. Setidaknya dalam pemahaman yang minimal, membatalkan undang-undang yang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar secara yudisial memang ranah kewenangan eksklusif Mahkamah Konstitusi. Tetapi menyatakan undang-undang inkonstitusional secara yudisial tidak begitu. Hal ini juga dapat dilakukan oleh Mahkamah Agung (dan badan peradilan di bawahnya) meski tidak sampai pada tindakan membatalkan undang-undang yang inkonstitusional tersebut. Dengan demikian, Mahkamah Agung (dan badan peradilan di bawahnya) memiliki kewenangan inheren untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar walau UUD NRI 1945 tidak memberinya kewenangan secara eksplisit.

Karena itu, studi Teori Konstitusi untuk menjustifikasi tesis ini sangat penting, serupa seperti teknik justifikasi yang digunakan oleh *the Supreme Court of the United States* dalam kasus *Marbury v. Madison* (1803). Membela posisi *the Supreme*

Court of the United States dalam menguji konstiusionalitas undang-undang pada kasus *Marbury*, Alexander M. Bickel menyatakan:

*The power which distinguishes the Supreme Court of the United States is that of constitutional review of actions of the other branches of government, federal and state. Curiously enough, this power of judicial review, as it is called, does not derive from any explicit constitutional command. The authority to determine the meaning and application of a written constitution is nowhere defined or even mentioned in the document itself. This is not to say that the power of judicial review cannot be placed in the Constitution; merely that it cannot be found there.*¹⁸

Dasar teoretis yang akan dielaborasi dalam rangka proses teorisasi fungsi Mahkamah Agung sebagai peradilan konstitusional ada dua. *Pertama*, teori formal yang difokuskan pada isu mengenai hubungan antara undang-undang dengan konstitusi formal (undang-undang dasar). *Kedua*, teori substantif yang difokuskan pada argumen tentang perlunya Mahkamah Agung menjalankan fungsi sebagai peradilan konstitusional.

Teori formal untuk fungsi Mahkamah Agung sebagai peradilan konstitusional dapat mengacu pada silogisme Alexander Hamilton dalam *The Federalist No. 78* maupun kerangka teori dari kasus *Marbury* yang dikembangkan oleh *Chief Justice* John Marshall. Pendapat Hamilton dalam *The Federalist No. 78* pada hakikatnya mendahului pendapat historis *Chief Justice* Marshall dalam kasus *Marbury*. Hamilton menyatakan:

*The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is in fact, and must be, regarded by the judges as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought of course to be preferred; or in other words, the constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents.*¹⁹

Argumen Hamilton dalam pernyataan di atas adalah argumen hierarki, yaitu kedudukan konstitusi formal (undang-undang dasar) yang lebih tinggi dibandingkan dengan undang-undang. Dalam argumen formal ini Hamilton menyelipkan argumen

¹⁸ Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven: Yale University Press, 1986, h. 1.

¹⁹ Alexander Hamilton, James Madison & John Jay (Terence Ball, ed.), *The Federalist with Letters of “Brutus”*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, h. 379-380.

substantif untuk menjelaskan mengapa konstitusi secara hierarki lebih tinggi dari undang-undang. Menurut Hamilton, konstitusi merefleksikan “*the intention of the people*”; sementara undang-undang mencerminkan “*the intention of their agents*”. Lebih lanjut Hamilton menjelaskan:

*Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature declared in its statutes, stands in opposition to that of the people declared in the constitution, the judges ought to be governed by the latter, rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws, rather than by those which are not fundamental.*²⁰

Dalam pernyataan di atas, yang lebih bersifat substantif ketimbang formal, Hamilton meletakkan konsepsi bahwa kehendak rakyat yang mengejawantah dalam konstitusi lebih tinggi dibandingkan dengan kedudukan kekuasaan legislatif maupun kekuasaan yudisial. Oleh karena itu sebagai konklusinya, hakim-hakim harus lebih tunduk pada kehendak rakyat yang dinyatakan dalam konstitusi ketimbang kehendak legislator yang dinyatakan dalam undang-undang. Itu artinya, hakim-hakim boleh mengabaikan undang-undang yang dirasanya inkonstitusional.

Pembahasan selanjutnya adalah pendapat yudisial *Chief Justice* Marshall dalam kasus *Marbury*. Sebagai catatan, kasus *Marbury* tidak seperti yang kita bayangkan dengan model Mahkamah Konstitusi di Indonesia. Isu hukum dari kasus tersebut mulanya tidak berkaitan dengan isu konstitusionalitas undang-undang, tetapi permintaan kepada pengadilan, *the Supreme Court of the United States*, supaya memerintahkan *Secretary of State*, James Madison, menyerahkan surat keputusan pengangkatan William Marbury sebagai *justice of peace* yang penunjukannya dilakukan oleh Presiden John Adams menjelang proses peralihan kekuasaan kepada presiden baru, Thomas Jefferson. Upaya hukum ini disebut *mandamus*.²¹

Bagian terpenting dari kasus *Marbury* adalah pendapat yudisial *Chief Justice* Marshall yang ditujukan pada isu konstitusionalitas *Section 13 of the 1789 Judiciary Act* yang menjadi dasar hukum penggugat dalam menempuh upaya *mandamus* kepada *the Supreme Court of the United States*. Sebelum berpendapat tentang hubungan antara undang-undang dengan konstitusi, Marshall terlebih dulu meletakkan kerangka berpikir teoretis yang mendasari isu tersebut di mana yang

²⁰ *Ibid.*, 380.

²¹ Untuk penjelasan tentang latar belakang kasus *Marbury* lihat: Alexander M. Bickel, *Op.cit.*, 1-14; Robert J. Reinstein & Mark C. Rahdert, “Reconstructing *Marbury*,” *Arkansas Law Review*, Vol. 57, No. 4, 2005, h. 739-742.

menjadi perhatiannya adalah tentang hakikat pembatasan kekuasaan terhadap pemerintah dan bentuk pembatasannya yang tertulis. Marshall menyatakan:

*To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? The distinction, between a government with limited and unlimited powers, is abolished, if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed, are of equal obligation.*²²

Pembatasan seperti dimaksud oleh Marshall tidak ada faedahnya jika terjadi dua hal. *Pertama*, tidak ada pihak yang dituju oleh pembatasan tersebut. *Kedua*, pembatasan tersebut mengandung pertentangan satu sama lain. Isu yang menjadi sorotan selanjutnya tentu saja tentang pertentangan antara undang-undang dengan konstitusi yang digambarkan secara metaforis oleh Marshall sebagai kondisi “*if acts prohibited and acts allowed, are of equal obligation.*”

Sebelum sampai pada kesimpulannya atas bagaimana pertentangan itu seharusnya diputuskan, Marshall mendahului dengan menjelaskan tentang sifat hubungan antara undang-undang dan konstitusi sebagai berikut:

*The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law: if the latter part be true, then written Constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power, in its own nature illimitable.*²³

Atas dua alternatif tersebut Marshall memilih alternatif pertama, dan sampai pada kesimpulan sebagai implikasinya: “*Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be, that an act of the legislature, repugnant to the Constitution, is void.*”²⁴

Kesimpulan di atas tidak berdiri sendiri, tetapi masih berkaitan dengan isu lainnya tentang peranan badan yudisial dalam hal terjadi pertentangan antara undang-undang dengan konstitusi. Isu ini sangat penting karena *Section III of the Constitution of the United States* sama sekali tidak memberikan preskripsi.

²² Seperti dikutip dalam *Ibid.*, h. 768.

²³ Seperti dikutip dalam *Ibid.*

²⁴ Seperti dikutip dalam *Ibid.*, h. 768-769.

Menjawab isu tersebut, Marshall sampai pada pernyataannya yang bersifat *landmark* sebagai landasan hukum untuk menjustifikasi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang oleh *the Supreme Court of the United States*: “it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.”²⁵

Yang dimaksud dengan “to say what the law is” menurut Robert J. Reinstein dan Mark C. Rahdert adalah “to ascertain and apply rules of law.”²⁶ Seperti dinyatakan sendiri oleh Marshall, jika isunya adalah “to say what the law is”, maka yang lazim dilakukan adalah: “Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the court must decide on the operation of each.”²⁷ Hal senada juga berlaku demikian jika kasusnya adalah pertentangan antara undang-undang dengan konstitusi. Reinstein dan Rahdert melakukan parafrase atas pendapat Marshall sebagai berikut: “Court must be able to interpret and apply rules of law drawn from the Constitution, itself the paramount source of law. There was, however, one important corollary: in cases of conflict between the Constitution and statutory law the Court must follow the Constitution’s superior command.”²⁸ Jika yang menjadi kesimpulan sebaliknya maka, “would frustrate the principle of constitutional superiority and put the legislature beyond the rule of law.”²⁹

Implikasi mendasar dari pendapat Marshall adalah pelibatan badan peradilan dalam proses *constitutional public discourse* dengan doktrin, menurut Reinstein dan Rahdert, “the interpretation and enforcement of the Constitution, like any other law, is emphatically the province of the judicial department and ultimately of the Supreme Court.”³⁰ Dengan demikian, argumen Marshall pada hakikatnya merupakan *restatement* terhadap argumen Hamilton yang telah dibicarakan sebelumnya.³¹

Sebagai *restatement*, argumentasi Marshall dapat lebih mudah dipahami dengan menguraikan proposisi-proposisi dasarnya. Hal ini dilakukan Reinstein

²⁵ Seperti dikutip dalam *Ibid.*, h. 769.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Seperti dikutip dalam *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*, h. 770.

³¹ Jika dilihat dari rentang waktunya, *The Federalist* ditulis antara Oktober 1787-Mei 1788. Alexander Hamilton, James Madison & John Jay (Terence Ball, ed.), *Op.Cit.*, xiv. Itu artinya, dibandingkan dengan kasus *Marbury* (1803), ada rentang waktu 15 tahun untuk argumen Hamilton tersebut berpengaruh ke dalam proses yudisial yang akhirnya menjadi sandaran dalam tindakan *the Supreme Court of the United States* dalam kasus *Marbury*. Sementara jika kita lihat sejarahnya, institusi pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang ini jauh lebih tua dari kasus *Marbury*. Setidaknya, hakim-hakim Amerika Serikat cukup dipengaruhi oleh pendapat Lord Edward Coke dalam kasus Dr. Bonham (1610). Scott D. Gerber, “The Court, the Constitution and the History of Ideas,” *Vanderbilt Law Review*, Vol. 61, No. 4, 2008, h. 1117-1124.

dan Rahdert yang menunjukkan bahwa argumentasi tersebut didasarkan pada lima proposisi:

1. *In a case properly before it, the court is bound by an oath to decide according to the law;*
2. *If two laws are in conflict in that case, the court must choose which law to apply;*
3. *If one of the laws is superior to the other in importance and authority, that law must be held by the court to nullify the lesser law;*
4. *The Constitution is a superior law to an ordinary statute and therefore must be held by the court to nullify a statute whose terms conflict with the Constitution; and*
5. *It is the special province of the judiciary to determine the meaning of all laws, including the Constitution.*³²

Seperti dijelaskan di awal, baik argumen Hamilton maupun argumen Marshall sama-sama adalah argumen formal. Khusus terkait dengan argumen Marshall, pra-pemahaman yang mendasari argumennya, menurut Steven G. Calabresi, adalah “*the written nature of the Constitution*”.³³ Calabresi yang merangkai poin-poin argumen Marshall menunjukkan pengertian yang demikian:

*Thus, Marshall says that to ensure that the government does not exceed its enumerated powers, “the constitution is written” and the primacy of the Constitution over a contrary statute is a theory “essentially attached to a written constitution.” Marshall adds that “[c]ertainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation.”*³⁴

Analisis Calabresi di atas sejalan dengan analisis Reinstein dan Rahdert. Analisis mereka sulit menghindar dari sistem konstitusional Amerika Serikat sebagai *background*-nya, yaitu sistem konstitusional yang dikembangkan berbasis pada eksistensi konstitusi formal atau undang-undang dasar yang diperlakukan sebagai “*the supreme law of the land*”. Sistem ini berbanding terbalik dengan, misalnya, Inggris atau Israel yang tanpa konstitusi formal. Oleh karena itu, argumen formal sulit diterapkan pada negara yang tidak memiliki konstitusi formal.³⁵

³² Robert J. Reinstein & Mark C. Rahdert, *Op.Cit.*, h. 801.

³³ Steven G. Calabresi, “The Tradition of the Written Constitution: Text, Precedent and Burke,” *Alabama Law Review*, Vol. 57, No. 3, 2006, h. 638.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Bandingkan dengan Guy E. Carmi, “A Constitutional Court in the Absence of a Formal Constitution? On the Ramifications of Appointing the Israeli Supreme Court as the Only Tribunal for Judicial Review,” *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 21, No. 1, 2005, h. 67-91.

Kendati argumen formal dapat berlaku dalam kasus Indonesia di mana sistem konstitusionalnya juga bertumpu pada konstitusi formal, namun argumen substantif masih perlu dielaborasi sebagai argumen penguat.³⁶ Poin utama dari argumen substantif adalah upaya mitigasi untuk tidak terjebak dalam praktik peradilan yang legalistik, terlebih berhadapan dengan undang-undang yang “jelek”, khususnya undang-undang pidana yang berpotensi tidak sesuai dengan HAM, di mana seharusnya undang-undang demikian dinyatakan inkonstitusional. Atas isu ini, argumen teoretis yang relevan adalah konstitusi sebagai hukum bukan sekadar karena secara formal memiliki hierarki lebih tinggi dibandingkan dengan undang-undang. Konstitusi sebagai hukum mengandung sifat aspirasional yang tinggi di mana sifat aspirasional tersebut yang berlaku sebagai standar evaluatif terhadap undang-undang supaya, pada analisis akhir, mendorong proses legislatif lebih baik serta menghasilkan undang-undang yang baik pula sebagai implikasinya.

Keinginan untuk memosisikan konstitusi sebagai hukum yang bersifat aspirasional digambarkan secara bernas oleh Lon L. Fuller yang menyatakan: “*to be effective, a written constitution must be accepted, at least provisionally, not just as law, but as good law.*”³⁷ Proposisi ini didasari pra-pemahaman bahwa “hukum manusia” tidak sama seperti “hukum fisika”: “*The respect we owe to human laws must surely be something different from the respect we accord to the law of gravitation.*”³⁸ *Good law* di sini setidaknya bermakna: “*law that corresponds to the demands of justice, or morality, or men’s notion of what ought to be.*”³⁹ Oleh karena itu, konsep hukum c.q. konstitusi di sini adalah konsep normatif atau ideal, bukan konsep deskriptif. Pemahaman demikian yang meyakinkan penulis untuk tidak mengambil posisi deskriptif dalam memahami konstitusi. Konsep negara konstitusional yang kita cita-citakan adalah negara konstitusional berbasis *good constitution*, yang lebih luas cakupan maknanya dari konstitusi formal, dan itu harus direalisasikan sebagai standar untuk menguji undang-undang yang berlaku karena konstitusi, secara substantif, mengatur undang-undang, sehingga pada akhirnya, materi muatan undang-undang harus diuji kesesuaiannya dengan konstitusi, dengan pengertian *good constitution*.

³⁶ Argumen substantif di sini adalah versi lain dari argumen penulis untuk Mahkamah Konstitusi. Titon Slamet Kurnia, *Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia: Sang Penjaga HAM*, Bandung: Penerbit PT. Alumni, 2013, h. 71-110.

³⁷ Lon L. Fuller, “Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart,” *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, 1958, h. 642.

³⁸ *Ibid.*, h. 632.

³⁹ *Ibid.*, h. 644.

Dalam konsepsi negara konstitusional yang ideal berlaku asas bahwa badan peradilan hanya harus menerapkan undang-undang yang baik, yaitu undang-undang yang secara materi muatan tidak hanya selaras dengan konstitusi formal, tetapi juga konstitusi yang ideal. Argumen substantif memberikan insentif bagi badan peradilan untuk tidak menjalankan peradilan dengan pendekatan legalistik. Satu pandangan yang relevan untuk dirujuk di sini adalah pendapat Douglas E. Edlin tentang kewajiban hakim menegakkan keadilan sebagai cita hukum. Edlin menyatakan pandangannya: *“The idea that adjudicative institutions should be just above all connects judges and the judicial process to justice. Where a legal rule cannot be applied justly, the judge’s duty to seek justice requires the judge to change or depart from the unjust legal rule.”*⁴⁰ Pandangan ini sendiri sama sekali bukan hal baru, tetapi penerapan pemikiran klasik sejak St. Augustine,⁴¹ Thomas Aquinas,⁴² dan reformulasinya oleh Gustav Radbruch sebagai bentuk pengalaman reflektifnya ketika berhadapan dengan kekuasaan represif Nazi-Jerman dalam Perang Dunia II.⁴³

Lebih lanjut Edlin menjelaskan: *“In a system where justice is a public value ... judges must apply their reason and experience in the attempt to achieve justice, at times by rectifying or eliminating injustice. That is their role and responsibility – to the law, to the judicial institution, to the public, and to the litigants.”*⁴⁴ Dengan pengertian lain, mengacu pada Edlin, memfungsikan Mahkamah Agung sebagai peradilan konstitusional dapat dibenarkan secara substantif oleh alasan keadilan guna menghindari penerapan undang-undang yang tidak adil. Tentu saja kerangka berpikir demikian harus didasari pra-pemahaman tentang konsep konstitusi sebagai *repository* asas keadilan (yang itu artinya merepresentasikan konsep *good constitution*) sehingga argumen Edlin dapat aplikabel, termasuk sebagai argumen untuk menjustifikasi kewenangan menguji konstitusionalitas undang-undang dalam rangka *enforcement* konstitusi pada Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya).

Menurut hemat penulis, argumen Edlin dapat dengan mudah diterapkan karena pikiran demikian sudah inheren di dalam UUD NRI 1945, khususnya

⁴⁰ Douglas E. Edlin, *Judges and Unjust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review*, Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2010, h. 120.

⁴¹ St. Augustine adalah orang pertama yang menyatakan maksim *“lex iniusta, non est lex”*. Suri Ratnapala, *Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, h. 11.

⁴² E. Sumaryono, *Etika dan Hukum: Relevansi Teori Hukum Kodrat Thomas Aquinas*, Yogyakarta: Penerbit Kanisius, 2002, h. 213-217.

⁴³ Gustav Radbruch, “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946),” *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 1, 2006, h. 1-11; Gustav Radbruch, “Five Minutes of Legal Philosophy (1945),” *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 1, h. 13-15.

⁴⁴ Douglas E. Edlin, *Op.Cit.*, h. 121.

terkait dengan konsepsi kekuasaan kehakiman. Oleh karena itu, preskripsi Edlin “*the judge’s duty to seek justice requires the judge to change or depart from the unjust legal rule*” sangat terbuka untuk menjustifikasi pengujian konstitusionalitas undang-undang oleh Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya), terlebih secara konstitusional sudah ada otorisasi bahwa “Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.” Itu artinya, menguji kesesuaian undang-undang dengan keadilan, ketika dilakukan oleh badan peradilan seperti Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya), sama halnya dengan telah menguji konstitusionalitas undang-undang itu sendiri.

Intinya, baik teori formal maupun teori substantif, badan peradilan seperti Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya) memiliki tanggung jawab utama “*to say what the law is*” yang tidak sama artinya dengan tanggung jawab untuk menerapkan undang-undang secara legalistik. Dengan kata lain, “*to say what the law is*” dapat diberikan makna hanya undang-undang yang konstitusional yang harus di-*enforce* oleh badan peradilan sebagai komitmennya dalam rangka *enforcement* konstitusi. Termasuk di sini tidak melakukan *enforcement* terhadap undang-undang yang tidak adil; atau dalam bentuk preskripsi positif, hanya undang-undang yang adil yang harus di-*enforce* oleh badan peradilan.

Putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat “*final and binding*” tidak berarti bahwa putusan tersebut niscaya benar. Kebenaran dari Putusan Mahkamah Konstitusi hanya bersifat praduga, yang artinya putusan tersebut harus dianggap benar sebatas karena sudah tidak ada upaya hukum lagi. Badan-badan pemerintahan yang lain dalam menyikapi Putusan Mahkamah Konstitusi tentu harus kritis: Mengikuti kalau benar, dan tidak mengikuti kalau salah.⁴⁵ Pemahaman demikian pada prinsipnya sudah pernah diutarakan oleh Justice Robert H. Jackson, *the Supreme Court of the United States*, ketika menjelaskan konsep “*final*”. Dalam kasus *Brown v. Allen* (1953), Justice Jackson menyatakan: “*We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final.*”⁴⁶ Oleh karena itu, partisipasi Mahkamah Agung, bersama-sama dengan Mahkamah Konstitusi, dalam *constitutional public discourse* menjadi sangat penting.

⁴⁵ Bandingkan dengan Mark Tushnet, “Weak-Form Judicial Review and ‘Core’ Civil Liberties,” *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 1, Vol. 41, No. 1, 2006, h. 4.

⁴⁶ Keith E. Whittington, *Political Foundations of Judicial Supremacy: The President, the Supreme Court and Constitutional Leadership in U.S. History*, New Jersey: Princeton University Press, 2007, h. 7.

Supaya ideal demikian dapat terjadi diperlukan pra-kondisi berupa penguatan penguasaan materi Hukum Tata Negara dan Filsafat Hukum di kalangan Sarjana Hukum kita. Preskripsi yang dinyatakan akan menjadi tidak bermakna jika para hakim lemah dalam penguasaan materi Hukum Tata Negara dan Filsafat Hukum. Kemungkinan yang akan terjadi adalah hakim-hakim pada tingkat *judex facti* akan tidak memiliki cukup keberanian untuk menempuh preskripsi sebagaimana diberikan oleh penulis. Oleh karena itu, preskripsi demikian hanya mungkin akan lebih efektif pada tingkat *judex juris* ketimbang pada tingkat *judex facti*.

C. Kasus Konkret

Isu selanjutnya adalah kasus konkret praktik peradilan konstitusional oleh Mahkamah Agung. Walau belum dilakukan secara konsisten, setidaknya telah ada putusan yang secara tepat mewakili konsep praktik peradilan konstitusional oleh Mahkamah Agung seperti dijelaskan di atas. *Pertama*, Putusan Mahkamah Agung Nomor 45 PK/Pid.Sus/2009 (kasus Hillary K. Chimezie). *Kedua*, Putusan Mahkamah Agung Nomor 39 PK/Pid.Sus/2011 (kasus Hanky Gunawan). Kedua putusan bertolak dari *ratio decidendi* bahwa pidana mati bertentangan dengan hak untuk hidup yang dilindungi konstitusi, sehingga sanksi pidana mati yang dijatuhkan kepada terpidana dikonversi menjadi pidana penjara. Kedua putusan harus dianggap “menarik” karena ketentuan pidana mati sendiri, dalam UU Narkotika⁴⁷ yang menjadi dasar hukum kasus ini, sudah pernah diuji oleh Mahkamah Konstitusi dan dinyatakan tidak inkonstitusional. Tetapi oleh Majelis Hakim dalam perkara peninjauan kembali dinyatakan sebaliknya.

Dalam kasus Hillary K. Chimezie, Majelis Hakim memberikan pertimbangan hukum sebagai berikut:

Bahwa hukuman mati sangat bertentangan dengan ketentuan dalam pasal 28 A Undang-Undang Dasar 1945 (Setiap orang berhak untuk hidup serta berhak mempertahankan hidup dan kehidupannya) selain itu bertentangan pula dengan Pasal 1 ayat (1) jo. Pasal 4 Undang-Undang No. 39/1999 tentang Hak Asasi Manusia; Declaration of Human Rights article 3: “everyone has the right of life, liberty and security of person,” artinya: setiap orang berhak atas kehidupan, kebebasan dan keselamatan sebagai individu.⁴⁸

Sementara dalam kasus Hanky Gunawan, Majelis Hakim memberikan pertimbangan hukum:

⁴⁷ Sebutan resminya: Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1997 tentang Narkotika.

⁴⁸ Putusan Mahkamah Agung Nomor 45 PK/Pid.Sus/2009, 105.

- Bahwa mendasari Declaration of Human Right article 3: “everyone has the right to life, liberty and security of person”. Bahwa setiap orang berhak atas kehidupan, kebebasan dan keselamatan sebagai individu.
- Hukuman MATI bertentangan dengan Pasal 28 ayat 1 Undang-Undang Dasar 1945 dan melanggar Pasal 4 Undang-Undang No. 39 Tahun 1989 tentang HAM yang berbunyi: “Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kebebasan pribadi, pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dan persamaan di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan dan oleh siapa pun”.
- Bahwa dengan adanya klausul tidak dapat dikurangi dalam keadaan dan oleh siapa pun dapat diartikan sebagai tidak dapat dikurangi, dan diabaikan oleh siapa pun termasuk dalam hal ini oleh pejabat yang berwenang sekalipun, tidak terkecuali oleh putusan Hakim/Putusan Pengadilan.⁴⁹

Secara teknis-yudisial, pertimbangan hukum dua putusan di atas masih jauh dari memadai. *Pertama*, seharusnya Majelis Hakim memberikan interpretasi terlebih dulu terhadap makna hak untuk hidup. *Kedua*, Majelis Hakim seharusnya menanggapi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 2-3/PUU-V/2007 yang telah menyatakan bahwa pidana mati tidak bertentangan dengan hak untuk hidup untuk memberikan sinyal bahwa tengah berlangsung proses *constitutional dialogue* dalam menentukan makna ketentuan konstitusi antara Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi. Walaupun secara substansial setuju dengan sikap Majelis Hakim dalam kaitan dengan preskripsi yang penulis usulkan, namun kualitas pertimbangan hukumnya sendiri perlu menjadi catatan serius.

Makna tersirat dari dua putusan di atas adalah Putusan Mahkamah Konstitusi tidak mengikat kepada Majelis Hakim dalam perkara peninjauan kembali. Soal ini penulis berpendapat bahwa sikap tersebut konstitusional jika dikaitkan dengan pendapat sebelumnya di atas. Lepas dari itu, penulis sendiri, yang tidak setuju dengan pendirian Mahkamah Konstitusi tentang konstitusionalitas pidana mati, menyambut positif koreksi yang dilakukan oleh Majelis Hakim kasus Hillary K. Chimezie dan Hanky Gunawan.⁵⁰ Menanggapi temuan di atas, dan juga menguatkan argumen penulis sebelumnya, sudah selayaknya jika *enforcement* konstitusi, terutama perlindungan terhadap hak-hak konstitusional c.q. hak-hak

⁴⁹ Putusan Mahkamah Agung Nomor 39 PK/Pid.Sus/2011, 53-54.

⁵⁰ Titon Slamet Kurnia, *Interpretasi HAM oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia: The Jimly Court 2003-2008*, Bandung: Penerbit CV. Mandar Maju, 2015, h. 160-167.

asasi manusia, tidak dipercayakan hanya pada satu institusi saja, dalam hal ini Mahkamah Konstitusi, terlebih jika yang bersangkutan gagal dalam memberikan perlindungan atas hak-hak konstitusional tersebut. Secara asas atau prinsip kita boleh percaya kepada Mahkamah Konstitusi dalam fungsinya sebagai *the guardian of the Constitution*. Tetapi praktik mungkin menyatakan lain (seperti Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 2-3/PUU-V/2007 dan Nomor 84/PUU-X/2012). Upaya perlindungan terhadap hak-hak konstitusional belum sepenuhnya mampu dijalankan secara taat asas oleh Mahkamah Konstitusi, dan bahkan praktik peradilan konstitusionalnya masih kurang prediktabel.⁵¹

Oleh karena itu, komitmen untuk mewujudkan negara konstitusional sebagai proyeksi jangka panjang dari mekanisme peradilan konstitusional tidak dapat hanya dipercayakan kepada Mahkamah Konstitusi saja. Kasus-kasus pidana yang menjadi yurisdiksi peradilan biasa cukup rentan bersinggungan dengan hak-hak konstitusional karena kualitas undang-undang pidana kita yang masih kurang bagus, khususnya penuangan ketentuan pidana yang kurang “ramah” terhadap hak-hak konstitusional. Beberapa contoh yang relevan selain ancaman sanksi pidana mati, adalah: ancaman sanksi pidana tambahan kebiri kimia,⁵² tindak pidana penodaan agama,⁵³ tindak pidana pornografi,⁵⁴ dan lain-lain. Mendukung tesis tulisan ini, kita ternyata dapat menemukan preseden atas isu yang didiskusikan. Itu artinya, tesis tulisan ini juga memperoleh pembenaran praktis di dalam praktik oleh Majelis Hakim Mahkamah Agung sendiri, walaupun dapat ditemukan pula praktik yang bertolak belakang dengan ideal tersebut.⁵⁵ Penulis menilai bahwa situasi demikian masih wajar, walaupun secara kepastian hukum menjadi tanda tanya besar.

PENUTUP

Sistem paling baik adalah sistem yang mampu antisipatif terhadap kelemahan internalnya sendiri. Pelibatan Mahkamah Agung dalam fungsi sebagai “peradilan konstitusional” untuk menguji konstitusionalitas undang-undang konkuren

⁵¹ Bandingkan dengan Titon Slamet Kurnia, “Prediktabilitas Ajudikasi Konstitusional: Mahkamah Konstitusi dan Pengujian Undang-Undang,” *Jurnal Konstitusi*, Vol. 13, No. 2, 2016, h. 259-277.

⁵² Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2016 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2016 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak menjadi Undang-Undang.

⁵³ Pasal 156 dan 156a Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

⁵⁴ Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi.

⁵⁵ Putusan yang bertolak belakang dengan Putusan Mahkamah Agung Nomor 45 PK/Pid.Sus/2009 dan Nomor 39 PK/Pid.Sus/2011 adalah Putusan Mahkamah Agung Nomor 1613 K/PID.SUS/2015. Putusan ini meng-endorse Putusan Mahkamah Konstitusi No. 2-3/PUU-V/2007.

dengan kewenangan Mahkamah Konstitusi adalah bentuk kolaborasi paling memadai untuk menjawab isu tersebut. Dengan terbukanya semua mekanisme yang mungkin dalam menilai konstitusionalitas undang-undang, maka aspirasi untuk terwujudnya negara konstitusional dalam rangka *enforcement* konstitusi menjadi jauh lebih besar.

Seperti telah disampaikan, fokus tulisan ini adalah supaya praktik peradilan oleh Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya) tidak menjadi praktik yang legalistik. Oleh karena itu, asas praduga konstitusional tidak seyogianya berlaku bagi Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya), termasuk meskipun oleh Mahkamah Konstitusi sendiri sudah pernah dinyatakan bahwa undang-undang tersebut tidak inkonstitusional. Kemungkinan kekeliruan dalam interpretasi konstitusi yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi yang mengganggu pengejawantahan konsep negara konstitusional yang ideal harus dapat ditengahi dengan pelibatan Mahkamah Agung untuk menjalankan fungsi peradilan konstitusional seperti yang telah dijelaskan.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Alexander, Larry, “Constitutions, Judicial Review, Moral Rights and Democracy: Disentangling the Issues” dalam Grant Huscroft, ed., 2008, *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Asshiddiqie, Jimly, 2006, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta: Konstitusi Press.
- Bickel, Alexander M., 1986, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven: Yale University Press.
- Indrayana, Denny, 2007, *Amandemen UUD 1945: Antara Mitos dan Pembongkaran*, Bandung: Mizan.
- Dorf, Michael C., “Abstract and Concrete Review” dalam Vikram David Amar & Mark V. Tushnet, eds., 2009, *Global Perspectives on Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press.
- E. Sumaryono, 2002, *Etika dan Hukum: Relevansi Teori Hukum Kodrat Thomas Aquinas*, Yogyakarta: Penerbit Kanisius.

- Hamilton, Alexander, James Madison & John Jay (Terence Ball, ed.), 2003, *The Federalist with Letters of “Brutus”*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Kelsen, Hans, 1960, *General Theory of Law and State*, New York: Russell & Russell.
- Kurnia, Titon Slamet, 2013, *Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia: Sang Penjaga HAM*, Bandung: Penerbit PT. Alumni.
- _____, 2014, *Konstitusi HAM*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- _____, 2015, *Interpretasi Hak-Hak Asasi Manusia oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia: The Jimly Court 2003-2008*, Bandung: Penerbit Mandar Maju.
- Ratnapala, Suri, 2009, *Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Sajo, Andras, 1999, *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*, Budapest: Central European University Press.
- Soemantri, Sri, 1986, *Hak Menguji Material di Indonesia*, Bandung: Penerbit Alumni.

Jurnal

- Calabresi, Steven G., 2006, “The Tradition of the Written Constitution: Text, Precedent and Burke,” *Alabama Law Review*, Vol. 57, No. 3, h. 635-687.
- Carmi, Guy E., 2005, “A Constitutional Court in the Absence of a Formal Constitution? On the Ramifications of Appointing the Israeli Supreme Court as the Only Tribunal for Judicial Review,” *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 21, No. 1, h. 67-91.
- Edlin, Douglas E., 2010, *Judges and Unjust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review*, Ann Arbor: The University of Michigan Press.
- Fuller, Lon L., 1958, “Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart,” *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, 630-672.
- Gerber, Scott D., 2008, “The Court, the Constitution and the History of Ideas,” *Vanderbilt Law Review*, Vol. 61, No. 4, 1067-1126.
- Kurnia, Titon Slamet, 2016, “Prediktabilitas Ajudikasi Konstitusional: Mahkamah Konstitusi dan Pengujian Undang-Undang,” *Jurnal Konstitusi*, Vol. 13, No. 2, h. 259-277.
- Prakash, Saikrishna B., 2008, “The Executive’s Duty to Disregard Unconstitutional Laws,” *Georgetown Law Journal*, Vol. 96, No. 5, 1613-1683.
- Radbruch, Gustav, 2006, “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946),” *Oxford Journal of Legal Studies*, Vo. 26, No. 1, h. 1-11.

_____, 2006, "Five Minutes of Legal Philosophy (1945)," *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 1, h. 13-15.

Reinstein, Robert J., & Mark C. Rahdert, 2005, "Reconstructing *Marbury*," *Arkansas Law Review*, Vol. 57, No. 4, h. 729-833.

Tushnet, Mark, 2006, "Weak-Form Judicial Review and 'Core' Civil Liberties" *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 41, No. 1, h. 1-22.

Whittington, Keith E., 2007, *Political Foundations of Judicial Supremacy: The President, the Supreme Court and Constitutional Leadership in U.S. History*, New Jersey: Princeton University Press.

Zoethout, Carla M., "Reflections on Constitutionalism in the Netherlands" dalam Charla M. Zoethout, et.al., eds., 2003, *Control in Constitutional Law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.

Peraturan

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1997 tentang Narkotika.

Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah beberapa kali diubah terakhir dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2014 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2013 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi menjadi Undang-Undang.

Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi.

Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2016 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2016 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak menjadi Undang-Undang.

Putusan

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 2-3/PUU-V/2007.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 84/PUU-X/2012.

Putusan Mahkamah Agung Nomor 45 PK/Pid.Sus/2009.

Putusan Mahkamah Agung Nomor 39 PK/Pid.Sus/2011.

Putusan Mahkamah Agung Nomor 1613 K/PID.SUS/2015.

Peran Yurisprudensi dalam Sistem Hukum di Indonesia

The Roles of Case Law in Indonesian Legal System

Enrico Simanjuntak

Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Indonesia

Jl. Salemba No. 4 Jakarta Pusat

E-mail: enrico_simanjuntak@yahoo.com

Naskah diterima: 02/01/2018 revisi:29/08/18 disetujui: 06/12/2018

Abstrak

Karakteristik sistem hukum *common law* adalah hukum yang berorientasi kepada kasus (*case-law*), sedangkan sistem *civil law*, hukum berorientasi kepada undang-undang (*codified-law*). Namun peraturan perundang-undangan sebagai basis legalitas hukum dalam tradisi *Rechtstaats*, memiliki keterbatasan tersendiri. Peraturan perundang-undangan tidak pernah mengatur secara lengkap dan detail bagaimana pemenuhan aturan hukum dalam setiap peristiwa hukum, oleh karenanya yurisprudensi lah yang akan melengkapinya. Selain untuk mengisi kekosongan hukum, yurisprudensi merupakan instrumen hukum dalam rangka menjaga kepastian hukum. Tulisan ini berusaha mengkaji kedudukan yurisprudensi dikaitkan dengan tugas dan fungsi MK sebagai pengawal konstitusi, bukan sebagai penegak undang-undang. Metode analisis yang digunakan adalah studi pustaka dengan pendekatan perbandingan. Kesimpulan yang didapat dalam penelitian ini adalah bahwa yurisprudensi merupakan salah satu sumber hukum yang penting dalam tradisi *civil law*. Setiap diskursus tentang yurisprudensi dalam tradisi *civil law* mengisyaratkan bahwa tradisi *civil law* mengakui hukum selain yang tertuang dalam bentuk undang-undang, juga terdapat hukum yang bersumber dari hukum hakim (*judge made law*) (*rechtstellersrecht*) yang lebih dikenal dengan nama yurisprudensi (*jurisprudentierecht*).

Kata kunci : civil law, yurisprudensi, kepastian hukum

Abstract

The characteristics of the common law legal system are case-law, whereas the civil law system, the law is codified-law. However, legislation as the basis of legal legality in the tradition of Rechtstaats, has its own limitations. Legislation never regulates in full and detail how compliance with the laws in every legal

circumstances, therefore it is jurisprudence that will complement it. In addition to filling a legal vacuum, jurisprudence is a key legal instrument in order to maintain legal certainty. This paper seeks to examine the position of jurisprudence associated with the duties and functions of the Constitutional Court as a guardian of the constitution, not merely as statute enforcement. The analytical method used is a literature study with a comparative approach. The conclusion obtained in this study is that jurisprudence is an important source of law in the civil law tradition. Any discourse on jurisprudence in the civil law tradition implies that the civil law tradition recognizes law other than those contained in statutes, there is also a law that comes from judge made law (rechtstersrecht) better known as jurisprudence (jurisprudentierecht).

Keywords: *civil law, case-law, legal certainty*

PENDAHULUAN

Diantara berbagai definisi yurisprudensi, salah satu definisi yang umum dipahami dari pengertian yurisprudensi adalah pengertian yang digunakan oleh Soebekti yang menyebutkan pengertian yurisprudensi sebagai putusan-putusan hakim atau pengadilan yang tetap dan dibenarkan oleh Mahkamah Agung (MA) sebagai pengadilan kasasi, atau putusan-putusan MA sendiri yang tetap.¹ Dengan kata lain, selama ini secara umum pengertian yurisprudensi merupakan putusan MA yang bermuatan terobosan hukum sehingga terus-menerus diikuti oleh pengadilan-pengadilan di bawah hierarki MA, bahkan secara normatif terdapat ketentuan yang mengatur bahwa pengumpulan yurisprudensi adalah kewenangan eksklusif MA. Namun dalam perkembangan terkini ternyata istilah yurisprudensi juga digunakan untuk merujuk keterikatan putusan-putusan Mahkamah Konstitusi (MK) dalam beberapa isu hukum tertentu. Sebagai contoh, belum lama ini Oly Viana Agustine menyatakan dalam artikelnya bahwa yurisprudensi merupakan salah satu sumber hukum dalam pengujian undang-undang di MK. Yurisprudensi berlaku ketika majelis hakim meyakini bahwa putusan terdahulu masih relevan dengan permasalahan konstitusional saat ini.²

Dalam sistem *common law*, putusan badan peradilan menjadi sumber hukum utama (primer) sebagaimana halnya undang-undang dalam sistem *civil law*.

¹ Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN), *Peningkatan Yurisprudensi Sebagai Sumber Hukum*, Penelitian Hukum, Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional, 1992, h. 8-12.

² Oly Viana Agustine, "Keberlakuan Yurisprudensi pada Kewenangan Pengujian Undang-Undang dalam Putusan Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Konstitusi*, Volume 15, Nomor 3, September 2018, h. 643. Lihat juga misalnya Rimas Kautsar, "Putusan Mahkamah Konstitusi sebagai Yurisprudensi untuk Pembangunan Hukum di Indonesia", Makalah disampaikan dalam acara Kelompok Diskusi Terbatas "Penyusunan Modul Restatement: Mendorong Kualitas dan Akuntabilitas Hukum" yang diselenggarakan oleh Pusat Studi Hukum & Kebijakan Indonesia (PSHK), pada Rabu, 31 Mei 2017. Kompilasi yurisprudensi putusan MK di bidang hukum acara dapat dilihat pada Achmad Edi Subiyanto (penyunting), *Yurisprudensi Hukum Acara Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi*, Malang: Setara Press, 2014.

Perbedaan yang biasa dibuat antara kedua sistem adalah bahwa sistem hukum *common law* cenderung berpusat kepada kasus dan berpusat kepada hakim (*judge made-law*) karenanya, ruang untuk diskresi lebih luas, *ad hoc*, lebih bersifat pragmatis terhadap masalah tertentu yang diperiksa di pengadilan, sedangkan sistem hukum *civil law* cenderung mengodifikasikan prinsip-prinsip umum yang abstrak sehingga mempersempit diskresi hakim. Pada kenyataannya, kedua pandangan ini adalah ekstrim, dengan memperhatikan kecenderungan diskresioner dalam *common law* dan sampai mana ruang diskresi para hakim dalam *civil law*. Dalam pengertian ini, sudut pandang para *jurist* dalam tradisi *civil law*, melihat yurisprudensi sebagai suatu bentuk konkrit penemuan hukum yang kemudian diikuti oleh putusan hakim lain sebagai suatu kaidah hukum yang bersifat *general rules* sebagaimana layaknya isi suatu undang-undang (*statute, wet*).

Oleh karena MK bukanlah penegak undang-undang namun penegak konstitusi (*the guardian of constitution*), peluang dan momentum terobosan-terobosan hukum (*rules breaking*) yang bernilai yurisprudensi sangat terbuka lebar dilakukan oleh MK, dibandingkan peradilan konvensional yang banyak terikat oleh berbagai peraturan perundang-undangan. Perhatian tentang yurisprudensi dikaitkan dengan kedudukan MK bertambah menarik dan penting mengingat adanya pandangan bahwa konsistensi norma hukum dalam sistem hukum *civil law*, seperti pada umumnya dianut di Indonesia, akan lebih terjaga dengan adanya suatu lembaga khusus seperti MK yang kita kenal sekarang³.

Perumusan Masalah

Dalam kerangka meningkatkan perhatian terhadap yurisprudensi, tulisan ini akan menguraikan bagaimana sebenarnya pengertian dan kedudukan yurisprudensi dalam sistem hukum di Indonesia? Kendati tidak terlalu substansial namun perlu ditegaskan bahwa yurisprudensi sebagai salah satu sumber hukum juga meliputi yurisprudensi putusan MK, tidak hanya semata-mata putusan badan peradilan di lingkungan MA, yurisprudensi MK selain mengikat kepada MK jelas akan mengikat juga kepada badan peradilan lain sepanjang terkait dalam suatu permasalahan hukum konkret.

Metode Penelitian

Metode penelitian yang digunakan dalam penulisan menggunakan pendekatan hukum normatif yakni bertumpu kepada penelusuran bahan pustaka atau data

³ I.D.G Palguna, *Mahkamah Konstitusi, Dasar Pemikiran, Kewenangan, dan Perbandingan Dengan Negara Lain*, Jakarta: Konstitusi Press, 2018, h. 142-143.

sekunder.⁴ Data sekunder yang digunakan dalam kajian ini mencakup: (1) Bahan hukum primer yaitu bahan yang berasal dari otoritas tertentu yang bersifat mengikat dan resmi, yakni berbagai peraturan perundang-undangan (baik legislasi maupun regulasi) serta putusan badan peradilan (putusan Mahkamah Konstitusi); (2) Bahan hukum sekunder yaitu bahan yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer seperti hasil penelitian, hasil seminar, konferensi, simposium, hasil rumusan pelatihan hukum, hasil karya dari kalangan hukum lainnya yang bersifat otoritatif, dan seterusnya; (3) Bahan hukum tertier yaitu bahan yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder seperti kamus, ensiklopedia dan seterusnya.⁵ Langkah awal yang dilakukan adalah menghimpun bahan-bahan hukum yang dikategorikan sebagai bahan hukum primer, bahan hukum sekunder maupun bahan hukum tertier sebagaimana diuraikan pada paragraf sebelumnya di atas. Bahan-bahan hukum tersebut ditelusuri melalui studi kepustakaan dan penelusuran internet, lalu dikaji dengan menggunakan teori yurisprudensi dan teori konstitusionalisme, kemudian disinkronisasi pokok-pokok ide permasalahannya berupa konsep-konsep hukum, prinsip-prinsip atau asas-asas dipandang relevan untuk mencari jawaban sesuai dengan pokok bahasan.⁶

PEMBAHASAN

1. Beberapa Pengertian tentang Yurisprudensi

Dalam bidang ilmu hukum tata negara, secara umum, Jimly Asshiddiqie merumuskan ada tujuh macam sumber hukum tata negara yaitu: (a) Nilai-nilai konstitusi yang tidak tertulis; (b) Undang-undang dasar, baik pembukaannya maupun pasal-pasalanya; (c) Peraturan perundang-undangan tertulis; (d) Yurisprudensi peradilan; (e) Konvensi ketatanegaraan atau *constitutional conventions*; (f) Doktrin ilmu hukum yang telah menjadi *ius commisionis opinio doctorum*; (g) Hukum internasional yang telah diratifikasi atau telah berlaku sebagai hukum kebiasaan internasional⁷

⁴ Andrianto Dwi Nugroho, "Bahan Hukum Sekunder Dalam Penelusuran Karya Akademik" dalam Sigit Riyanto dkk., *Keterampilan Hukum, Panduan Mahasiswa, Akademisi dan Praktisi*, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2013, h. 179. Bahan hukum Sekunder dapat digolongkan atas bahan hukum sekunder dalam arti sempit dan bahan hukum sekunder dalam arti luas. Dalam arti sempit pada umumnya berupa buku-buku hukum yang berisi ajaran atau doktrin atau *treaties*; terbitan berkala berupa artikel-artikel tentang ulasan hukum atau *law review*; dan narasi tentang arti istilah, konsep, *phrase*, berupa kamus hukum atau ensiklopedi hukum. Dalam arti luas adalah bahan hukum yang tidak tergolong bahan hukum primer atau semua bahan yang bukan berasal dari sumber yang sifatnya otoritatif, termasuk segala karya ilmiah hukum yang tidak dipublikasikan atau yang dimuat di koran atau majalah populer. I Made Pasek Diantha, *Metodologi Penelitian Hukum Normatif Dalam Justifikasi Teori Hukum*, Jakarta: Prenada Media Grup, 2017, h. 144-145.

⁵ Burhan Ashshofa, *Metode Penelitian Hukum*, Cetakan Ke-4, Rineka Cipta, Jakarta, 2004, h. 104.

⁶ I Made Pasek Diantha, *Op. Cit.* h. 152-155.

⁷ Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, cet. ke-5, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2014, h. 121.

Sumber hukum merujuk kepada pengertian tempat dari asal muasal suatu nilai atau norma tertentu berasal, sedangkan dasar hukum ataupun landasan hukum, merupakan norma hukum yang mendasari suatu tindakan atau perbuatan hukum tertentu sehingga dapat dianggap sah, atau dapat dibenarkan secara hukum. Sumber hukum dapat dibedakan ke dalam dua pengertian dalam arti formal atau *formele zin (sources of law in its formal sense)* atau *in materiele zin (source of law in material sense)*⁸. Sumber hukum dalam arti formal dapat didefinisikan sebagai tempat formal dalam bentuk tertulis dari mana suatu kaidah hukum diambil, sedangkan sumber hukum dalam arti materil adalah tempat dari mana norma itu berasal, baik dari arti tertulis maupun tidak tertulis⁹.

Sedangkan menurut J.A. Pontier, pertama-tama adalah penting adalah untuk mengetahui sumber-sumber hukum apa yang digunakan hakim. Dalam doktrin, sebagai sumber hukum *formal* dan *mandiri* hanya diakui: traktat dan undang-undang (sumber-sumber dari hukum tertulis), dan yurisprudensi dan kebiasaan (sebagai sumber-sumber dari hukum tidak tertulis). Di dalam praktik hukum juga digunakan pengertian hukum yang “lebih luas”. Yang juga dipandang sebagai sumber hukum: asas-asas hukum (*rechtsbeginselen*), tuntutan kehati-hatian kemasyarakatan (*eisen van maatschappelijke zorgvuldigheid*), moral dan kesopanan (*fatsoen*), kewajaran atau kemasuk-akalan (*redelijkheid*) dan kelayakan (*billijkheid, fairness*), dan itikad baik (*goede trouw*)¹⁰.

Menurut Surojo Wignjodipuro, Apeldoorn tidak membenarkan menyebut yurisprudensi sebagai sumber hukum. Biasanya *Arrest-Arrest Hoge Raad* itu dijadikan pedoman oleh hakim-hakim bawahan sebab ini adalah jalan yang sebaik-baiknya untuk menghindari kasasi. Lama kelamaan *Arrest Hoge Raad* tersebut merupakan hukum objektif. Jadi terang disini berdasarkan kebiasaan dianggap sebagai keyakinan hukum umum. Jadi jelas bukan merupakan sumber hukum tersendiri¹¹. Berbeda dengan itu, Bellefroid tidak dapat membenarkan pendapat Apeldoorn. Bellefroid mengatakan bukan kebiasaan sebab tidak timbul karena kebiasaan tetapi didesak atau terdesak (takut di kasasi) dari atas. Seorang hakim tidak terikat oleh keputusan hakim lain. Apabila terjadi bahwa keputusan suatu hakim senantiasa dijadikan pedoman keputusan hakim-hakim lain terhadap peristiwa hukum tertentu yang sama, maka lahir hukum yang berlaku umum yang disebut Hukum Yurisprudensi¹². Made Darma Weda menyatakan dalam *common law*

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*, h. 126.

¹⁰ J.A. Pontier, *Rechtsvinding*, diterjemahkan B. Arief Sidharta, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1995), h. 11.

¹¹ Surojo Wignjodipuro, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Gunung Agung, 1982, h. 56.

¹² *Ibid.*

system, yurisprudensi tidak dikenal, dengan dasar bahwa seluruh *ius non scripta* (hukum tidak tertulis) terjalin melalui putusan pengadilan, yakni melalui *judge-made law*¹³. Secara harafiah memang yurisprudensi tidak dikenal dalam tradisi *common law*, namun secara esensial, apa yang dimaksud dengan yurisprudensi dalam tradisi *civil law* memiliki identifikasi kesamaan maksud dengan *doktrin stare decisis* dalam tradisi *common law*. Sebagai suatu pedoman istilah yurisprudensi di Indonesia harus dibedakan dengan istilah *Jurisprudence* dalam bahasa Inggris yang berarti ilmu hukum¹⁴. Istilah yurisprudensi dalam pengertian hukum di Indonesia dapat disamakan dengan *jurisprudentie* di Belanda atau istilah serupa dalam bahasa Perancis yaitu *jurisprudence*¹⁵. Dalam salah satu penelitian hukum tentang peningkatan yurisprudensi sebagai sumber hukum yang dilakukan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN) tahun 1991/1992, telah dikumpulkan beberapa definisi yurisprudensi, yaitu antara lain:

- a. Yurisprudensi yaitu peradilan yang tetap atau hukum peradilan (Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto);
- b. Yurisprudensi adalah ajaran hukum yang dibentuk dan dipertahankan oleh pengadilan (Kamus Pockema Andrea);
- c. Yurisprudensi adalah pengumpulan yang sistematis dari keputusan MA dan keputusan Pengadilan Tinggi yang diikuti oleh hakim lain dalam memberi keputusan dalam soal yang sama (Kamus Pockema Andrea)¹⁶;
- d. Yurisprudensi diartikan sebagai ajaran hukum yang dibentuk dan dipertahankan oleh Peradilan (Kamus Koenen endepols);
- e. Yurisprudensi diartikan sebagai pengumpulan yang sistematis dari putusan MA dan putusan Pengadilan Tinggi (yang tercatat) yang diikuti oleh hakim-hakim dalam memberikan putusannya dalam soal yang serupa (Kamus Van Dale);

¹³ Edward Simarmata, *Kedudukan dan Relevansi Yurisprudensi Untuk Mengurangi Disparitas Putusan Pengadilan*, Laporan Penelitian, Jakarta: Puslitbang Hukum dan Peradilan Mahkamah Agung RI, 2010, h. 117.

¹⁴ Suri Ratnapala menyatakan: "*Jurisprudence is an imprecise term. Sometimes it refers to a body of substantive legal rules, doctrines, interpretations and explanation that make up the law of a country: thus, English, French or German jurisprudence refers to the laws of England, France and Germany. Jurisprudence may also refer to the interpretations of the law given by a court. We speak in this sense of the constitutional jurisprudence of the US Supreme Court and the High Court of Australia, and the jurisprudence of The European Court of Human Rights. Jurisprudence in this sense is not synonymous with the law, but signifies the juristic approaches and doctrines associated with particular courts*". Suri Ratnapala, *Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009. h. 3.

¹⁵ Pasquer memberikan rumusan pengertian yurisprudensi yang berarti: "*Le droit objectif, qui se degage des arrest, rendus par les tribunaux*" Miftakhul Huda, *Op. Cit.*

¹⁶ Istilah yurisprudensi dalam Kamus Istilah Hukum Fockema Andreae, Belanda-Indonesia disebut dalam terma "*Jurisprudentie*", yurisprudensi, yang diartikan sebagai: "...peradilan (dalam pengertian umum, pengertian abstrak); khususnya ajaran hukum yang dibentuk dan dipertahankan oleh peradilan (sebagai kebalikan dari ajaran hukum/doctrine* dari pengarang-pengarang terkemuka), selanjutnya pengumpulan yang sistematis dari putusan-putusan Mahkamah Agung dan putusan Pengadilan Tinggi (yang tercatat) yang diikuti oleh hakim-hakim dalam memberikan putusannya dalam soal yang serupa. Putusan pengadilan yang penting di Negeri Belanda diumumkan dalam yurisprudensi Belanda, yang diterbitkan sekali seminggu". Mr. N.E. Algra et al, *Kamus Istilah Hukum Fockema Andreae*, Belanda-Indonesia, Jakarta: Binacipta, 1983, diterjemahkan oleh Saleh Adiniwita et al dari Mr. N.E. Algra & Mr. H.R.W. Gokkel, *Fockema Andrae's, Rechtgeleerd Handwoordenboek*, H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn, 1977., h. 228.

- f. Pendapat R. Subekti, Yurisprudensi adalah putusan-putusan hakim atau pengadilan yang tetap dan dibenarkan oleh MA sebagai pengadilan kasasi, atau putusan-putusan MA sendiri yang tetap (*constant*)¹⁷.

Mahadi menguraikan arti yurisprudensi bukan keputusan-keputusan hakim, bukan pula sebagai “rentetan-rentetan” keputusan, melainkan hukum yang terbentuk dari keputusan-keputusan hakim. Mahadi menyatakan umumnya yurisprudensi dimaksudkan sebagai rentetan keputusan-keputusan hakim yang sama bunyinya tentang masalah yang serupa. Lebih lanjut ia menyamakan yurisprudensi dengan istilah “*ijma*” dalam hukum Islam¹⁸. Sebagaimana dikemukakan Juynboll (1930), “*ijma*” yaitu “*de overeenstemmende meening van alle in zaker tijdperk levende moslimssche geleerden*”, yang artinya pendapat yang bersamaan di antara para ahli yang ada pada suatu masa¹⁹. Surojo Wignjodipuro yang menyatakan jika putusan hakim terhadap persoalan hukum tertentu menjadi dasar keputusan hakim-hakim lain, sehingga keputusan ini menjelma menjadi putusan hakim yang tetap terhadap persoalan/peristiwa hukum tertentu dimaksud, maka hukum yang termuat di dalam keputusan semacam itu dinamakan hukum yurisprudensi²⁰.

Yurisprudensi sekalipun memiliki fungsi yang penting namun tidak memiliki kedudukan hukum yang jelas di Indonesia, baik dalam tataran teori dan praktik. Bismar Siregar mengemukakan meskipun secara historis Indonesia mempunyai kedekatan keluarga dengan sistem hukum *civil law* melalui jaman penjajahan Belanda, namun belum ada pengertian baku mengenai apakah yang dimaksud dengan yurisprudensi itu²¹. Menurut Jimly Asshiddiqie kendati kedudukan yurisprudensi adalah sedemikian penting namun peranan yurisprudensi belum mendapat perhatian yang cukup, baik dalam pengajaran hukum maupun dalam praktik hukum, karena disebabkan beberapa faktor yakni:

Pertama, sistem pengajaran hukum kurang sekali menggunakan putusan hakim atau yurisprudensi sebagai bahan bahasan, yang disebabkan:

1. pengajaran hukum lebih menekankan penguasaan pengertian umum hukum, bersifat abstrak dalam bentuk generalisasi teoritik belaka;
2. sistem hukum yang berlaku menempatkan asas dan kaidah hukum yang bersumber pada peraturan perundang-undangan sebagai sendi utama hukum yang berlaku, dan kurang memperhatikan pengertian atau tafsiran baru atas ketentuan peraturan perundang-undangan melalui yurisprudensi;

¹⁷ Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN), *Op. Cit.*, h. 8-12.

¹⁸ Miftakhul Huda, *Yurisprudensi*, Majalah Konstitusi Edisi April 2010, h. 86.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Surojo Wignjodipuro, *Op. Cit.* h. 56.

²¹ Bismar Siregar, *Keadilan Hukum dalam Berbagai Aspek Hukum Nasional*, (Jakarta: Rajawali, 1986), hlm. 19.

3. publikasi yurisprudensi sangat terbatas sehingga tidak mudah untuk didapat dan dipelajari/dibahas;
4. kebijakan penelitian hukum yang memberi ke lapangan fasilitas untuk penelitian putusan hakim atau yurisprudensi²².

Kedua, dari segi praktik hukum, putusan hakim atau yurisprudensi *legally non binding*, karena sistem hukum Indonesia tidak menjalankan sistem *presedent*.

Namun, Sebastian Pompe membedakan makna *preseden* dengan yurisprudensi, baginya yurisprudensi merupakan putusan badan peradilan sedangkan *precedent* putusan yang mengikat hakim berikutnya. Ia mencontohkan di Belanda terdapat ketentuan yang mengharuskan *precedent* tersebut untuk diikuti. Dengan demikian doktrin *preseden* bukan hanya dikenal dalam tradisi *common law* namun juga dalam tradisi *civil law*. Hal ini semakin diperkuat dengan kecenderungan negara-negara anggota Uni Eropa yang kendati menganut tradisi *civil law*, namun semakin membuka ruang penerapan asas *precedent*. Hal ini dapat dilihat dari kecenderungan Mahkamah Eropa, *European Court of Justice (ECJ)*, baik dalam teori dan praktik *civil law*, untuk semakin mengakui manfaat pembentukan kaedah hukum dari hukum yurisprudensial (*case-law*)²³.

Di sisi lain, secara empiris, ajaran *precedent* pernah diterapkan di Prancis sekitar 150 tahun lalu, namun karena sering disalahgunakan oleh para *lawyer* sehingga mendorong terjadinya kodifikasi. Kini, dalam sistem hukum di Prancis, yurisprudensi tidak dengan sendirinya bersifat mengikat. Kendati demikian seperti yang dikemukakan oleh Blanc-Jouvan dan Boulouis: “*meskipun tidak memiliki otoritas yang mengikat secara de jure, tetapi keputusan yudisial setidaknya memiliki otoritas de facto. Otoritas ini bervariasi bergantung pada keadaannya*”.²⁴

Sebagai suatu wujud penemuan hukum, dasar yang biasa dijadikan rujukan bagi lahirnya yurisprudensi adalah Pasal 5 ayat (1) UU No. 48/2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyatakan: “*Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat*.” Maksud yang terkandung dari pasal itu adalah agar putusan hakim sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat. Ketentuan ini berkaitan dengan asas *iura curia novit*.²⁵ M. Yahya Harahap sebagaimana dikutip

²² Jimly Asshiddiqie dkk, *Putusan Monumental Menjawab Problematika Kenegaraan* Malang: Setara Press, 2016, h. 34-37.

²³ International Lecture of Sebastian Pompe, *Praktik Yurisprudensi di Negara Civil Law dalam Mendorong Konsistensi Putusan: Tantangan Pengadilan Indonesia Masa Kini*, Senin 5 Maret 2012, Jentera School of Law, Puri Imperium Office Plaza UG 15, Jalan Kuningan Madya Kav. 5-6, Jakarta Selatan

²⁴ Peter de Cruz, *Comparative Law in a Changing World* (London-Sydney : Cavendish Publishing Limited, 1999) diterjemahkan Narulita Yusron, *Perbandingan Sistem Hukum Common Law, Civil Law dan Socialist Law*, Jakarta-Bandung: Nusa Media bekerjasama dengan Diadit Media, 2010, h. 98-99.

²⁵ Dalam pasal 22 *Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesie (AB)* mengatur bahwa: “*hakim yang menolak untuk mengadakan keputusan terhadap perkara, dengan dalih undang-undang tidak mengaturnya, terdapat kegelapan atau ketidaktengkapan dalam undang-undang, dapat dituntut karena menolak mengadili perkara*”. Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang

oleh Edward Simarmata menguraikan adanya beberapa fungsi yurisprudensi, yaitu: (a) menciptakan standar hukum (*to settle law standard*); (b) menciptakan kesatuan landasan hukum yang sama (*unified legal framework*) dan kesatuan persepsi hukum yang sama (*unified legal opinion*); (d) menciptakan kepastian hukum; (e) mencegah terjadinya disparitas putusan pengadilan²⁶. Senada dengan pendapat M. Yahya Harahap tersebut di atas, Jazim Hamidi dan Winahyu Erwiningsih menyatakan secara lebih spesifik bahwa yurisprudensi selain sebagai sumber hukum, dalam dunia peradilan mempunyai beberapa fungsi, diantaranya: (1) Menegakkan adanya standar hukum yang sama dalam kasus/perkara yang sama atau serupa, dimana undang-undang tidak mengatur hal itu; (2) Menciptakan rasa kepastian hukum di masyarakat dengan adanya standar hukum yang sama; (3) Menciptakan adanya kesamaan hukum serta sifat dapat diperkirakan (*predictable*) pemecahan hukumnya; (4) Mencegah kemungkinan terjadinya disparitas perbedaan dalam berbagai putusan hakim pada kasus yang sama, sehingga kalaulah terjadi perbedaan putusan antara hakim yang satu dengan yang lain dalam kasus yang sama, maka jangankan sampai menimbulkan disparitas tetapi hanya bercorak sebagai variabel secara kasuistik. (5) Dengan demikian dapat dikemukakan bahwa yurisprudensi adalah manifestasi penemuan hukum²⁷.

2. Kriteria Yurisprudensi

Dari uraian sebelumnya terlihat bahwa terlepas dari berbagai pengertian tentang yurisprudensi namun terdapat ciri khas dari suatu istilah yurisprudensi yakni keterikatan hakim pada putusan-putusan terdahulu. Dalam beberapa hal pengertian seperti ini meningkatkan keterkaitan pengertian yurisprudensi dengan doktrin *stare decisis* dalam tradisi *common law*²⁸. Dalam sistem *common law* dapat dikatakan bahwa logika hukum hakim bersifat induksi karena kaidah-kaidah

diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya (Pasal 10 ayat (1) UU Kekuasaan Kehakiman)

²⁶ Edward Simarmata, *Op. Cit.*, h. 118.

²⁷ Jazim Hamidi, Winahyu Erwiningsih, *Yurisprudensi Tentang Penerapan Asas-Asas Umum Penyelenggaraan Pemerintahan Yang Layak*, Jakarta, PT. Tatanusa, 2000, h. 7-8.

²⁸ Charles J. Reid mengutip pendapat Blackstone bahwa intisari *stare decisis* atau preseden adalah penekanan putusan pengadilan terdahulu adalah bukan sebagai hukum melainkan prinsip otoritatif bukti hukum. Sehingga hukum dan putusan hakim tidak selalu dalam pengertian yang dapat dipertukarkan, atau pada saat bersamaan menjadi yang utama, dan paling otoritatif bukti sebagai bukti hukum. Karena kadang-kadang dapat terjadi hakim salah menerapkan hukum: "...And what did Blackstone teach regarding *stare decisis* and precedent? First of all, he stressed that the prior decisions of courts were not themselves law but 'the principal, and most authoritative evidence' of law. "So that the law and the opinion of the judges are not always convertible terms, or one and the same thing: since it sometimes may happen that the judge may mistake the law". Doktrin preseden dalam tradisi *common law* sendiri tidak bisa dilepaskan dari ajaran *stare decisis*. Pengertian "*stare decisis*" secara harafiah dalam bahasa Latin adalah: meneruskan keputusan ("*to stand upon the decisions*"). "*stare*" adalah infinitif dari kata kerja "*sto*", "*to stand*" (berdiri). "*Decisis*" adalah kata majemuk dari "*decido*", "*to decide*" dan ditempatkan. *The term stare decisis requires further explication. Of course, in Latin, its literal meaning is "to stand upon the decisions. Stare is the infinitive of the verb sto, "to stand." Decisis is the plural past participle of decido, "to decide," and is placed in the dative case, signifying that upon which one is standing. It has its origin in an old common-law maxim: stare decisis et non quieta movere ("stand on decisions and do not disturb that which is settled").* Charles J. Reid, Jr, "Judicial Precedent In The Late Eighteenth And Early Nineteenth Centuries: A Commentary on Chancellor Kent's Commentaries" <http://papers.ssrn.com/abstract=923220> Diakses 22 Mei 2017.

hukum dikembangkan dari kasus-kasus konkrit melalui *case-law* sehingga dikenal istilah *judge made law*. Istilah *case-law* sendiri mengacu kepada penciptaan dan penyempurnaan hukum dalam perjalanan keputusan pengadilan²⁹.

Hukum yurisprudensial (*case-law*) mengacu kepada penciptaan dan penyempurnaan hukum dalam merumuskan putusan pengadilan. Karena berorientasi kasus-kasus konkrit, dimana diantara serangkaian kasus tersebut kemudian disarikan kaidah hukum yang kemudian menjadi norma yang diterapkan dan diikuti dalam berbagai kasus serupa, doktrin preseden atau *stare decisis* menjadi jantung sistem hukum Inggris (atau sistem *common law* pada umumnya). Doktrin preseden yang mengikat (*the doctrine of binding precedent*), mengacu kepada fakta, dalam struktur hierarkis Peradilan di Inggris, putusan pengadilan lebih tinggi mengikat pengadilan lebih rendah secara hierarkis. Secara umum, ini berarti ketika hakim mengadili kasus-kasus, mereka akan memeriksa apakah permasalahan yang sama telah diputus oleh pengadilan sebelumnya³⁰. Apabila muncul suatu situasi atau serangkaian fakta-fakta seperti pernah terjadi sebelumnya, maka keputusan akan diberikan oleh pengadilan dapat diharapkan sama dengan keputusan yang dijatuhkan pada waktu itu.

H.R. Purwoto Gandasubrata mengungkapkan kelemahan sistem *stare decisis* atau *precedent* dengan alasan bahwa keterikatan kepada putusan-putusan terdahulu membuat putusan menjadi konservatif melihat kepada kejadian dan putusan masa lampau (*backward looking*) dan tidak menyesuaikan dengan perkembangan hukum masyarakat³¹. Sedangkan menurut Sebastian Pompe tidak akan terjadi kontradiksi antara penemuan hukum dengan yurisprudensi maupun ajaran *precedent*. Dalam konteks ini, konsistensi yang dikedepankan oleh doktrin *precedent* dianggap tidak akan mengurangi kebebasan hakim untuk melakukan penemuan hukum atau dengan kata lain yurisprudensi tidak akan mengekang kemandirian hakim³² Sebagaimana dikemukakan oleh Utrecht apabila seorang hakim mengikuti atau

²⁹ Istilah *case law* is that law created by judges in the course of deciding cases (hukum yang diciptakan oleh hakim dalam hal menyelesaikan perkara). The doctrine of *stare decisis* or *binding precedent* refers to the fact that courts are bound by previous decisions of courts equal to or above them in the court hierarchy. The House of Lords can now overrule its own previous rules; the Court of Appeal cannot. law decided by precedent : law established on the basis of previous verdicts, Microsoft® Encarta® 2009. © 1993-2008 Microsoft Corporation. All rights reserved.

³⁰ Jika preseden berasal dari pengadilan yang secara hirarkis lebih rendah kedudukannya, hakim dalam perkara berikutnya mungkin tidak akan mengikutinya, akan tetapi mempertimbangkannya. Atau sebagaimana dikemukakan oleh Gary Slapper & David Kelly: "The doctrine of binding precedent, or *stare decisis*, lies at the heart of the English legal system. The doctrine refers to the fact that, within the hierarchical structure of the English courts, a decision of a higher court will be binding on a court lower than it in that hierarchy. In general terms, this means that when judges try cases, they will check to see if a similar situation has come before a court previously. If the precedent was set by a court of equal or higher status to the court deciding the new case, then the judge in the present case should follow the rule of law established in the earlier case. Where the precedent is from a lower court in the hierarchy, the judge in the new case may not follow, but will certainly consider it". Gary Slapper & David Kelly, *The English Legal System*, Sixth edition, London: Cavendish Publishing Limited, 2003, h. 69.

³¹ H.R. Purwoto S. Gandasubrata, *Renungan Hukum*, untuk kalangan sendiri, Jakarta: Ikatan Hakim Indonesia (IKAHI) Cabang Mahkamah Agung RI, 1998, h. 292-293.

³² Sabastian Pompe, *Op. Cit.*

menurut menurut istilah Utrecht suatu putusan hakim lain, bukan berarti kondisi seperti ini dapat dipahami sebagai penundukan hakim lain kepada putusan hakim terdahulu. Menurut Utrecht ada 3 (*tiga*) sebab seorang hakim mengikuti keputusan hakim lain, yaitu: (1) karena putusan hakim mempunyai kekuasaan terutama keputusan Pengadilan Tinggi dan MA. Keputusan seorang hakim lebih tinggi diurut karena hakim ini adalah pengawas atas pekerjaan hakim di bawahnya pula karena jasa-jasanya dihormati oleh hakim-hakim bawahannya; (2) karena pertimbangan praktis. Seorang hakim yang memberi keputusan yang menyimpang dari putusan hakim yang lebih tinggi yang pernah dijatuhkan atas perkara yang sama, akan tidak dibenarkan pengadilannya apabila pihak yang tidak menerima keputusan itu minta banding; (3) karena sependapat dengan apa yang diputuskan oleh hakim terdahulu³³.

Bagi hakim, meski telah dijamin independensinya dengan asas kebebasan hakim, namun secara faktual ditemukan ada tiga alasan bagi hakim untuk mengikuti putusan hakim lain/sebelumnya, yaitu: (1) karena putusan hakim sebelumnya mempunyai kekuasaan (*gezag*), terutama putusan yang dibuat oleh pengadilan tinggi atau MA. Hal ini juga berkaitan dengan sisi psikologis hakim, dimana hakim akan menurut putusan hakim yang kedudukannya lebih tinggi; (2) karena alasan praktis, yaitu bila ada putusan hakim yang bertentangan dengan putusan hakim yang lebih tinggi atau tertinggi, maka pencari keadilan dapat mengajukan upaya hukum untuk membatalkan putusan tersebut; (3) karena persesuaian pendapat, dimana seorang hakim menyetujui putusan hakim lainnya tersebut³⁴.

Terkait hal ini, Benny Riyanto mengkritik anomali kebebasan hakim yaitu sikap hakim yang menyimpangi yurisprudensi dengan alasan setiap hakim bebas dan tidak terikat pada putusan hakim yang lebih tinggi atau putusan hakim sebelumnya, seperti halnya para hakim dalam sistem hukum *Anglo Saxon*.³⁵ Menurut Soenaryati Hartono, kebebasan hakim yang tanpa batas tersebut dalam kenyataannya akan menimbulkan ketidakpastian hukum dan anarki dalam yurisprudensi Indonesia, karena tidak ada yang bisa memperkirakan apa yang menjadi peraturan hukumnya³⁶.

³³ E. Utrecht dan Moh. Saleh Djindang, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Tjetakan Kesembilan, Jakarta: Ichtiar Baru, 1985, h. 125.

³⁴ Paulus Effendi Lotulung, "Yurisprudensi Dalam Hukum Administrasi Negara", Pidato Pengukuhan Sebagai Guru Besar Ilmu Hukum Administrasi Negara, Pada Fakultas Hukum Universitas Pakuan Bogor, Tanggal 24 September 1994, h. 22.

³⁵ R. Benny Riyanto, *Kebebasan Hakim Dalam Menutus Perkara Perdata di Pengadilan Negeri*, Disertasi, Semarang: Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, 2006, h. 92

³⁶ Soenaryati Hartono, "Peranan Hakim dalam Proses Pembentukan Hukum", Makalah disampaikan pada Seminar tentang Peranan Hakim dan Tanggung Jawab Hakim sebagai Pejabat Negara dalam Sistem Peradilan Indonesia", diselenggarakan oleh BPHN Departemen Kehakiman dan HAM, tanggal 2 Oktober 2002, h. 8.

Made Darma Weda menyatakan ada beberapa persyaratan untuk dapat dikatakan sebagai yurisprudensi, yaitu: (a) Putusan atas peristiwa hukum yang belum jelas peraturannya; (b) Putusan telah berkekuatan hukum tetap; (c) Putusan berulang kali dijadikan dasar hukum untuk memutus perkara sama; (d) Putusan telah memenuhi rasa keadilan masyarakat; (e) Putusan telah dibenarkan oleh MA³⁷. Sedangkan menurut beberapa hakim agung sebagaimana dikutip oleh Teguh Satya Bhakti³⁸, suatu putusan untuk sampai kepada tahapan menjadi yurisprudensi mekanisme yang ditempuh atau tahapan-tahapan prosesnya adalah sebagai berikut: (1) adanya putusan hakim yang berkekuatan hukum tetap; (2) atas perkara atau kasus yang diputus belum ada aturan hukumnya atau hukumnya kurang jelas, (3) memiliki muatan kebenaran, dan keadilan; (4) telah berulang kali diikuti oleh hakim berikutnya dalam memutus kasus yang sama; (5) telah melalui uji eksaminasi atau notasi oleh tim yurisprudensi hakim agung MA; (6) dan telah direkomendasikan sebagai putusan yang berkualifikasi yurisprudensi tetap.

Menurut Sudikno Mertokusumo yurisprudensi tetap, yaitu: *pertama*, bahwa dalam putusan hakim ditemukan adanya kaedah hukum yang dapat dianggap sebagai *landmark decision* karena kaidah hukum itu diterima masyarakat luas sebagai terobosan yang nyata atas suatu konflik hukum yang sudah lama berlangsung; *kedua*, kaidah hukum atau ketentuan dalam suatu keputusan kemudian diikuti secara konstan atau tetap oleh para hakim dalam putusannya dan dapat dianggap menjadi bagian dari keyakinan hukum yang umum³⁹. Sedangkan, Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN) merumuskan bahwa sebuah putusan dikatakan sebagai yurisprudensi tetap apabila sekurang-kurangnya memiliki 5 (*lima*) unsur pokok yaitu: (a) Keputusan atas suatu peristiwa yang belum jelas pengaturan perundang-undangnya; (b) Keputusan itu merupakan keputusan tetap; (c) Telah berulang kali diputus dengan keputusan yang sama dan dalam kasus yang sama; (d) Memiliki rasa keadilan; (e) Keputusan itu dibenarkan oleh MA⁴⁰

Paulus Effendie Lotulung menyatakan: "*ukuran yang dipakai untuk menentukan apakah yurisprudensi itu merupakan yurisprudensi tetap atau tidak tetap, tidaklah didasarkan pada hitungan matematis yaitu berapa kali sudah diputuskan yang sama mengenai kasus yang sama, tetapi ukurannya lebih ditekankan kepada muatannya yang secara prinsipil berbeda*"⁴¹. Sedangkan, M. Hatta Ali menyatakan bahwa

³⁷ Edward Simarmata, *Loc. Cit.*, h. 117.

³⁸ Teguh Satya Bhakti, *Op. Cit.* h. 119.

³⁹ Sudikno Mertokusumo, *Sejarah Peradilan dan Perundang-Undangannya di Indonesia Sejak 1942 dan Apakah Kemanfaatannya Bagi Kita Bangsa Indonesia*, Yogyakarta: Universitas Atmajaya, 2011, h. 56.

⁴⁰ Mahkamah Agung, *Naskah Akademis Tentang Pembentukan Hukum Melalui Yurisprudensi*, Jakarta: Mahkamah Agung, 2005, h. 28.

⁴¹ Paulus Effendie Lotulung, *Peranan Yurisprudensi Sebagai Sumber Hukum*, Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman, 1997, h. 9.

kriteria yurisprudensi tetap adalah telah mentransformasi secara konstan hukum yang hidup dalam suatu masyarakat dan telah diikuti oleh berbagai putusan sebelumnya, sehingga yurisprudensi tetap tersebut telah melakukan penciptaan hukum (*rechtsschepping*)⁴². Menurut hemat Penulis, sangat sulit menemukan penjelasan teoritis dibalik istilah yurisprudensi tetap dan tidak tetap tersebut. Penulis berpendapat bahwa dikotomi yurisprudensi tetap dan tidak tetap ini mengandung permasalahan apabila dikaitkan dengan asas *similia similibus* yang harus terpenuhi dari setiap putusan badan peradilan yakni agar unsur kepastian hukum, prediktabilitas dan persamaan hukum dalam asasnya secara bersyarat terikat pada putusan-putusan terdahulu yang relevan. Berbagai uraian di atas menghadirkan pertanyaan terkait kedudukan dan kekuatan mengikat yurisprudensi tidak tetap, artinya apabila yurisprudensi tetap bersifat mengikat lantas apakah yurisprudensi tidak tetap menjadi tidak mengikat atau dengan kata lain menjadi tidak wajib untuk diikuti?

Suatu putusan hakim yang baik akan dijadikan yurisprudensi, yaitu hukum positif yang berlaku secara umum yang lahir atau berasal dari putusan hakim, dimana asas atau kaidahnya menjadi bersifat umum dan dapat dipergunakan sebagai dasar pertimbangan hukum bagi siapa saja⁴³. Secara substansial suatu putusan yang berkarakter yurisprudensi, sehingga diikuti oleh hakim-hakim lain, adalah putusan yang mengandung nilai terobosan hukum. Putusan pengadilan yang mengandung nilai terobosan menurut M. Yahya Harahap: (1) Bisa berupa penyimpangan dari putusan-putusan Pengadilan sebelumnya; (2) Putusan mengandung nilai penafsiran baru atas rumusan undang-undang yang berlaku; (3) Putusan mengandung asas-asas baru: dari asas sebelumnya, atas penemuan asas baru; (4) Bisa pula berupa Putusan *contra legem*⁴⁴. Sedangkan yang dimaksud dengan putusan diikuti secara konstan: (1) Bisa dalam bentuk secara murni mengikutinya; (2) Atau dipedomani dan diikuti *case by case* atau secara kasuistik, (3) Maupun dipedomani yang dibarengi dengan modifikasi. Dengan demikian dapat dilihat, tidak mudah untuk menjadikan suatu putusan menjadi Yurisprudensi, diperlukan persyaratan bahwa putusan tersebut tidak menjadi *stare decisis* dalam arti, putusan tersebut: (1) Secara berlanjut diikuti; (2) Hal itu berlangsung dalam jangka waktu yang relatif lama; (3) Sehingga jumlah putusan yang seperti itu telah banyak jumlahnya.

⁴² M. Hatta Ali, "Peran Hakim Agung Dalam Penemuan Hukum (*Rechtsvinding*) dan Penciptaan Hukum (*Rechtsschepping*) Pada Era Reformasi dan Transformasi", dalam Mahfud, MD dkk, *Komisi Yudisial dan Reformasi Peradilan*, Jakarta: Komisi Yudisial, 2007, h. 86-87.

⁴³ Bagir Manan. *Hukum Positif Indonesia, Satu Kajian Teoritik* (Yogyakarta: FH UII Press, 2004), h. 33-34.

⁴⁴ M. Yahya Harahap, *Beberapa Tinjauan Mengenai Sistem Peradilan dan Penyelesaian Sengketa*, Bandung: Citra Aditya Bhakti, 1997, h. 450.

Berdasarkan Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) No. 2/1972 tentang Pengumpulan Yurisprudensi, ditentukan bahwa demi terwujudnya kesatuan hukum maka hanya MA satu-satunya lembaga konstitusional yang bertanggung-jawab mengumpulkan yurisprudensi yang harus diikuti oleh hakim dalam mengadili perkara. Surat Edaran tentang pengumpulan yurisprudensi tersebut sampai saat ini belum pernah dicabut oleh MA dan masih tercantum dalam Himpunan SEMA dan Perma Tahun 1951-2007 yang diterbitkan oleh MA pada tahun 2007, dengan demikian masih berlaku dan menjadi pedoman dalam pengumpulan, penerbitan dan publikasi yurisprudensi. Selanjutnya Teguh Satya Bhakti⁴⁵ mengemukakan dengan mengutip pendapat Dani Elfah bahwa dengan memperhatikan isi atau substansi dari SEMA No. 2/1972 tersebut, aspek-aspek yang perlu mendapat perhatian adalah: (a) Wewenang dan tanggung jawab konstitusional untuk mengumpulkan yurisprudensi hanya ada pada MA, institusi di luar MA baik Pemerintah maupun swasta tidak mempunyai wewenang, kecuali telah dibicarakan terlebih dahulu; (b) tujuan dari wewenang dan tanggung jawab konstitusional tersebut adalah untuk menjaga *eenheid in de recht-spraak* (kesatuan/keseragaman peradilan); (c) Suatu putusan baru mempunyai sifat *richt-lijn* (pedoman/petunjuk yang harus diikuti oleh hakim dalam mengadili perkara) adalah perkara-perkara yang di tingkat kasasi telah diteguhkan hukumnya baik dengan mengadili sendiri maupun dengan menolak kasasi; (d) Putusan-putusan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap tanpa melalui kasasi tidak mempunyai sifat *richt-lijn*.

Seiring perkembangan diskursus kesadaran konstitusi, Putusan MK yang muatannya sederajat dengan undang-undang kini semakin banyak mempengaruhi dan menentukan arah perjalanan kemajuan hukum di tanah air. Sebagaimana kita ketahui bersama bahwa peraturan perundang-undangan adalah bersifat umum-abstrak, yang tidak menyediakan peraturan khusus untuk setiap peristiwa kongkret. Peran hakimlah yang harus mencari hukumnya bagi setiap peristiwa kongkret melalui putusannya⁴⁶. Oleh karena itu, sudah sewajarnya jika yurisprudensi sebagai salah satu sumber hukum juga meliputi putusan-putusan MK, tidak hanya semata-mata putusan badan peradilan di lingkungan MA, yurisprudensi MK selain mengikat kepada MK jelas akan mengikat juga kepada badan peradilan lain sepanjang terkait dalam suatu permasalahan hukum kongkret. Sebagai penafsir final konstitusi, muatan putusan MK selain mengikat berdasarkan amar diktum

⁴⁵ Teguh Satya Bhakti, *Pembangunan Hukum Administrasi Negara Melalui Putusan-Putusan Peradilan Tata Usaha Negara*, Jakarta: Puslitbang Hukum dan Peradilan Badan Litbang Diklat Kumdil Mahkamah Agung Republik Indonesia, 2017, h. 104.

⁴⁶ Sudikno Mertokusomo, *Sejarah Peradilan dan Perundang-Undangannya di Indonesia Sejak 1942 dan Apakah Kemanfaatannya Bagi Kita Bangsa Indonesia*, Yogyakarta: Universitas Atmajaya, 2011, h. 77.

putusannya, namun *obiter dicta* maupun *ratio decidendi*, setiap pertimbangan hukum putusan MK memiliki pengaruh yang kuat dan menentukan bagi pengembangan hukum lain, termasuk para hakim di luar institusi MK.

3. Urgensi Perluasan Kategori Yurisprudensi

Dalam setiap perkara yang diadilinya, Putusan MK yang bersifat final dan mengikat merupakan pembeda utama sifat putusannya dengan putusan badan peradilan biasa (*ordinary court*) atau dengan putusan kasasi MA (*cassation court*)—kecuali dalam perkara tertentu yang juga langsung bersifat mengikat seperti dalam putusan hak uji materi, hak uji pendapat, diskualifikasi calon kepala daerah dsb. Artinya, putusan MK tidak membuka ruang upaya hukum lebih lanjut sedangkan putusan kasasi MA masih terbuka ruang untuk diajukan peninjauan kembali. Pada titik ini, ruang penemuan hukum, sekaligus upaya menjaga kesatuan hukum bagi hakim MK dengan sendirinya secara kualitatif akan lebih luas dibandingkan *counterpart*-nya di MA dan peradilan biasa. Kedudukan MK dalam sistem hukum di Indonesia tidak ubahnya seperti Mahkamah Eropa, *European Court of Justice (ECJ)*, yang bertugas menjaga kesatuan hukum komunitas Eropa berdasarkan konstitusi atau kesepakatan bersama Uni Eropa. Dalam menegakkan hukum bersama *ius commune*, Mahkamah Eropa selain berpedoman kepada hukum tertulis juga banyak berpatokan kepada hukum tidak tertulis (*principle*) yang kemudian dikodifikasikan. Sehingga, meskipun negara-negara anggota Uni Eropa sebagian besar menganut tradisi *civil law* namun Mahkamah Eropa semakin mengakui manfaat pembentukan kaedah hukum dari hukum yurisprudensial (*case-law*).⁴⁷

Dalam konteks hukum di Indonesia peran MK sebagai penafsir final konstitusi ibaratnya adalah jantung hukum yang menggerakkan sendi-sendi utama hukum di Indonesia. Jimly Asshiddiqie mengungkapkan bahwa pengertian konstitusi harus dibedakan dengan UUD 1945 yang mempunyai pengertian yang lebih sempit. UUD adalah konstitusi dalam arti sempit, yaitu konstitusi tertulis⁴⁸. Di samping itu, menurut Jimly masih terdapat pengertian konstitusi yang tidak tertulis dan bahkan nilai-nilai fundamental dan filosofis yang terdapat dalam kandungan substantif naskah UUD 1945 sebagai konsitusi tertulis itu. Naskah UUD 1945 hanyalah wujud atau jasadnya, sedangkan Pancasila dan nilai-nilai yang

⁴⁷ Sebagaimana dikemukakan oleh Jean-Claude Pirijs: "Actually, this case-law had already been codified, although not so clearly for non-specialists, in paragraph 2 of the Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality, annexed to the EC Treaty by the Treaty of Amsterdam, which reads 'The application of the principles of subsidiarity and proportionality . . . shall not affect the principles developed by the Court of Justice regarding the relation-ship between national and Community law.' The primacy rule is a classic principle in multi-layered legal orders such as federal States..." Jean-Claude Pirijs, *The Constitution For Europe, A Legal Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, h. 83.

⁴⁸ Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan Baru Tentang Konstitusi dan Konstitusionalisme Dalam Teori dan Praktek*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2018, h. 3.

terkandung dalam pembukaan UUD 1945 beserta nilai-nilai fundamental yang hidup dalam masyarakat sebagai kebudayaan konstitusi dalam praktik merupakan roh atau jiwa bangsa yang harus pula dipahami sebagai bagian dari pengertian yang tidak tertulis dari konstitusi. Dengan cara pandang seperti ini menurut Jimly Asshidiqie maka konstitusi harus dipahami sebagai sumber rujukan tertinggi yang dalam praktiknya harus tercermin dalam suatu sistem konstitusionalisme yang berfungsi dalam kenyataan.⁴⁹

Persoalannya adalah ketentuan konstitusi pada umumnya berisi kata-kata atau kalimat-kalimat yang umum dan abstrak, sehingga dapat ditafsirkan dengan berbagai makna. Dalam hal ini Goldsworthy menegaskan bahwa ketentuan konstitusi seringkali bersifat ambigu, tidak jelas, kontradiktif, tidak cukup eksplisit, dan samar-samar dalam menyelesaikan sengketa konstitusional yang harus diputuskan oleh hakim.⁵⁰ Oleh karena itu, diperlukan aktivitas penafsiran terhadap teks konstitusi tersebut, khususnya yang dilakukan oleh hakim di pengadilan dengan cara-cara tertentu untuk mengetahui maknanya secara tepat. Dalam konteks ini, tepatlah pandangan Ronald Dworkin yang menyatakan bahwa hukum adalah penafsiran (*law as interpretation*).⁵¹

Kewenangan MK khususnya dalam pengujian konstitusionalitas suatu undang-undang, dengan terobosan putusan-putusan yang menyatakan norma hukum baru dalam putusan maupun menyatakan konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) atau inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*) suatu norma, merupakan keistimewaan tersendiri dalam upaya menciptakan kaidah-kaidah hukum baru atau norma-norma hukum baru. Dalam kedudukan dan kondisi seperti ini, tugas dan fungsi MK untuk menjaga konsistensi hukum agar sesuai dengan supremasi konstitusi melalui praktik peradilan (*case-law*) yang memiliki karakter yurisprudensial adalah sangat strategis dan penting, bukan hanya bagi para pihak berperkara namun bagi keberlangsungan tatanan sistem hukum di Indonesia. Mengacu kepada teori perundang-undangan Kelsen bahwa setiap norma hukum, semakin ke bawah akan semakin individual dan semakin konkrit. Hans Kelsen berpendapat, undang undang dan kebiasaan adalah produk setengah jadi yang diselesaikan hanya melalui putusan pengadilan. Proses dimana hukum secara konstan memperbaharui diri dari umum dan abstrak menuju individual dan konkrit adalah suatu proses peningkatan menuju individualisasi dan konkretisasi.

⁴⁹ *Ibid.*, h. 4.

⁵⁰ Jeffrey Goldsworthy, *Interpreting Constitutions : A comparative Study*, Oxford and New York: Oxford University Press, 2006), h. 689.

⁵¹ Ronald Dworkin, "Law as Interpretation", *Critical Inquiry*, September 1982, h. 194.

Di sisi lain, Hans Kelsen mengemukakan bahwa karakter preseden hanya dapat terjadi jika keputusan tersebut bukan merupakan aplikasi norma umum hukum substantif yang ada, yaitu jika pengadilan bertindak sebagai legislator. Fungsi pembuatan hukum (*law-creating function*) dari pengadilan mewujudkan khususnya ketika keputusan yudisial memiliki karakter preseden, dan ini artinya ketika keputusan yudisial menciptakan norma umum. Dalam suatu sistem hukum yang memberikan karakter preseden terhadap putusan yudisial yang menciptakan norma baru, pengadilan adalah legislatif sama dengan organ yang disebut legislatif dalam arti sempit dan biasa. Pengadilan adalah pembuat norma hukum umum⁵².

Pada masa kini, adagium "*hakim sebagai mulut undang-undang*" sudah ditinggalkan, bahkan di negara dengan sistem hukum kontinental sekalipun, seperti Belanda, yang akar hukumnya sama dengan hukum kita. Sekarang di Belanda, putusan hakim, khususnya yurisprudensi, semakin dianggap sebagai sumber hukum yang penting. Dengan demikian terjadi pertemuan yang semakin dekat antara sistem *common law* dan Kontinental. Sangat disadari bahwa hakim itu memiliki kedudukan strategis sebagai pembuat hukum kedua (*secondary legislature*), setelah parlemen (*primary legislature*). Dengan otonomi yang ada padanya, hakim berkesempatan emas untuk membuat hukum baru melalui putusan-putusannya, apalagi ketika hukum lama sudah tidak memadai⁵³. Richard A. Posner mengatakan hakim akan lebih baik dipandu oleh kecerdasan buatan (*digitized artificial intelligence programs*) jika semata-mata hanya menerapkan aturan teks hukum sebagaimana *adanya* bukan sebagaimana *seharusnya*⁵⁴.

Ditinjau dari sudut pandang sosiologis, para hakim semakin dituntut dalam setiap putusannya untuk ikut memperhitungkan semua perkembangan penting dalam masyarakat. Mereka harus mampu menghadapi perubahan-perubahan kondisi sosial, ekonomi, teknis, moral dan kondisi-kondisi lain. Undang-undang modern tidak hanya membuat ketentuan-ketentuan hukum yang seharusnya mengatur hubungan-hubungan yang relatif mudah di antara para warga negara. Banyak undang-undang modern yang mengarah pada sasaran-sasaran tertentu dalam bidang ekonomi, kesejahteraan dan sosial, dll. Kompleksitas hubungan-hubungan sosial dalam sebuah masyarakat modern sudah meningkat secara fundamental. Dalam bidang-bidang ini pengadilan-pengadilan harus mengembangkan hukum mereka sendiri dan kadang-kadang harus mengambil

⁵² Jimly Asshiddiqie dan Ali Safa'at, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2006, h. 132-133.

⁵³ Sulistyowati Irianto. *Hukum dan Hakim*, Kompas, Rabu, 16 Oktober 2013.

⁵⁴ Richard A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge & London: Harvard University Press, 2008, h. 29.

alih tugas-tugas yang semula harus diisi oleh legislator. Para hakim digunakan sebagai pengganti sementara. Hal ini tampaknya tak dapat dihindari dan orang hanya dapat berharap dan orang hanya dapat berharap hal ini dapat membawa penalaran ke dalam proses pembuatan keputusan⁵⁵

Sebagaimana yang dikenal dalam doktrin *stare decisis* atau *binding precedent* (hakim wajib mengikuti putusan yang lebih tinggi atau atau lebih dahulu), dalam konteks ini diperlukan perhatian lebih besar terhadap kedudukan yurisprudensi setiap badan peradilan, terutama putusan-putusan MK. Konsepsi tradisi *civil law* yang melihat bahwa hakim tidak terikat oleh putusan hakim terdahulu hendaknya tidak dilihat sebagai justifikasi bahwa dalam tradisi *civil law* tidak mengenal ajaran *precedent* sebagaimana dikenal dalam tradisi *common law*. Sebagaimana diuraikan secara singkat di atas, bahwa di negara-negara kampiun tradisi *civil law* seperti Belanda dan Prancis juga dikenal asas *precedent*, sehingga tidak benar dengan dalih kebebasan hakim, hakim di Indonesia menjadi bebas begitu saja untuk tidak memperhatikan kaidah-kaidah hukum dalam putusan-putusan sejenis dalam kasus *in concreto*. Kendati demikian memang harus diakui perlu kajian lebih mendalam untuk mengetahui mengapa sistem hukum Indonesia yang berasal atau mengakar dari tradisi hukum Belanda yang sejatinya mengenal doktrin *precedent*, namun kemudian dalam sistem hukum Indonesia, kepastian dan kekuatan doktrin ini tidak jelas dan kuat, dan tidak mendapat perhatian baik dari kalangan praktisi maupun akademisi hukum.

PENUTUP

Dari seluruh uraian di atas dapat disimpulkan bahwa fungsi yurisprudensi adalah sangat penting karena selain untuk mengisi kekosongan hukum juga penting untuk mewujudkan standar hukum yang sama/kepastian hukum. Peraturan perundang-undangan tidak pernah mengatur secara lengkap dan detail, oleh karenanya yurisprudensi lah yang akan melengkapinya. Dengan adanya standar hukum yang sama, maka dapat diciptakan rasa kepastian hukum di masyarakat, dan mencegah adanya disparitas putusan. Dengan diciptakannya rasa kepastian hukum dan kesamaan hukum terhadap kasus yang sama, maka putusan hakim akan bersifat dapat diperkirakan dan terbuka. Sehubungan dengan hal tersebut, dalam konteks yurisprudensi sebagai sumber hukum bagi hakim dalam mengadili perkara, beberapa langkah kongkrit dalam mengefektifkan peran yurisprudensi,

⁵⁵ Dieter C. Umbach, *Kisah Keberhasilan Eropa-Mahkamah-Mahkamah Konstitusi: Beberapa Aspek Teoritis, dalam Tugas dan Tantangan Mahkamah Konstitusi di Negara-Negara Transformasi Dengan Contoh Indonesia*, Norbert Eschborn (Ed), Jakarta: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, h. 8-9.

dapat dilakukan antara lain melalui pertama penegasan kualifikasi yurisprudensi. Dewasa ini dalam rangka menjaga konsistensi hukum dan mengisi kekosongan hukum, MA selain mengeluarkan yurisprudensi juga semakin intens menerbitkan putusan-putusan yang bersifat *landmark decision* dan/atau penerbitan surat-surat edaran. Oleh karena itu demi kepentingan pengembangan praktik dan teori ilmu hukum diperlukan penegasan batasan masing-masing kedudukan yurisprudensi. Dalam hal ini perlu dipertimbangkan kualifikasi yurisprudensi di luar putusan kasasi atau PK MA, mengingat banyaknya jenis perkara yang tidak harus sampai ke MA. Di samping itu ruang lingkup yurisprudensi perlu juga mengaitkannya dengan putusan-putusan MK sebagai salah satu sumber hukum terpenting di luar produk legislasi dan regulasi.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Asshiddiqie, Jimly, 2018, *Perkembangan Baru Tentang Konstitusi dan Konstitusionalisme Dalam Teori dan Praktek*, Yogyakarta: Genta Publishing.
- _____, 2014, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, cet. ke-5, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada.
- _____, dkk, 2016, *Putusan Monumental Menjawab Problematika Kenegaraan* Malang: Setara Press.
- _____, 2006, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jilid II, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI.
- _____, dan Ali Safa'at, 2006, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi.
- Ali, M. Hatta. "Peran Hakim Agung Dalam Penemuan Hukum (*Rechtsvinding*) dan Penciptaan Hukum (*Rechtsschepping*) Pada Era Reformasi dan Transformasi", dalam Mahfud, MD dkk, *Komisi Yudisial dan Reformasi Peradilan*, 2007, Jakarta: Komisi Yudisial.
- Algra, N.E. *et al*, 1983, *Kamus Istilah Hukum Fockema Andreae*, Belanda-Indonesia, Jakarta: Binacipta, diterjemahkan oleh Saleh Adiniwita et all dari Mr. N.E. Algra & Mr. H.R.W. Gokkel, *Fockema Andrae's, Rechtgeleerd Handwoordenboek*, H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn, 1977.
- Ashshofa, Burhan, 2004, *Metode Penelitian Hukum*, Rineka Cipta, Cetakan Ke-4, Jakarta.

- Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN), 1992, *Peningkatan Yurisprudensi Sebagai Sumber Hukum*, Penelitian Hukum, Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional.
- Brown, L. Neville and John S. Bell, 1998, *French Administrative Law*, Fifth Edition, Oxford: Oxford University Press.
- Bhakti, Teguh Satya. 2017, *Pembangunan Hukum Administrasi Negara Melalui Putusan-Putusan Peradilan Tata Usaha Negara*, Jakarta: Puslitbang Hukum dan Peradilan Badan Litbang Diklat Kumdil Mahkamah Agung Republik Indonesia.
- Cruz, Peter de. 1999, *Comparative Law in a Changing World*, London-Sydney : Cavendish Publishing Limited, diterjemahkan Narulita Yusron, *Perbandingan Sistem Hukum Common Law, Civil Law dan Socialist Law*, (Jakarta-Bandung: Nusa Media bekerjasama dengan Diadit Media, 2010)
- Dicey, A.V. 1915, *Introduction to the Study of The Law of The Constitution*, London: Liberty Fund, Macmillan, 1915
- Diantha, I Made Pasek, 2017, *Metodologi Penelitian Hukum Normatif Dalam Justifikasi Teori Hukum*, Jakarta: Prenada Media Grup.
- Gandasubrata, H.R. Purwoto S. 1998, *Renungan Hukum*, untuk kalangan sendiri, Jakarta: Ikatan Hakim Indonesia (IKAHI) Cabang Mahkamah Agung RI.
- Harahap, M. Yahya. 1997, *Beberapa Tinjauan Mengenai Sistem Peradilan dan Penyelesaian Sengketa*, Bandung: Citra Aditya Bhakti.
- Hamidi, Jazim dan Winahyu Erwiningsih, 2000, *Yurisprudensi Tentang Penerapan Asas-Asas Umum Penyelenggaraan Pemerintahan Yang Layak*, Jakarta, PT. Tatanusa, 2000.
- Lotulung, Paulus Effendie. 1997, *Peranan Yurisprudensi Sebagai Sumber Hukum*, Jakarta : Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman, 1997.
- Lotulung, Paulus Effendie. 1996, *Eksistensi Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 Dalam Menunjang Pemerintahan Yang Bersih, Kuat dan Berwibawa*, dalam Butir-Butir Gagasan Tentang Penyelenggaraan Hukum dan Pemerintahan Yang Layak (Sebuah Tanda Mata Bagi 70 Tahun Prof. Dr. Ateng Syafrudin, S.H.), B. Arief Sidharta, S.H. dkk (Editor)., Bandung: Citra Aditya Bhakti.
- Lotulung, Paulus Effendi. 1994, "*Yurisprudensi Dalam Hukum Administrasi Negara*", Pidato Pengukuhan Sebagai Guru Besar Ilmu Hukum Administrasi Negara, Pada Fakultas Hukum Universitas Pakuan Bogor, Tanggal 24 September 1994.
- Goldsworthy, Jeffrey, 2006, *Interpreting Constitutions: A comparative Study*, Oxford and New York: Oxford University Press.

- Manan, Bagir. 2004, *Hukum Positif Indonesia, Satu Kajian Teoritik*, Yogyakarta: FH UII Press.
- Mertokusomo, Sudikno. 2011, *Sejarah Peradilan dan Perundang-Undangannya di Indonesia Sejak 1942 dan Apakah Kemanfaatannya Bagi Kita Bangsa Indonesia*, Yogyakarta: Universitas Atmajaya.
- Kamus Hukum, 1983, Jakarta: Aksara Baru.
- Piris, Jean-Claude, 2006, *The Constitution For Europe, A Legal Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press
- Palguna, I.D.G, 2018, *Mahkamah Konstitusi, Dasar Pemikiran, Kewenangan, dan Perbandingan Dengan Negara Lain* (Jakarta: Konstitusi Press (Konpress), 2018)
- Posner, Richard A. 2008, *How Judges Think*, Cambridge & London: Harvard University Press.
- Pontier, J.A. 1995, *Rechtsvinding*, diterjemahkan oleh B. Arief Sidharta, Nijmegen: Ars Aequi Libri
- Ratnapala, Suri. 2009, *Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Riyanto, Sigit dkk, 2013, *Keterampilan Hukum, Panduan Mahasiswa, Akademisi dan Praktisi*, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press
- Riyanto, Benny R., 2006, *Kebebasan Hakim Dalam Menutus Perkara Perdata di Pengadilan Negeri*, Disertasi Semarang: Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro
- Shidarta, 2013, *Hukum Penalaran dan Penalaran Hukum*, Akar Filosofis, Yogyakarta: Genta Publishing.
- Subiyanto, (penyunting), 2014, *Yurisprudensi Hukum Acara Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi*, Malang: Setara Press.
- Siregar, Bismar, 1986, *Keadilan Hukum dalam Berbagai Aspek Hukum Nasional*, Jakarta: Rajawali.
- Soetjipto, Adi Andoyo. 2007, *Menyongsong dan Tunaikan Tugas Negara Sampai Akhir*, Sebuah Memoar, Jakarta: Granit.
- Suprpto, Paulus Hadi. 2010, *Menemukan Substansi dalam keadilan Prosedural* Jakarta: Komisi Yudisial
- Slapper, Gary & David Kelly, 2003, *The English Legal System*, Sixth edition, London: Cavendish Publishing Limited

Simarmata, Edward. 2010, *Kedudukan dan Relevansi Yurisprudensi Untuk Mengurangi Disparitas Putusan Pengadilan, Laporan Penelitian*, Jakarta: Puslitbang Hukum Dan Peradilan Mahkamah Agung RI.

Utrecht, Ernest dan Moh. Saleh Djindang, 1985, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Tjetakan Kesembilan, Jakarta: Ichtiar Baru.

Umbach, Dieter C., 2005, *Kisah Keberhasilan Eropa-Mahkamah-Mahkamah Konstitusi: Beberapa Aspek Teoritis, dalam Tugas dan Tantangan Mahkamah Konstitusi di Negara-Negara Transformasi Dengan Contoh Indonesia*, Norbert Eschborn (Ed), Jakarta: Konrad Adenauer Stiftung.

Wignjodipuro, Surojo. 1982, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Gunung Agung

Makalah dan lain-lain

Agustine, Oly Viana, 2018, "Keberlakuan Yurisprudensi pada Kewenangan Pengujian Undang-Undang dalam Putusan Mahkamah Konstitusi, *Jurnal Konstitusi*, Volume 15, Nomor 3, September.

Huda, Miftakhul, 2010, "Yurisprudensi", *Majalah Konstitusi* Edisi April.

Hartono, Soenaryati, 2002, "Peranan Hakim dalam Proses Pembentukan Hukum, Makalah disampaikan pada Seminar tentang Peranan Hakim dan Tanggung Jawab Hakim sebagai Pejabat Negara dalam Sistem Peradilan Indonesia", diselenggarakan oleh BPHN Departemen Kehakiman dan HAM, tanggal 2 Oktober.

Kautsar, Rimas, 2017, "Putusan Mahkamah Konstitusi sebagai Yurisprudensi untuk Pembangunan Hukum di Indonesia", Makalah disampaikan dalam acara Kelompok Diskusi Terbatas "Penyusunan Modul Restatement: Mendorong Kualitas dan Akuntabilitas Hukum" diselenggarakan oleh Pusat Studi Hukum & Kebijakan Indonesia (PSHK), pada Rabu, 31 Mei

Irianto, Sulistyowati, 2013, "Hukum dan Hakim", *Kompas*, Rabu, 16 Oktober.

International Lecture of Sabastian Pompe, *Praktik Yurisprudensi di Negara Civil Law dalam Mendorong Konsistensi Putusan: Tantangan Pengadilan Indonesia Masa Kini*, Senin 5 Maret 2012, Jentera School of Law, Puri Imperium Office Plaza UG 15, Jalan Kuningan Madya Kav. 5-6, Jakarta Selatan

Urgensi Pengaturan Lembaga Negara Khusus dalam Undang-Undang Dasar 1945

Urgency of Regulation of Special State Institutions in 1945 Constitution

Nuriyanto Ahmad Daim

Universitas Wijaya Putra (UWP) Surabaya
Jl. Raya Menganti Kramat 133, Wiyung, Surabaya
E-mail: nuryantodaim@gmail.com

Naskah diterima: 08/03/2018 revisi:17/12/18 disetujui: 15/01/2019

Abstrak

Penyelenggaraan negara dan pemerintahan sebelum reformasi ditandai dengan praktik maladministrasi termasuk korupsi, kolusi dan nepotisme (KKN), sehingga mutlak diperlukan reformasi birokrasi pemerintah. Dalam rangka reformasi penyelenggaraan negara dan pemerintahan di Indonesia, didirikan lembaga baru yang tidak pernah ada pada masa pemerintahan orde lama dan orde baru yang berkuasa sebelumnya. Salah satu lembaga baru adalah Ombudsman Republik Indonesia (ORI), sehingga dalam praktik ketatanegaraan Indonesia saat ini, terdapat 4 (empat) pilar kekuasaan yang berkedudukan setara, yaitu Eksekutif, Legislatif, Yudisial dan Lembaga Negara Khusus yang terdiri dari BPK, Ombudsman, Komnas HAM dan KPK. Dengan metode penelitian normatif dan pendekatan konseptual dengan menjadikan Ombudsman sebagai obyek penelitian didapat temuan bahwa BPK, Ombudsman, Komnas HAM dan KPK yang termasuk dalam lembaga negara khusus diposisikan sejajar dengan Legislatif, Eksekutif dan Yudisial. Walaupun pengaturannya hanya didasarkan pada undang-undang. Di masa yang akan datang agar lembaga negara dan komisi-komisi tersebut semakin *legitimate* dan kiprahnya semakin dapat dirasakan oleh masyarakat luas dan mampu mendorong terwujudnya penyelenggaraan pemerintahan yang bersih dan berwibawa, maka sudah selayaknya keberadaan lembaga negara khusus tersebut diatur dalam ketentuan norma dasar UUD 1945.

Kata Kunci: Struktur Ketatanegaraan, Konstitusi, Demokrasi, Lembaga Negara Khusus.

Abstract

The administration of the state and government before the reforms was marked by the practice of maladministration including corruption, collusion and nepotism (KKN), so that it was absolutely necessary to reform the government bureaucracy. In the framework of reforming the implementation of the state and government in Indonesia, some new institutions were established which had never existed during the reign of the old order and the new order that had been in power before. One of the new institutions is the Ombudsman of the Republic of Indonesia (ORI), so that in the current Indonesian constitutional practice, there are 4 (four) pillars of equal position, namely Executive, Legislative, Judicial and Special State Institutions consisting of BPK, Ombudsman, Komnas HAM and KPK. With normative research methods and conceptual approaches by taking the Ombudsman as the object of research obtained findings that the BPK, the Ombudsman, the National Human Rights Commission and the Corruption Eradication Commission included in the special state institutions are positioned parallel to the Legislative, Executive and Judicial. Although the settings are only based on the Act. In the future, the state institutions and commissions will be increasingly legitimate and increasingly able to be felt by the wider community and able to encourage the realization of clean and authoritative governance, the special state institutions should be regulated in the provisions of the 1945 Constitution.

Keywords: *Constitutional Structure, Constitution, Democracy, The Special State Institution*

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Fenomena demokratisasi mulai muncul sejak pertengahan abad ke-20 Masehi, tuntutan kebebasan dan persamaan hak dalam penyelenggaraan negara dan pemerintahan mengemuka ke seluruh penjuru dunia. Gelombang demokratisasi juga kerap kali dikumandangkan pada semua aspek kehidupan masyarakat.

Sehubungan dengan fenomena demokratisasi tersebut, Jimly Asshiddiqie menyatakan bahwa:

...pengertian-pengertian yang berkenaan dengan pentingnya meningkatkan keberdayaan masyarakat madani atau civil society dalam hubungan antara negara (state), masyarakat (society) dan pasar (market), berkembang sangat pesat disertai oleh gelombang globalisasi yang mempengaruhi peri kehidupan seluruh umat manusia. Pengertian-pengertian mengenai masyarakat madani yang perlu ditingkatkan keberdayaannya (empowering),

haruslah menjadi perhatian sungguh-sungguh setiap penyelenggara negara. Bahkan, untuk menjamin peradaban bangsa di masa depan, ketiga wilayah (domain) negara, masyarakat, dan pasar itu sama-sama harus dikembangkan keberdayaannya dalam hubungan yang fungsional, sinergis dan seimbang.¹

Sadar akan kondisi masyarakat yang berkembang sedemikian dinamis, sejak saat reformasi dikumandangkan terdapat kecenderungan untuk menggunakan pendekatan-pendekatan yang lebih manusiawi dalam pembangunan bangsa, dengan kemungkinan yang harus dibuka seluas-luasnya dan membangkitkan keberdayaan masyarakat guna meningkatkan kualitas sumber daya manusia (*human resources*). Menurut Soetandyo Wignjosoebroto, dari perspektif sosiologis dan pandangan luas secara global, menyatakan bahwa:

Tuntutan seperti ini kini sudah merupakan suatu isu global, marak sekali dalam kehidupan transnasional yang tidak lagi mementingkan state centrism dengan kewenangan-kewenangan konstitusional dan kekuasaan yang terpusat di tangan para penguasa tanpa diimbangi hak-hak asasi para warga. Perkembangan seperti ini mestilah terus diantisipasi, dan --cepat atau lambat-- mengharuskan para penyelenggara kekuasaan negara dan para administratornya untuk merespon peran yang tengah dan/atau akan terjadi, dengan sikap yang lebih positif, realistis, adaptif dan tentu saja juga arif.²

Menghadapi fenomena demikian harus dilakukan upaya reformasi, restrukturisasi dan refungsionalisasi pada tingkat mikro kelembagaan, baik pada sisi internal institusi-institusi negara dan institusi masyarakat maupun dunia usaha.

Soetandyo Wignjosoebroto dalam mengkritisi praktik penyelenggaraan negara dengan pembagian kekuasaan antara Legislatif, Eksekutif dan Yudisial dalam model *trias politica*, menuturkan bahwa:

...dalam perkembangan mutakhir pada peralihan milenium ketiga Masehi ini model trias politica yang digagas oleh Montesquieu pada pertengahan abad ke-18, atau pula ide separation of power berikut balance of power yang dikemukakan Benyamin Franklin dari jaman yang sama, jelas kalau sudah tak lagi sesuai dengan kenyataan. Apabila the civil law system memosisikan badan legislatif sedangkan the common law system menempatkan badan yudikatif sebagai pemeran utama dalam sistem bekerjanya hukum nasional,

¹ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika, 2005, h. 64-65.

² Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Jakarta: Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (Elsam) dan Perkumpulan Untuk Pembaruan Hukum Berbasis Masyarakat dan Ekologi (Huma), 2002, h. 529-530.

*kini di peralihan abad 20-21 terbukti bahwa badan eksekutif itulah yang berperan sebagai pengendali utama bekerjanya sistem hukum.*³

Ini adalah bukti bahwa telah terjadi fenomena menggelembungnya kekuasaan eksekutif, apalagi dalam praktik sekarang ini terdapat kecenderungan penambahan kewenangan untuk melakukan diskresi dalam menjalankan pemerintahan. Pemerintah tidak dapat menolak untuk memberikan pelayanan atau tidak melakukan tindakan administratif dengan alasan tidak ada dasar hukum yang mengaturnya. Ini semua adalah konsekuensi bahwa penyelenggaraan negara bertujuan untuk mewujudkan kesejahteraan rakyat (*welfare state*).

Di era ini, jika masyarakat telah memahami norma-norma dasar yang menampung hak-hak azasinya, serta menyadari akan hak dan kewajibannya tersebut, maka masyarakat dapat menuntut pemenuhan hak-hak tersebut kepada penyelenggara pemerintahan, jika mereka tidak mendapatkan pelayanan publik yang baik dan benar. Masyarakat juga dapat mempertahankan hak-hak konstitusionalnya yang dijamin dalam Undang-Undang Dasar 1945 melalui mekanisme pengaduan konstitusional (*constitutional complain*).⁴

Sehubungan dengan fenomena munculnya pemerintahan konstitusional, Daniel S. Lev memberikan pendapat sebagai berikut:

*Secara historis, munculnya pemerintahan konstitusional senantiasa berhubungan dengan terbatasnya negara dan kekuasaan para pengelolanya. Karena itu, konstitusionalisme, --abstraksi yang sedikit lebih tinggi daripada the rule of law ataupun rechtsstaat-- berarti paham "negara terbatas" di mana kekuasaan politik resmi dikelilingi oleh hukum yang jelas dan yang penerimaannya akan mengubah menjadi wewenang yang ditentukan secara hukum.*⁵

Bertolak dari paradigma ini, datangnya ajaran bahwa eksekutif sebagai pengemban kekuasaan negara yang diketahui kian dominan harus tetap ditundukkan kepada wibawa perintah Undang-Undang Dasar (konstitusi), demikian dikatakan oleh Soetandyo Wignjosoebroto dalam paparannya:

...berdasarkan ajaran tentang harus diwujudkannya apa yang disebut rechtsstaat atau the rule of law. Apabila upaya ini gagal, maka yang akan

³ Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum dalam Masyarakat*, Yogyakarta: Graha Ilmu, 2013, h. 35-37.

⁴ Nuriyanto, "Membangun Budaya Hukum Pelayanan Publik untuk Mewujudkan Kesejahteraan Rakyat", *Jurnal Anti Korupsi Integritas*, Volume 1, Nomor 1 – November, 2015, h. 32.

⁵ Daniel S. Lev, *Hukum dan Politik di Indonesia: Kesinambungan dan Perubahan*, Jakarta: LP3ES, cet. Ketiga, 2013, h. 476.

terwujud dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara bangsa bukan lagi rechtsstaat (negara hukum) melainkan machtsstaat (negara kekuasaan). Dinyatakan dalam ungkapan lain, yang terjadi bukan lagi the rule of law melainkan the rule of the ugly political man.⁶

Argumen ini yang menjadi alasan ajaran *trias politica* tidak lagi relevan dengan perkembangan jaman. Bahkan berawal dari pembentukan negara hukum klasik yang memosisikan pemerintah sebagai penjaga malam (*nachtwachtterstaat*), merupakan konsep negara hukum yang menjunjung tinggi kebebasan warga negara dalam berusaha dan memenuhi kebutuhan hidupnya sehingga pemerintah tidak diperkenankan mencampuri urusan warga negara, terutama yang bersifat perdata (*private*), kemudian berkembang menjadi negara hukum formal yang berdimensi kepastian hukum dan pemisahan kekuasaan negara yang berlandaskan *trias politica*.

Saat ini muncul aliran baru negara hukum modern yang demokratis yang merupakan evolusi dari negara kesejahteraan (*welfare state*), merupakan konsep negara hukum yang menjadikan kesejahteraan rakyat sebagai tujuan utamanya sehingga negara diberi kebebasan untuk melakukan diskresi dalam menjalankan pemerintahan untuk mewujudkan tujuan tersebut.

Ombudsman—bersama BPK, KPK dan Komnas HAM-- yang termasuk pilar kekuasaan keempat memiliki fungsi pengawasan penyelenggaraan pemerintahan yang menjunjung tinggi partisipasi masyarakat (*participatory government*) dalam setiap tahapan, sejak dari pembentukan pemerintahan melalui pemilihan umum yang diselenggarakan secara jujur dan adil, penyusunan kebijakan sampai dengan pelaksanaan kebijakan dalam kehidupan masyarakat. Pada tahapan akhir peran serta masyarakat juga sangat diharapkan kehadirannya dalam mengawasi pelaksanaan suatu kebijakan publik (*public policy*).⁷ Warga negara yang merupakan pemilik urusan pelayanan publik, juga dapat berpartisipasi secara aktif dalam penyelenggaraan pelayanan publik yang prima, mulai dari proses penetapan standar pelayanan sampai dengan pengawasan pelayanan publik.⁸

Partisipasi masyarakat dalam pengawasan penyelenggaraan pemerintahan tersebut berangkat dari kesadaran hukum, yaitu kesadaran terhadap nilai-nilai

⁶ Wignjosobroto, 2013, *Op. Cit.*, h. 37;

⁷ Nuriyanto, "Rembug Pelayanan Publik (RPP) Sebagai Aktualisasi Pelayanan Publik Berlandaskan Demokrasi Pancasila (Rembug of The Public Services as an Actualization of The Public Services Base On The Democracy of Pancasila)", *Jurnal Konstitusi*, Volume 12, Nomer 2, 2015, h. 290.

⁸ Nuriyanto, "Membangun Budaya Hukum Pelayanan Publik untuk Mewujudkan Kesejahteraan Rakyat", *Jurnal Anti Korupsi Integritas*, Volume 1, Nomor 1, November 2015, h. 32.

yang hidup dalam masyarakat tentang hukum meliputi pengetahuan, pemahaman, penghayatan, kepatuhan dan ketaatan terhadap hukum.⁹

Pemberian pelayanan publik oleh aparatur pemerintah sebenarnya merupakan implikasi dari fungsi aparat negara sebagai pelayan masyarakat dengan tujuan untuk mewujudkan kesejahteraan rakyat. Karena itu, kedudukan aparatur pemerintah dalam penyelenggaraan pelayanan publik sangat strategis, karena akan sangat menentukan target pencapaian pemerintah mampu memberikan pelayanan yang sebaik-baiknya bagi masyarakat.¹⁰

B. Perumusan Masalah

Dalam praktik ketatanegaraan Indonesia saat ini, terdapat 4 (empat) pilar kekuasaan yang berkedudukan setara, yaitu Eksekutif, Legislatif, Yudisial dan Lembaga Negara Khusus yang terdiri dari BPK, Ombudsman, Komnas HAM dan KPK. Mengapa keberadaan lembaga negara dan komisi-komisi tersebut dalam struktur ketatanegaraan Republik Indonesia harus diperkuat pengaturannya dengan memasukkan norma legitimasi ke dalam batang tubuh UUD 1945?

C. Metode Penelitian

Penelitian dalam artikel ini adalah penelitian hukum normatif, yaitu jenis penelitian yang bertitik tolak pada telaah atau kajian hukum positif dan/atau hukum yang dikonsepsikan sebagai kaidah atau norma yang merupakan patokan perilaku manusia yang dianggap pantas (kepatutan). Penelitian ini mengambil lembaga Ombudsman Republik Indonesia dalam struktur ketatanegaraan NKRI sebagai objek penelitian.

Sesuai dengan keilmuan hukum normatif, maka telaah hukum positif tersebut meliputi telaah dogmatika hukum, telaah teori hukum dan telaah filsafat hukum. Pada tataran dogmatika hukum titik berat ditekankan terhadap identifikasi peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan kedudukan Ombudsman sebagai lembaga negara pengawas pelayanan publik dalam struktur ketatanegaraan Indonesia, sedangkan pada tataran teori hukum dilakukan telaah terhadap teori-teori yang dipergunakan sebagai pisau analisis perimbangan kekuasaan negara. Adapun dari segi filsafat hukum pengkajiannya ditekankan kepada relevansi

⁹ Nur Rohim Yunus, *Menciptakan Budaya Hukum Masyarakat Indonesia Dalam Dimensi Hukum Progresif*, dalam Moh. Mahfud MD, dkk, 2013, *Dekonstruksi dan Gerakan Pemikiran Hukum Progresif*, Semarang: Thafa Media bekerja sama dengan Konsorsium Hukum Progresif Universitas Diponegoro, h. 183.

¹⁰ Nuriyanto, "Penyelenggaraan Pelayanan Publik di Indonesia, Sudahkah Berlandaskan Konsep Welfare State?", *Jurnal Konstitusi*, Volume 11, Nomor 3, September 2014, h. 432-433.

kedudukan dan hubungan lembaga negara dalam melakukan pengawasan penyelenggaraan pemerintahan yang selaras dan seimbang berdasarkan sila Kerakyatan yang Dipimpin oleh Hikmat Kebijaksanaan dalam Permusyawaratan Perwakilan.

PEMBAHASAN

1. Teori Konstitusi (*Constitutionalisme*)

Membahas teori konstitusi (*constitutionalisme*), menurut sejarahnya tidak akan lepas dari istilah “*politeia*” (Yunani kuno) dan “*constitutio*” (Latin) dan juga “*Ius*”. Konstitusi adalah semua karakteristik yang tak terhitung yang menentukan sifat aneh dasar negara, dan termasuk yang berkarakter ekonomi dan sosial sebagai urusan pemerintahan modern yang sempit.¹¹

Penggunaan istilah konstitusi tersebut baru dikenal pada zaman Kekaisaran Romawi (*Roman Empire*), sedangkan pada zaman Yunani kuno istilah “*constitution*” dan “*jus*” tidak dikenal. Mula-mula istilah konstitusi digunakan untuk menyebut “*the act of legislation by the emperor*” (kegiatan legislatif oleh Kaisar). Bersamaan dengan banyak aspek dari hukum Romawi yang dipinjam ke dalam pemikiran hukum di kalangan gereja, maka istilah teknis “*constitution*” juga dipinjam untuk menyebut hukum gereja yang berlaku di seluruh gereja ataupun untuk beberapa peraturan hukum gereja yang berlaku di gereja-gereja tertentu (*ecclesiastical province*). Karena itu, kitab-kitab hukum Romawi dan hukum gereja (kanon) itulah yang sering dianggap sebagai sumber rujukan paling awal mengenai penggunaan perkataan “*constitution*” dalam sejarah.

Konstitusi merupakan organ hukum dasar sebuah bangsa atau negara, yang tertulis atau tidak tertulis, yang menghadirkan karakter dan konsepsi pemerintahannya, menempatkan prinsip-prinsip dasar yang disesuaikan dengan pandangan hidup, pengorganisasian pemerintahan, dan pembuatan peraturan, pembagian kekuasaan dan pembatasan fungsi departemen yang berbeda-beda, dan mereseapkan keleluasaan dan cara pelaksanaan kekuasaan yang berdaulat. Sebuah piagam yang memberikan seluruh kewenangannya dari pemilik kewenangan itu. Instrumen tertulis yang disepakati oleh rakyat dari negara bagian (misalnya Konstitusi Amerika Serikat) atau negara tertentu. Sebagai aturan mutlak tindakan dan keputusan untuk semua departemen (misalnya kantor-kantor cabang) dan

¹¹ Charles Howard Mc Ilwain, 1996, *Constitutionalisme; Ancient and Modern*, Cornell University Press, Itacha, New York, h. 26;

pejabat pemerintah sehubungan dengan semua poin yang tertutup, yang harus mengontrol sampai harus diubah oleh otoritas yang didirikannya (dengan amandemen) dan bertentangan dengan setiap tindakan atau tata cara setiap departemen atau petugas tersebut adalah batal demi hukum.¹²

Menurut Brian Thompson, “...a constitution is a document which contains the rules for the the operation of an organization”. (sebuah konstitusi adalah sebuah dokumen yang berisi peraturan untuk beroperasinya sebuah organisasi).¹³ Negara sebagai salah satu bentuk organisasi, pada umumnya memiliki naskah (piagam) yang disebut sebagai konstitusi atau Undang-Undang Dasar. Hanya Inggris dan Israel saja yang sampai sekarang tidak memiliki satu naskah tertulis yang disebut konstitusi. Konstitusi di kedua negara ini tidak pernah dibuat secara tertulis, tetapi tumbuh menjadi konstitusi dalam pengalaman praktik ketatanegaraan. Namun para ahli tetap dapat menyebut adanya konstitusi dalam konteks hukum tata negara Inggris dan Israel. Memang konstitusi tidak selalu harus tertulis, akan tetapi bisa juga tidak tertulis dan secara berturut-turut dijadikan rujukan dalam praktik kenegaraan dan pemerintahan.¹⁴

Membicarakan konstitusi suatu negara tidak terlepas dari sejarah suatu bangsa itu sendiri. Menurut Harjono: “Sebelum membuat konstitusi untuk Indonesia, kita harus memahami terlebih dahulu siapa itu bangsa Indonesia dan dalam lingkungan seperti apa bangsa itu hidup. Oleh karena sang perumus konstitusi itu harus mengerti sejarah pembentukan Indonesia sebagai bangsa, agar bangsa Indonesia hidup dalam habitat sejarahnya sendiri”.¹⁵

Sejarah suatu bangsa amat lekat dengan konstitusi yang sudah menjadi norma dasar konsensualnya, perubahan terhadap konstitusi juga merupakan suatu keniscayaan. Lebih lanjut menurut Harjono: “Dalam pembentukan konstitusi Indonesia, pembukaan dan batang tubuh tidak selalu otomatis lekat, sehingga dalam alinea terakhir pembukaan UUD 1945 disebutkan kalimat: Maka disusunlah kemerdekaan kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Indonesia”.¹⁶ Kata “suatu” menunjukkan bahwa UUD yang disusun tersebut tidak mesti permanen. Ia dapat diganti dan diubah sesuai dengan kebutuhan

¹² Henry Campbell Black, 1990, *Black's Law Dictionary; Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, St. Paul, Minn; West Publishing, co, h. 311;

¹³ Brian Thompson, 1997, *Textbook on Constitutional and Administrative Law*, edisi ke-3, London: Blackstone Press Ltd., h. 3;

¹⁴ Phillips O. Hood, 1987, *Constitutional and Administrative Law*, 7th ed., London: Sweet and Maxwell, h. 5;

¹⁵ Harjono, 2008, *Konstitusi Sebagai Rumah Bangsa; Pemikiran Dr. Harjono, SH, M.CL, Wakil Ketua Mahkamah Konstitusi*, Jakarta; Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, H. 26-27;

¹⁶ *Loc. Cit*;

demikian memenuhi asas keadilan sosial, sebagai keadilan substantif sebagai tujuan terbentuknya NKRI yang berfalsafah Pancasila.

UUD 1945 sekarang, yang telah mengalami empat kali perubahan, meliputi hampir keseluruhan materi UUD 1945. Naskah asli UUD 1945 yang hanya berisi 71 butir ketentuan, dalam perubahan keempat berkembang menjadi 199 butir ketentuan. Saat ini, dari 199 butir ketentuan yang ada dalam UUD 1945, hanya 25 butir (12%) ketentuan yang tidak mengalami perubahan. Selebihnya, sebanyak 174 butir (88%) ketentuan merupakan materi yang baru atau telah mengalami perubahan.¹⁷

Dari sisi kualitatif, perubahan UUD 1945 tersebut bersifat sangat mendasar karena mengubah prinsip kedaulatan rakyat yang semula dilaksanakan sepenuhnya oleh MPR menjadi dilaksanakan menurut UUD. Hal ini menyebabkan semua lembaga negara dalam UUD 1945 berkedudukan sederajat dan melaksanakan kedaulatan rakyat dalam lingkup wewenangnya masing-masing. Perubahan lain adalah dari kekuasaan presiden yang sangat besar (*concentration of power and responsibility upon the president*) menjadi prinsip saling mengawasi dan mengimbangi (*checks and balances*). Prinsip-prinsip tersebut menegaskan cita negara yang hendak dibangun, yaitu negara hukum yang demokratis.¹⁸

Gambaran di atas menunjukkan bahwa kekuasaan dan bagian-bagian organ kenegaraan dan pemerintahan yang merupakan objek yang diatur dalam suatu konstitusi tidak *stagnant*, senantiasa berkembang mengikuti kebutuhan masyarakat dalam mengarungi bahtera pemerintahan untuk menuju cita-cita *founding fathers* bangsa untuk mewujudkan kesejahteraan bagi seluruh rakyat yang diperintahnya. Kondisi ini sangat dimungkinkan konstitusi membuat atau mengadakan lembaga negara baru atau bahkan mengesahkan (*legitimate*) lembaga negara yang sudah ada ke dalam norma dasar konstitusi.

2. Konsep Demokrasi dalam Penyelenggaraan Pemerintahan

Sila keempat Pancasila, yaitu: “Kerakyatan yang Dipimpin oleh Hikmat Kebijaksanaan dalam Permusyawaratan Perwakilan” atau yang lebih dikenal dengan sebutan sila kerakyatan mengandung nilai-nilai demokrasi dalam penyelenggaraan negara dan pemerintahan, antara lain:

¹⁷ Jimly Asshiddiqie, 2003, *Struktur Ketatanegaraan Indonesia Setelah Perubahan Keempat UUD Tahun 1945*, makalah disampaikan dalam simposium yang diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman dan HAM, h. 1;

¹⁸ Jimly Asshiddiqie, (Editor: Satya Arinanto dan Ninuk Triyanti), 2012, *Membangun Budaya Sadar Konstitusi*, dalam buku *Memahami Hukum Dari Konstruksi Sampai Implementasi*, Jakarta; Rajawali Press, cet. 3, h. 220;

- a. Negara adalah untuk kepentingan seluruh rakyat;
- b. Kedaulatan di tangan rakyat;
- c. Manusia Indonesia sebagai warga negara dan warga masyarakat mempunyai kedudukan, hak dan kewajiban yang sama;
- d. Pimpinan kerakyatan adalah hikmat kebijaksanaan yang dilandasi akal sehat;
- e. Keputusan diambil berdasarkan musyawarah untuk mufakat oleh wakil-wakil rakyat;¹⁹

Nilai-nilai ini yang merupakan penjabaran dari konsep demokrasi yang didasarkan kepada sila keempat Pancasila dan lazim disebut sebagai demokrasi Pancasila. Dalam pelaksanaan demokrasi Pancasila, setiap orang dibenarkan ikut serta dalam musyawarah untuk mengambil keputusan. Mereka dapat mengeluarkan pendapat, pikiran dan pandangannya. Pandangan tersebut harus didasarkan pada pemikiran yang rasional dan bermutu tinggi. Bermutu tinggi berarti berkualitas dan tidak bertentangan dengan kepentingan rakyat, persatuan dan kesatuan bangsa. Untuk perwujudan tujuan tersebut, menurut Mahfud MD:

Aktualisasi sila kerakyatan dalam pembangunan hukum nasional selaras dengan pemikiran bahwa hukum nasional itu harus dibangun secara demokratis dan nomokratis (kekuasaan yang berlandaskan hukum) dalam arti harus mengedepankan partisipasi dan menyerap aspirasi masyarakat luas melalui mekanisme yang fair, transparan dan akuntabel. Dalam setiap tahapannya harus dihindari munculnya produk hukum yang diproses secara licik, kucing-kucingan dan penuh intrik pengelabuan amanat rakyat.²⁰

Inti dari gagasan tersebut adalah demokrasi dan nomokrasi, demokrasi berintikan kebebasan dan kesetaraan, sedangkan nomokrasi bersendikan aturan hukum yang mengendalikan kebebasan dan upaya menyeimbangkan kedudukan agar setara tersebut. Dalam menyelenggarakan demokratisasi tetap mengedepankan hukum sebagai pedoman, agar kepentingan bersama sebagai bangsa tetap dapat dijaga serta dikembangkan agar sesuai dengan kebutuhan bersama masyarakat bangsa. Esensi demokrasi Pancasila adalah konkretisasi nilai-nilai falsafah Pancasila ke dalam norma hukum yang ditetapkan, demikian dinyatakan Teguh Prasetyo dengan pendapatnya:

¹⁹ Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, 2012, *Filsafat, Teori dan Ilmu Hukum; Pemikiran Menuju Masyarakat Yang Berkeadilan dan Bermartabat*, Depok: Raja Grafindo Persada, h. 374-375;

²⁰ Mohammad Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum Dalam Kontroversi Isu*, Jakarta, Rajawali Press, Cet. Kedua, 2010, h. 38.

Urgensi peran serta masyarakat, sudah dijabarkan dalam sistem demokrasi Pancasila. Nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila harus dikonkritisasi ke dalam norma-norma hukum yang dibuat oleh badan legislatif. Oleh karena itu setiap norma hukum di Indonesia harus dilandasi oleh nilai-nilai yang terkandung dalam sila-sila Pancasila. Pancasila sebagai bintang pemandu bagi pembentukan setiap norma hukum, maka norma-norma hukum tersebut tidak boleh bertentangan dengan nilai-nilai yang tertuang dalam sila-sila Pancasila. Selain itu secara hirarkhi norma hukum yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan norma hukum yang lebih tinggi (lex superiori derogat lex imperiori).²¹

Sejak awal pendirian Negara Kesatuan Republik Indonesia, dan bahkan sejak kebangkitan bangsa Indonesia dalam menggelorakan semangat perjuangan melawan kolonialisme sudah mematrikan *ruh* Pancasila. Tentu pula kristalisasi nilai-nilai Pancasila juga sudah terkandung dalam beberapa rancangan konstitusi yang sudah mereka canangkan, sehingga tidak terbantahkan lagi bahwa Pancasila adalah sumber dari segala sumber hukum.

Realitas Struktur Ketatanegaraan Indonesia Saat Ini

Realitas ketatanegaraan Indonesia saat ini, telah mengalami perubahan yang sangat signifikan. Hal ini menyangkut kedudukan Ombudsman dalam sistem ketatanegaraan Indonesia yang diatur dalam Pasal 1 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 tentang Ombudsman Republik Indonesia, bahwa yang dimaksud dengan Ombudsman Republik Indonesia adalah lembaga negara yang mempunyai kewenangan mengawasi penyelenggaraan pelayanan publik baik yang diselenggarakan oleh penyelenggara negara dan pemerintahan termasuk yang diselenggarakan oleh Badan Usaha Milik Negara, Badan Usaha Milik Daerah dan Badan Hukum Milik Negara serta badan swasta atau perseorangan yang diberi tugas menyelenggarakan pelayanan publik tertentu yang sebagian atau seluruh dananya bersumber dari anggaran pendapatan dan belanja negara dan/atau anggaran pendapatan dan belanja daerah.

Dalam sudut pandang Hukum Tata Negara (HTN), ketentuan Pasal 1 Undang-Undang Ombudsman menurut penafsiran Galang Asmara, bahwa:

...Ombudsman Republik Indonesia dihajatkan memiliki kedudukan yang sejajar dengan lembaga-lembaga negara seperti Presiden, Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia (MPR RI), Dewan Perwakilan

²¹ Teguh Prasetyo, *Hukum dan Sistem Hukum Berdasarkan Pancasila*, Yogyakarta: Media Perkasa, 2013, h. 71.

Rakyat Republik Indonesia (DPR RI), Badan Pemeriksa Keuangan (BPK), Mahkamah Agung Republik Indonesia, Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Komisi Yudisial, Komisi Pemilihan Umum. Oleh karena sistem pembagian kekuasaan negara berdasarkan Undang-Undang Dasar 1945 setelah perubahan ke-empat tidak lagi menganut prinsip struktural hirarkis melainkan fungsional dan kesejajaran, saling terkait satu dengan yang lain dan saling dapat mengontrol (check and balances), maka Ombudsman Republik Indonesia memiliki kedudukan yang sejajar dengan lembaga-lembaga negara seperti yang disebutkan di atas.²²

Kedudukan sejajar tersebut dipertegas di dalam Pasal 2 Undang-Undang Ombudsman yang menyatakan: “Ombudsman merupakan lembaga negara yang bersifat mandiri dan tidak memiliki hubungan organik dengan lembaga negara dan instansi pemerintahan lainnya, serta dalam menjalankan tugas dan wewenangnya bebas dari campur tangan kekuasaan lainnya”.

Menurut Pasal 2 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 tentang Ombudsman Republik Indonesia tersebut, Ombudsman di Indonesia bukan merupakan bagian dari lembaga negara (*staat organen*) lainnya, juga bukan merupakan lembaga pemerintah (*bestuur organ*). Ombudsman juga tidak ada hubungan struktural organik baik sebagai atasan ataupun bawahan dari lembaga lain. Di dalam menjalankan tugas dan wewenangnya pun bebas dari campur tangan kekuasaan lainnya. Jadi benar-benar merupakan lembaga yang independen secara struktural, fungsional maupun finansial.²³

Menurut Jack M. Beermann, lembaga negara yang independen memiliki karakteristik sebagai berikut:

- 1) *They are headed by multy-member commissions or boards.* (Lembaga yang dipimpin oleh banyak anggota komisi atau badan).
- 2) *The agency heads serve for a term of years usualy longer then the term of the President.* (Pimpinan lembaga menjabat dalam jangka waktu beberapa tahun, biasanya lebih lama dari masa jabatan Presiden).
- 3) *The agency heads may not be removed without good cause.* (Pimpinan lembaga tidak dapat diberhentikan tanpa alasan yang kuat).
- 4) *The agency must be bipartisan with the usual requirement being that no more than half plus one of members (e.g. three of five) may be of the same political party.* (Lembaga negara tersebut harus didukung partai-partai politik dengan

²² Galang Asmara, *Ombudsman Republik Indonesia Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, Surabaya: Laksbang Justisia, 2012, h. 126.

²³ *Ibid.*, h. 127.

syarat tertentu yang tidak lebih dari setengah tambah satu anggota (misalnya: tiga dari lima), mungkin komisioner tersebut terdiri dari partai politik yang sama).²⁴

Karakteristik lembaga independen tersebut konteksnya adalah praktik ketatanegaraan Amerika Serikat (AS) yang pemerintahannya bercorak presidensial dan partai politiknya hanya 2 (dua) partai politik, bukan multi partai seperti di Indonesia. Masa jabatan Presiden di AS juga hanya 4 (empat) tahun, sehingga ditentukan masa jabatan lembaga independen harus ditetapkan selama 5 (lima) tahun. Ini dimaksudkan untuk menghindarkan intervensi dari eksekutif, karena masa jabatan lembaga independen yang lebih lama.

Contoh dari kekuasaan keempat adalah keberadaan badan-badan administratif independen di Amerika Serikat, seperti Kantor Audit Nasional dan Kementerian Luar Negeri. Sedangkan di Belanda, tidak hanya Ombudsman Nasional, tetapi juga Kantor Audit Nasional dan Dewan Negara, dalam kapasitas sebagai penasihat pada rancangan undang-undang, harus dilihat sebagai bagian dari kekuasaan ke-empat di Belanda, karena posisi konstitusional khusus mereka diwujudkan dengan tempat independen mereka sendiri dalam konstitusi dan karena mereka diatur dalam bab terpisah pada konstitusi dalam melaksanakan tugas-tugas konstitusionalnya, tiga lembaga negara ini memegang kekuatan utama, yang dapat dibedakan secara substansial dari tiga kekuatan lain, yaitu legislatif, eksekutif dan yudisial).²⁵

Dengan demikian dalam bentuk klasik, Ombudsman adalah sebuah bentuk institusi yang dibentuk oleh konstitusi atau undang-undang dan diselenggarakan oleh pejabat independen mendapatkan kepatuhan tertinggi yang merespon badan legislatif yang menerima pengaduan masyarakat kepada institusi pemerintah, pejabat dan pegawai dan yang mempunyai kewenangan untuk melakukan investigasi untuk melakukan perbaikan dan untuk memberikan laporan hasil investigasi kepada masyarakat. (Di Eropa, sebagai contoh, ditemukan lembaga Ombudsman di Belanda atau Malta).²⁶

Sehubungan dengan semua bentuk institusi Ombudsman, dapat diamati bahwa meskipun lembaga-lembaga ini tidak dapat sepenuhnya termasuk dalam salah satu bagian tradisional *trias politica* (kekuasaan legislatif, kekuasaan

²⁴ Jack M. Beermann, *Inside Administrative Law: What Matters and Why*, Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands: Wolters Kluwer, 2011, h. 7.

²⁵ Addink, *Op. Cit.*, h. 255-256.

²⁶ Bălan, Emil Dan Gabriela Varia, "The Ombudsman and The Judicial Power The Romanian Experience", *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, 26E/2009, h. 17.

yudisial dan kekuasaan eksekutif). Lembaga-lembaga negara tersebut berfungsi dalam hubungan langsung dengan kekuasaan negara lainnya. Ada yang statusnya sebagai wakil dari parlemen (*parliament Ombudsman*), Ombudsman penyelidik (*investigator Ombudsman*) dan penunjang (*supporter*) peradilan. Ombudsman adalah lembaga negara khusus yang menyelenggarakan kekuatan khusus yang tidak identik dengan kekuasaan lembaga negara lain. Karakter Ombudsman dan kekuatan mereka menempatkan mereka tidak hanya di kalangan lembaga-lembaga negara, tetapi juga di antara *check and balance* (pengawas dan penyeimbang) secara administratif dalam kekuasaan negara.²⁷

Kewenangan perimbangan kekuasaan (*check and balance*) tersebut, dilakukan dengan mengembangkan standar penilaian khusus, yaitu dengan menyusun dan menjelaskan mekanisme internal proses pembuatan rekomendasi Ombudsman. Kriteria yang digunakan oleh Ombudsman sebagai standar penilaian biasanya tidak datang seiring dengan pembentukan lembaga Ombudsman. Standar nilai tersebut biasanya dibuat selama tahun-tahun awal Ombudsman ini berdiri. Ombudsman biasanya butuh waktu dan latihan yang diperlukan dalam memenuhi fungsinya untuk dapat menciptakan dan mengembangkan standar nilai tersebut.²⁸

Di Indonesia, dengan kedudukan Ombudsman sebagai lembaga negara yang independen dan sejajar dengan lembaga negara lainnya diperkuat lagi dengan keberadaannya yang bersifat nasional tunggal. Artinya hanya ada satu lembaga Ombudsman di Indonesia yang bersifat nasional dan berkedudukan di ibu kota negara serta memiliki wilayah kerja kepada rakyat atau wakil rakyat secara langsung, maka lembaga tersebut dapat digolongkan sebagai lembaga negara meskipun kelembagaannya dibentuk atas perintah undang-undang dan belum diatur dalam konstitusi. Selain itu, lembaga tersebut secara struktural bukan merupakan bagian dari lembaga negara yang ada dan secara fungsional terlepas dari pengaruh (intervensi) kekuasaan lembaga negara lainnya. Kriteria lain adalah, lembaga tersebut harus bersifat nasional. Hal ini untuk membedakannya dengan lembaga daerah. Saat ini sudah terbentuk perwakilan di seluruh Indonesia dengan kewenangan yang *mutatis mutandis*, tetapi kantor perwakilan tersebut secara struktural hanya menjadi kepanjangan tangan Ombudsman di Jakarta. Kewenangan tersebut menurut ketentuan Pasal 15 Undang-Undang Ombudsman

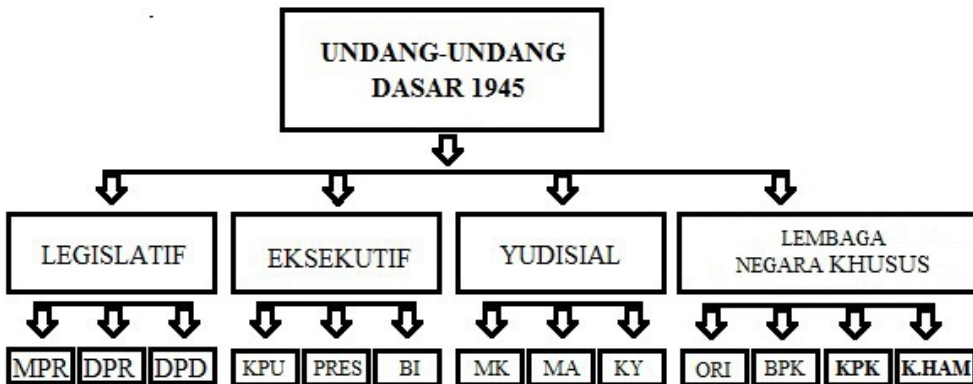
²⁷ Milan Remac, *The Ombudsman; An Alternative to The Judiciary*, dalam Dacian C. Dragos dan Bogdana Neamtu (editor), 2014, *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Heidelberg, New York, Dordrecht, London: Springer, h. 568.

²⁸ Milan Remac, "Standards of Ombudsman Assessment: A New Normative Concept?", *Utrecht Law Review*, Volume 9, Issue 3 (July) 2013, h. 71.

merupakan kewenangan mandat dari Ombudsman yang sudah ditentukan oleh undang-undang.

Apabila dikaitkan dengan struktur kelembagaan negara dalam sistem ketatanegaraan Republik Indonesia menurut Undang-Undang Dasar 1945, kedudukan Ombudsman di antara lembaga-lembaga negara yang lain dapat digambarkan sebagai berikut:

Realitas Struktur Ketatanegaraan Indonesia Saat Ini



Kedudukan Ombudsman seperti tergambar dalam bagan di atas menghabiskan Ombudsman sebagai lembaga negara yang kedudukannya sejajar dengan lembaga-lembaga negara seperti Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR), Dewan Perwakilan Rakyat (MPR), Dewan Perwakilan Daerah (DPD), Komisi Pemilihan Umum (KPU), Presiden, Bank Indonesia (BI), Mahkamah Agung (MA), Mahkamah Konstitusi (MK) dan Komisi Yudisial (KY). Padahal kenyataannya, dalam praktik kewenangan sebagai lembaga pengawas pelayanan publik, Ombudsman berwenang mengawasi penyelenggaraan pelayanan publik baik oleh eksekutif, yudisial maupun legislatif. Kewenangan yang dimiliki oleh Ombudsman hampir sama dengan kewenangan yang dimiliki oleh Badan Pemeriksa Keuangan (BPK), Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) dan Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnas HAM) oleh karena itu dalam struktur ketatanegaraan lembaga negara dan komisi khusus tersebut ditempatkan pada struktur kekuasaan yang sama sebagai kekuasaan ke-empat dengan label Lembaga Negara Khusus. Walaupun pada umumnya lembaga Negara khusus tersebut di Negara lain disebut *The State Auxiliary Bodies* (Lembaga Negara Pembantu), penulis tidak setuju dengan istilah tersebut karena sifatnya hanya membantu lembaga negara yang ada dalam *trias politica*, sedangkan faktanya di

Indonesia lembaga negara khusus tersebut mempunyai kekuasaan dan kewenangan khusus dan independen.

Selain BPK dan Ombudsman, beberapa lembaga negara dan komisi lainnya yang telah terbentuk, misalnya Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnas HAM) yang dibentuk berdasarkan Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) yang dibentuk berdasarkan Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, Komisi Penyiaran Indonesia (KPI) yang dibentuk berdasarkan Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2002 tentang Penyiaran, Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) yang dibentuk berdasarkan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Komisi Nasional untuk Anak yang dibentuk berdasarkan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2003 tentang Perlindungan Anak. Di samping itu, masih banyak lagi komisi atau lembaga negara yang dibentuk melalui Keputusan Presiden yang berada di bawah eksekutif.

Di antara komisi dan lembaga negara tersebut yang layak menyandang status sebagai lembaga negara independen dan termasuk lembaga negara khusus adalah Komnas HAM dan KPK. Hanya saja di beberapa Negara Komnas HAM terkadang fungsi dan kewenangannya dimasukkan ke dalam lembaga Ombudsman, seperti di Belanda. Begitu juga KPK di Philipines dan Papua Nugini fungsi dan kewenangannya dimasukkan ke dalam lembaga Ombudsman atau di kebanyakan negara lain tetap melekat pada kepolisian dan kejaksaan. Sedangkan komisi dan lembaga negara lain termasuk dalam kekuasaan eksekutif.

Struktur kedudukan *The State Auxiliary Bodies* sebagai kekuasaan ke-empat setelah legislatif, eksekutif dan yudisial telah dipraktikkan di Belanda, yang mengadopsi dari Amerika Serikat. Hanya saja di Belanda bukan hanya Ombudsman dan BPK yang termasuk *The Fourth Power*, tetapi juga mencantumkan *Council of State* (Dewan Negara Belanda). Di Amerika Serikat terdiri dari Ombudsman, *National Audit Office* (BPK) dan *Ministry of Foreign Affairs* (Kementerian Luar Negeri).²⁹

Senada dengan pendirian tersebut, Ombudsman mempunyai peranan yang sangat penting dalam rangka mewujudkan prinsip-prinsip *good governance* dalam penyelenggaraan pelayanan publik. Cita-cita Undang-Undang Dasar 1945

²⁹ Addink, 2005, *Op. Cit.*, h. 255-256.

sebagai konstitusi negara kesejahteraan (*welfare state*) yang oleh Bung Hatta pernah diterjemahkan dengan istilah negara pengurus, juga berkaitan dengan lembaga Ombudsman yang berperan penting dalam penyelesaian keluhan-keluhan masyarakat akan buruknya kualitas pelayanan publik oleh birokrasi pemerintahan. Menurut Jimly Asshiddiqie: “Jika lembaga Ombudsman sekarang ini dibentuk hanya berdasarkan undang-undang, bukan tidak mungkin suatu saat nanti berkembang penafsiran bahwa lembaga ombudsman merupakan salah satu lembaga yang penting secara konstitusional”.³⁰

Dalam rangka perubahan Undang-Undang Dasar 1945, pernah berkembang ide untuk mencantumkan keberadaan Ombudsman dalam Undang-Undang Dasar 1945. Di samping itu, dalam RUU tentang Mahkamah Konstitusi, lembaga ini juga pernah diusulkan agar diberi kedudukan hukum (*legal standing*) untuk menjadi pemohon dalam perkara konstitusi guna menampung keluhan-keluhan konstitusional (*constitutional complaint*) warga negara terhadap sesuatu undang-undang ataupun konstitusionalitas tindakan pemerintahan lainnya. Kedua ide ini, memang tidak berhasil memperoleh kesepakatan. Tetapi, ide ini muncul bukan tanpa alasan rasional sesuai tingkat perkembangan kebutuhan kenegaraan Indonesia dewasa ini dan nanti. Oleh karena itu, mungkin saja ide semacam ini akan muncul lagi dan mendapat tempat di masa depan.³¹

Urgensi Pengaturan Lembaga Negara Khusus dalam Undang-Undang Dasar 1945

Budhi Masthuri mengaitkan kelembagaan Ombudsman di Indonesia menjadi sangat penting diatur dalam amandemen Undang-Undang Dasar 1945 dengan kepatuhan aparat pemerintah dalam melaksanakan Rekomendasi Ombudsman. Hal tersebut dikemukakan dalam pernyataannya sebagai berikut:

*Memang sebelum ditetapkannya Undang-Undang Ombudsman, Rekomendasi Ombudsman tidak mengikat secara hukum, sehingga memerlukan landasan politis yang sangat kuat. Pencantuman Ombudsman dalam amandemen Undang-Undang Dasar 1945 akan menempatkan keberadaan Rekomendasi Ombudsman secara filosofis (sekaligus secara politis) bernilai tinggi, sehingga rekomendasi tersebut akan lebih dipatuhi oleh penyelenggara negara.*³²

³⁰ Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Jakarta; Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2006, h. 62-63;

³¹ Jimly Asshiddiqie, 2006, *Pembangunan Hukum dan Penegakan Hukum di Indonesia*, www.jimly.com/.../pembangunan_dan_penegakan_hukum_di_indonesia.doc, h. 11, diakses pada tanggal 5 Januari 2015.

³² Budhi Masthuri, *Mengenal Ombudsman Indonesia*, Jakarta: Pradnya Paramita, 2005, h. 32;

Pengaturan Ombudsman dalam konstitusi menjadi sangat penting bagi negara yang menganut sistem presidensial seperti Indonesia, Ombudsman semestinya tidak hanya diatur dalam undang-undang tetapi sudah sepantasnya dibentuk berdasarkan konstitusi. Di negara-negara yang menganut sistem parlementer dan memilih bentuk *Parliamentary Ombudsman*, efektifitas Ombudsman juga sangat ditentukan dengan sistem *check and balance* yang berlaku antara legislatif dan eksekutif.

Dalam sistem parlementer, menteri bertanggung jawab kepada parlemen bukan kepada Presiden, sehingga parlemen sewaktu-waktu dapat meminta pertanggungjawaban Menteri. Menteri-Menteri tersebut sangat menghormati dan mematuhi Rekomendasi Ombudsman yang *notabene* bertindak sebagai perpanjangan tangan parlemen dalam mengawasi proses-proses penyelenggaraan pelayanan publik.

Saat ini lebih dari lima puluh negara telah mencantumkan pengaturan lembaga Ombudsman dalam konstitusi, antara lain Belanda, Denmark, Finlandia, Filipina, Thailand, Afrika Selatan, Argentina dan Meksiko. Adapun yang paling terakhir mengatur dalam konstitusi adalah Ombudsman Thailand yang usianya lebih muda dari Ombudsman di Indonesia, telah terlebih dahulu mencantumkan ketentuan tentang lembaga Ombudsman dalam struktur lembaga negara dalam konstitusinya.

Hendra Nurtjahjo memandang pentingnya kedudukan Ombudsman diatur dalam amandemen Undang-Undang Dasar 1945, dengan alasan sebagai berikut:

Pertama, Ombudsman penting dijadikan lembaga utama (primary institution) untuk mencapai tujuan negara. Tujuan dibentuknya organisasi negara beserta aparaturnya adalah untuk melayani warga negara (publik). Warga negara memiliki hak untuk mendapatkan layanan administrasi yang baik (the right to good administration) melalui tata kelola pemerintahan yang baik (good governance). Hal ini hanya bisa berlangsung dengan pengawasan secara intensif dari warga negara pengadu melalui Ombudsman. Kedua, norma pengawasan Ombudsman dapat dikategorikan sebagai norma dasar dalam struktur norma hukum negara (legal order) yang menjadi substansi pokok dari konstitusi. Unsur pengawasan adalah unsur pokok dan inherent di dalam manajemen sebuah organisasi, termasuk organisasi negara.

Ketiga, keberadaan Ombudsman menyumbangkan peran penyeimbang permanen bagi cabang kekuasaan konvensional. Birokrasi lembaga eksekutif, yudikatif dan legislatif memerlukan external scrutiny karena

*birokrasi atau administrative process merupakan bagian yang esensial dari sebuah lembaga.*³³

Salah satu unsur demokrasi Pancasila dalam penyelenggaraan pemerintahan adalah adanya kesetaraan, di samping kebebasan. Untuk mewujudkan kesetaraan tersebut dibutuhkan fungsi *check and balance*. Fungsi ini, khususnya dalam penyelenggaraan pelayanan publik sudah menjadi tugas dan tanggung jawab Ombudsman, hal ini dinyatakan oleh Hendra Nurtjahjo bahwa:

*Fungsi checks ombudsman adalah fungsi ketatanegaraan yang khas, yaitu fungsi inspektif (dalam penyelenggaraan administrasi publik) yang dapat bergerak multi arah, termasuk arah checks vertical ke atas. Kekhasan ini berbeda dengan fungsi-fungsi ketatanegaraan lain yang dimiliki secara konvensional oleh lembaga-lembaga negara yang diletakkan kedudukannya sebagai lembaga negara utama (main state institution). Fungsi-fungsi lembaga negara yang konvensional, yaitu fungsi eksekutif, legislatif dan yudikatif membutuhkan fungsi inspektif yang bersifat permanen sebagai counterpart dalam memperkuat pelaksanaan demokrasi dan konstitusionalisme.*³⁴

Pentingnya pengaturan lembaga Ombudsman dalam struktur lembaga negara yang diatur dalam struktur lembaga negara dalam Undang-Undang Dasar 1945 didasarkan pada argumentasi hukum sebagai berikut:

1. Lembaga Ombudsman adalah lembaga pengawas pelayanan publik yang bertujuan untuk mewujudkan kesejahteraan rakyat yang telah dicita-citakan *founding fathers* NKRI.
2. Adanya jaminan bahwa lembaga Ombudsman adalah lembaga negara yang permanen yang tidak mudah untuk dibubarkan, kecuali dengan merubah Undang-Undang Dasar 1945.
3. Akan membuat sepadan antara struktur lembaga Ombudsman dengan substansi pelayanan publik yang menjadi objek pengawasannya yang sudah diatur dalam ketentuan norma dasar Undang-Undang Dasar 1945.
4. Akan lebih memperkuat legitimasi secara struktural sebagai lembaga negara sehingga produk hukum yang diputuskannya juga akan lebih berpeluang untuk ditaati oleh aparaturnya yang dihadapinya.

³³ Hendra Nurtjahjo, *Fungsi dan Kedudukan Ombudsman Dalam Sistem Checks and Balances Ketatanegaraan Indonesia*, Ringkasan Disertasi Program Doktor Pasca Sarjana, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia, 2016, h. 121.

³⁴ *Ibid.*, h. 119.

Kedudukan Ombudsman, KPK dan Komnas HAM dalam Undang-Undang Dasar 1945 sebaiknya pengaturannya disejajarkan dengan kedudukan BPK yang diatur dalam Bab VIIIA tentang Badan Pemeriksa Keuangan, dirubah sehingga susunan redaksional Bab VIIIA tentang Lembaga Negara Khusus, dan ditambahkan Pasal 23H dengan susunan redaksional sebagai berikut:

Pasal 23 H

- (1) Untuk menjamin kualitas pelayanan publik yang diselenggarakan oleh Penyelenggara Negara dan pemerintahan baik di pusat maupun di daerah termasuk yang diselenggarakan oleh Badan Usaha Milik Negara, Badan Usaha Milik Daerah, dan Badan Hukum Milik Negara serta badan swasta atau perseorangan yang diberi tugas menyelenggarakan pelayanan publik tertentu, diadakan Ombudsman Republik Indonesia.*
- (2) Ombudsman merupakan lembaga negara yang bersifat mandiri dan tidak memiliki hubungan organik dengan lembaga negara dan instansi pemerintahan lainnya, serta dalam menjalankan tugas dan wewenangnya bebas dari campur tangan kekuasaan lainnya.*
- (3) Ombudsman berkedudukan di ibu kota negara Republik Indonesia dengan wilayah kerja meliputi seluruh wilayah negara Republik Indonesia.*
- (4) Ketentuan lebih lanjut mengenai pembentukan, susunan dan tata kerja Ombudsman diatur dengan undang-undang.*

Sedangkan untuk KPK dan Komnas HAM diatur dalam Pasal 23I dan Pasal 23J dengan redaksional menyesuaikan.

KESIMPULAN

Dalam praktik penyelenggaraan pemerintahan di Indonesia saat ini, Ombudsman, KPK, Komnas HAM dan BPK yang termasuk dalam lembaga negara khusus diposisikan sejajar dengan (1) Legislatif, yang terdiri dari MPR, yang terdiri dari DPR dan DPD. (2) Eksekutif, yang terdiri dari Presiden, KPU dan Bank Indonesia; (3) Yudisial, yang terdiri dari MK, MA dan KY; (4) Ombudsman, KPK, Komnas HAM dan BPK sebagai lembaga negara khusus. Walaupun pengaturan lembaga negara dan komisi tersebut, selain BPK pada saat hanya didasarkan pada Undang-Undang. Di masa yang akan datang agar lembaga negara dan komisi tersebut semakin *legitimate* dan kiprahnya semakin dapat dirasakan oleh masyarakat luas dan mampu mendorong terwujudnya penyelenggaraan Negara yang bersih dan bebas dari KKN, sehingga memberikan kesempatan yang

seluas-luasnya kepada rakyat untuk menggapai kesejahteraan dan keadilan yang didambakan sejak berdirinya NKRI. Maka sudah selayaknya lembaga negara dan komisi tersebut diatur dalam ketentuan norma dasar UUD 1945.

DAFTAR PUSTAKA:

Asmara, Galang, 2012, *Ombudsman Republik Indonesia Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, Surabaya: Laksbang Justisia.

Asshiddiqie, Jimly, 2006, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Jakarta; Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.

Asshiddiqie, Jimly, *Konstitusi Dan Konstitusionalisme*, <https://www.google.co.id/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0CD4QFjAE&url=http%3A%2F%2Fwww.jimly.com%2Fpemikiran%2Fgetbuku%2F9&ei=miGQU8CfHZHJuASGx4BI&usq=AFQjCNFEg8K0H2CXS25i92Wwp4AEvUAg3g&sig2=dzCXv4cdW94Kq8pEL472A>, diakses pada tanggal 5 Juni 2014.

_____, 2003, *Struktur Ketatanegaraan Indonesia Setelah Perubahan Keempat UUD Tahun 1945*, makalah disampaikan dalam simposium yang diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman dan HAM.

_____, (Editor: Satya Arinanto dan Ninuk Triyanti), 2012, *Membangun Budaya Sadar Konstitusi*, dalam buku *Memahami Hukum Dari Konstruksi Sampai Implementasi*, Jakarta; Rajawali Press, cet. 3.

Bălan, Emil Dan Gabriela Varia, 2009, *The Ombudsman and The Judicial Power The Romanian Experience*, *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, 26E/2009.

Black, Henry Campbell, 1990, *Black's Law Dictionary; Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, St. Paul, Minn; West Publishing, co.

Harjono, 2008, *Konstitusi Sebagai Rumah Bangsa; Pemikiran Dr. Harjono, SH, M.CL, Wakil Ketua Mahkamah Konstitusi*, Jakarta; Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi.

- Hood, Phillips O, 1987, *Constitutional and Administrative Law*, 7th ed., London: Sweet and Maxwell.
- Masthuri, Budhi, 2005, *Mengenal Ombudsman Indonesia*, Jakarta: Pradnya Paramita.
- Mc Ilwain, Charles Howard, 1996, *Constitutionalisme; Ancient and Modern*, Cornell University Press, Itacha, New York.
- Nuriyanto, 2014, "Penyelenggaraan Pelayanan Publik Di Indonesia, Sudahkah Berlandaskan Konsep Welfare State?", *Jurnal Konstitusi*, Volume 11 Nomor 3, September.
- Nuriyanto, 2015, "Rembug Pelayanan Masyarakat (RPM) Sebagai Aktualisasi Pelayanan Publik Berlandaskan Demokrasi Pancasila", *Jurnal Konstitusi*, Volume 12 Nomor 2, edisi Juni.
- _____, 2015, "Membangun Budaya Hukum Pelayanan Publik Untuk Mewujudkan Kesejahteraan Rakyat", *Jurnal Anti Korupsi Integritas*, Volume 1 Nomor 1 November 2015.
- _____, 2017, "Kekuatan Mengikat Secara Hukum Rekomendasi Ombudsman Indonesia", *Jurnal Hukum Das Sollen*, volume 1 Nomor 1, Juni.
- Remac, Milan, "Coordinating Ombudsmen and Judiciary?", *Jurnal Mednarodna Revija Za Javno Upravo XII (2-3)*, 2014.
- Wignjosoebroto, Soetandyo, 2002, *Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Jakarta: Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (Elsam) dan Perkumpulan Untuk Pembaruan Hukum Berbasis Masyarakat dan Ekologi (Huma).
- _____, 2013, *Hukum Dalam Masyarakat*, Yogyakarta: Graha Ilmu.
- Yunus, Nur Rohim, 2015, *Menciptakan Budaya Hukum Masyarakat Indonesia Dalam Dimensi Hukum Progresif*, *Jurnal Supremasi Hukum* Volume 11, Nomor 1, Januari.

Progresivitas Putusan Sengketa Kewenangan Lembaga Negara dan Pembaharuan Hukum Acara

Progressiveness of State Institution Authority Dispute Decision and Renewal of Procedural Law

Luthfi Widagdo Eddyono

Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara dan Pengelolaan Perpustakaan
Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia
Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta 10110
E-mail: luthfi_we@yahoo.com

Naskah diterima: 02/03/2018 revisi:06/08/18 disetujui: 12/12/2018

Abstrak

Berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, salah satu kewenangan Mahkamah Konstitusi adalah memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945. Untuk mengatur hal-hal lebih lanjut, dibentuklah Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Akan tetapi, undang-undang tersebut masih belum menjelaskan detail hukum acara kewenangan tersebut, sehingga Mahkamah Konstitusi diberikan kewenangan untuk mengatur hal-hal yang diperlukan bagi kelancaran pelaksanaan tugas dan wewenangnya. Karenanya Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 08/PMK/2006 tentang Pedoman Beracara dalam Sengketa Kewenangan Konstitusional Lembaga Negara bertanggal, 18 Juli 2006 dibuat oleh Mahkamah Konstitusi. Akan tetapi, Peraturan itu belum juga diubah sampai sekarang padahal berbagai putusan Mahkamah Konstitusi sedikit banyak telah menentukan beberapa hal yang terkait dengan hukum formal di Mahkamah Konstitusi. Bahkan setelah adanya Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Peraturan Mahkamah Konstitusi juga belum direvisi. Tulisan ini akan memfokuskan pada analisis terhadap hukum acara perkara sengketa kewenangan lembaga negara oleh Mahkamah Konstitusi pasca beberapa putusan yang telah dihasilkan oleh Mahkamah Konstitusi dan

adanya Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Rekomendasi yang dihasilkan terkait dengan kebutuhan revisi hukum acara Mahkamah Konstitusi sebagaimana termaktub dalam Peraturan Mahkamah Konstitusi seperti perlunya diatur keberadaan pihak terkait karena sengketa tersebut pada dasarnya adalah perselisihan atau perbedaan pendapat yang berkaitan dengan pelaksanaan kewenangan antara dua atau lebih lembaga negara, sehingga sengketa kewenangan lembaga negara masih memungkinkan adanya pihak terkait.

Kata Kunci: Mahkamah Konstitusi, Hukum Acara, Sengketa Kewenangan Lembaga Negara

Abstract

Based on Article 24C paragraph (1) of the 1945 Constitution, one of the authorities of the Constitutional Court is to decide on the authority dispute of state institutions whose authority is granted by the 1945 Constitution. To regulate further matters, Law Number 24 of 2003 concerning the Constitutional Court was established. However, the law still does not explain the details of the procedural law of the authority, so the Constitutional Court is given the power to regulate matters needed for the smooth implementation of its duties and authorities. Therefore the Constitutional Court Regulation Number 08/PMK/2006 concerning Procedure Guidelines in the Constitutional Institutional Authority Dispute dated July 18, 2006, was made by the Constitutional Court. However, the regulation has not been changed until now even though various Constitutional Court decisions have determined the number of things related to formal law in the Constitutional Court. Even after the Law Number 8 of 2011 concerning Amendments to Law Number 24 of 2003 concerning the Constitutional Court, the Constitutional Court Regulation has also not been revised. This paper will focus on the analysis of the procedural law on state authority dispute cases by the Constitutional Court after several decisions that have been produced by the Constitutional Court and the existence of Law Number 8 of 2011 concerning Amendments to Law Number 24 of 2003 concerning the Constitutional Court. There are recommendations that are generated related to the need for revisions to the Constitutional Court procedural law as set out in the Constitutional Court Regulations such as the need to regulate the existence of related parties because the dispute is basically a dispute or difference of opinion relating to the implementation of authority between two or more state institutions.

Keywords: Constitutional Court, Procedural Law, Disputes Authority of State Institutions.

PENDAHULUAN

Pasal 24 ayat (2) UUD 1945 menyatakan, 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. Berdasarkan ketentuan tersebut, Mahkamah Konstitusi merupakan salah satu pelaku kekuasaan kehakiman selain Mahkamah Agung. Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.¹ Dengan demikian, Mahkamah Konstitusi adalah suatu lembaga peradilan, sebagai cabang kekuasaan yudikatif, yang mengadili perkara-perkara tertentu yang menjadi kewenangannya berdasarkan ketentuan UUD 1945.

Berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 yang ditegaskan kembali dalam Pasal 10 ayat (1) huruf a sampai dengan d Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU 24/2003), kewenangan Mahkamah Konstitusi adalah menguji undang-undang terhadap UUD 1945; memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945; memutus pembubaran partai politik; dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum. Selain itu, berdasarkan Pasal 7 ayat (1) sampai dengan (5) dan Pasal 24C ayat (2) UUD 1945 yang ditegaskan lagi oleh Pasal 10 ayat (2) UU 24/2003, kewajiban Mahkamah Konstitusi adalah memberikan keputusan atas pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum, atau perbuatan tercela, atau tidak memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden sebagaimana dimaksud dalam UUD 1945.²

Sejak berdirinya pada tahun 2003 hingga tahun 2018, Mahkamah Konstitusi telah mendaftarkan 2.657 perkara. Terdapat 1.236 perkara pengujian undang-undang, 982 perkara perselisihan hasil pemilihan kepala daerah, 414 perkara perselisihan hasil pemilihan presiden/wakil presiden, Dewan Perwakilan Rakyat,

¹ Menurut Bagir Manan, kekuasaan kehakiman yang merdeka berkaitan erat dengan faham pembatasan kekuasaan, baik yang bersumber pada ajaran pemisahan (pembagian) kekuasaan, faham negara berdasarkan atas hukum, atau demokrasi. Bagir Manan, *Kekuasaan Kehakiman Indonesia, dalam UU No. 4 Tahun 2004*, Yogyakarta: FH UII, 2007, h. 31.

² Berdasarkan empat wewenang dan satu kewajiban yang dimilikinya, Jimly Asshiddiqie beranggapan Mahkamah Konstitusi merupakan pengawal konstitusi (*the guardian of the constitution*). Hal itu juga membawa konsekuensi MK berfungsi sebagai penafsir konstitusi (*the sole interpreter of the constitution*). Konstitusi sebagai hukum tertinggi mengatur penyelenggaraan negara berdasarkan prinsip demokrasi dan salah satu fungsi konstitusi adalah melindungi hak asasi manusia yang dijamin dalam konstitusi sehingga menjadi hak konstitusional warga negara. Karena itu, MK juga berfungsi sebagai pengawal demokrasi (*the guardian of the democracy*), pelindung hak konstitusional warga negara (*the protector of the citizen's constitutional rights*) serta pelindung HAM (*the protector of human rights*). Jimly Asshiddiqie, *Menuju Negara Hukum yang Demokratis*, Jakarta: Setjen dan Kepaniteraan MK RI, 2008, h. 39.

Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, dan Dewan Perwakilan Daerah. Terkait dengan penyelesaian perkara memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945, sejak 2003 sampai dengan akhir 2018, terdapat 25 perkara yang diterima dan telah diputus.³

Tulisan ini akan memfokuskan pada analisis terhadap hukum acara perkara sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945 oleh Mahkamah Konstitusi. Kajian hukum acara perkara sengketa kewenangan lembaga negara oleh Mahkamah Konstitusi sangat penting mengingat Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 08/PMK/2006 tentang Pedoman Beracara dalam Sengketa Kewenangan Konstitusional Lembaga Negara bertanggal, 18 Juli 2006 masih belum direvisi padahal telah ada beberapa putusan yang telah dihasilkan oleh Mahkamah Konstitusi yang menyinggung hal tersebut dan telah ada Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

Analisis terhadap Peraturan Mahkamah Konstitusi juga dibutuhkan sebab UUD 1945, maupun Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU 24/2003)⁴ yang telah diubah terakhir dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU 8/2011)⁵ tentang Mahkamah Konstitusi memang masih belum menjelaskan secara detail hukum acara kewenangan tersebut,⁶ sehingga Mahkamah Konstitusi mutlak diberikan kewenangan⁷ untuk mengatur hal-hal yang diperlukan bagi kelancaran pelaksanaan tugas dan wewenangnya tersebut.⁸

³ Mahkamah Konstitusi, *Laporan Tahunan 2018, Mengawal Daulat Rakyat*, Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi, Jakarta, Cetakan Pertama, Januari 2019, h. 10.

⁴ Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 98, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4316.

⁵ Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5226. Beberapa pokok materi penting dalam perubahan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, antara lain susunan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi; pengawasan hakim konstitusi; masa jabatan Ketua dan Wakil Ketua Mahkamah Konstitusi, syarat pendidikan untuk dapat diangkat sebagai hakim konstitusi, serta Kode Etik dan/atau Pedoman Perilaku Hakim Mahkamah Konstitusi. Akan tetapi, sejak 18 Oktober 2011, beberapa norma dalam UU 8/2011 tersebut tidak lagi mempunyai kekuatan hukum mengikat berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 49/PUU-IX/2011.

⁶ Tim Lindsay menyatakan, "If effective, the new Constitutional Court has the potential to radically transform the Indonesian judicial and legislative relationship and create a new check on the conduct of lawmakers and the presidency. Unfortunately, however, the amendments did not deal in detail with the standing of the new Court within the system." Tim Lindsey, "Comparative Constitutionalisms: The Remaking of Constitutional Orders in South-East Asia", *Singapore Journal of International and Comparative Law*, (2002): 9.

⁷ Pasal 86 UU 24/2003.

⁸ Hasil penelitian Konsorsium Reformasi Hukum Nasional (KRHN) kerjasama Mahkamah Konstitusi menyebutkan, "UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi juga belum menegaskan konsepsi lembaga negara. Padahal, undang-undang itu yang dijadikan pedoman bagi Mahkamah Konstitusi dalam menyelenggarakan tugas-tugas konstitusionalnya, termasuk memeriksa dan memutus sengketa kewenangan antarlembaga negara." Firmansyah Arifin, et al., *Lembaga Negara dan Sengketa Kewenangan Antarlembaga Negara*. Jakarta: Konsorsium Reformasi Hukum Nasional (KRHN) dan Mahkamah Konstitusi, Juni 2005, h. 38.

PEMBAHASAN

Sumber utama untuk mencari aturan hukum acara adalah undang-undang Hukum Acara, yang secara khusus dibuat untuk itu.⁹ Pengaturan tentang Hukum Acara Mahkamah Konstitusi ada pada Pasal 28 sampai dengan Pasal 85 UU 24/2003 yang telah diubah terakhir dengan UU 8/2011. Aturan hukum acara tersebut termuat dalam Bab V yang disusun dalam 12 bagian. Akan tetapi, pengaturan hukum acara yang dimuat dalam undang-undang tersebut tidaklah lengkap.

Mengenai hal tersebut, menarik diperhatikan pendapat Maruarar Siahaan sebagai berikut.

Pengaturan hukum acara yang dimuat dalam UU MK sangat sumir, sehingga terdapat begitu banyak kekosongan. Akan tetapi sejak awal, pembuat undang-undang telah menyadari hal tersebut, baik karena keterbatasan waktu maupun kurangnya sumber acuan yang dapat digunakan sebagai bahan dalam menyusun hukum acara di MK, sehingga pengembangan lebih lanjut aturan hukum acara yang dibutuhkan diserahkan kepada MK untuk mengatur hal-hal yang diperlukan bagi kelancaran pelaksanaan tugas dan wewenangnya (Pasal 86 UU MK).

Penyempurnaan hukum acara tersebut, sebagaimana telah dilaksanakan, melalui Peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK) maupun dengan yurisprudensi konstitusi, yang akan mencari dasar dasar hukum melalui interpretasi perbandingan dengan hukum acara dan putusan MK negara lain. Yang menarik, pembuat undang-undang di Korea sangat menyadari kekurangan hukum acara yang diatur dalam UU MK Korea tersebut, sehingga secara khusus menegaskan bahwa secara mutatis mutandis, sesuai dengan sifat perkara; misalnya untuk perkara impeachment, hukum acara pidana juga mutatis mutandis berlaku, dalam perkara pengujian undang-undang, hukum acara perdata berlaku dan untuk perkara sengketa kewenangan lembaga negara, maka hukum acara Peradilan Tata Usaha Negara (PTUN) berlaku. Ketentuan ini tidak terdapat dalam UU MK di Indonesia. Akan tetapi dalam praktek, hukum acara tersebut masing masing dijadikan juga sebagai acuan dan sumber hukum acara MK.¹⁰

Karena sempitnya waktu yang tersedia untuk menyusun UU 24/2003 menyebabkan aturan mengenai hukum acara tidak lengkap, sehingga Mahkamah

⁹ Menurut Maruarar Siahaan, sumber hukum acara Mahkamah Konstitusi dapat ditemukan dalam: UU MK (UU No. 24 Tahun 2003); *Rule of Law of the Court* (PMK) berdasar Pasal 86 UU MK; Yurisprudensi MK; UU Hukum Acara Perdata, Hukum Acara TUN, dan Hukum Acara Pidana Indonesia; Pendapat Sarjana (doktrin); dan Hukum Acara dan Yurisprudensi Mahkamah Konstitusi Negara Lain. Maruarar Siahaan, "Pokok-Pokok Hukum Acara Mahkamah Konstitusi", tampilan *power point* disampaikan dalam Temu Wicara MKRI dan Partai Demokrat, Hotel Sultan, Jakarta, 8 September 2007.

¹⁰ Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Jakarta: Konpress, 2005, h. 4-5.

Konstitusi diberi kewenangan untuk mengatur lebih lanjut hal yang dipandang perlu bagi kelancaran pelaksanaan tugas dan wewenangnya dengan menyusun sendiri *rule of the court*.¹¹ Maruarar Siahaan menjelaskan sebagai berikut.

*Rule of the court yang diperlukan untuk mengisi kekurangan atau kekosongan yang ada dilakukan dalam Peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK). PMK yang dibentuk sampai saat ini masih sangat terbatas karena ternyata perkembangan praktik beracara yang dilaksanakan MK masih dinamis. Pelaksanaan PMK maupun dalam praktik pemeriksaan MK, dalam mengisi kekosongan hukum acara, tentu juga merujuk pada bagian undang-undang hukum acara yang dikenal dalam hukum acara perdata maupun hukum acara peradilan tata usaha negara yang relevan dengan perkara konstitusi yang dihadapi.*¹²

Pada Pasal 89 UU 24/2003 telah pula menentukan, Mahkamah Konstitusi dapat mengatur lebih lanjut hal-hal yang diperlukan bagi kelancaran pelaksanaan tugas dan wewenangnya menurut Undang-Undang ini. Hal tersebut dikuatkan penjelasan umum UU 24/2003 yang menyatakan,

"Hukum acara yang diatur dalam Undang-Undang ini memuat aturan umum beracara di muka Mahkamah Konstitusi dan aturan khusus sesuai dengan karakteristik masing-masing perkara yang menjadi kewenangan Mahkamah Konstitusi. Untuk kelancaran pelaksanaan tugas dan wewenangnya, Mahkamah Konstitusi diberi kewenangan untuk melengkapi hukum acara menurut Undang-Undang ini."

Hingga saat ini, Mahkamah Konstitusi sendiri telah menyusun 41 Peraturan Mahkamah Konstitusi.¹³ Terkait dengan Perkara Sengketa Kewenangan Lembaga Negara, Mahkamah Konstitusi juga telah menetapkan Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 08/PMK/2006 tentang Pedoman Beracara dalam Sengketa Kewenangan Konstitusional Lembaga Negara (PMK 8/2006) pada tanggal 18 Juli 2006.¹⁴

¹¹ *Ibid.*, h. 68-69.

¹² *Ibid.*, h. 69

¹³ Untuk mengetahui berbagai Peraturan Mahkamah Konstitusi yang ada dapat dilihat pada <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=web.Peraturan&id=6&menu=6&status=2>.

¹⁴ Pasal 8 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan menyatakan, "Jenis Peraturan Perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (1) mencakup peraturan yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Komisi Yudisial, Bank Indonesia, Menteri, badan, lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk dengan Undang-Undang atau Pemerintah atas perintah Undang-Undang, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat." Kemudian ayat (2)-nya menyatakan, "Peraturan Perundang-undangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan". Dengan demikian, keberadaan Peraturan Mahkamah Konstitusi telah diakui sebagai bagian dari peraturan perundang-undangan yang bersifat mengikat.

2.1 Permohonan

2.1.1 Pengajuan Permohonan

Dalam Bagian Kedua UU 24/2003, terdapat Pasal 29-31 yang isinya mengenai Pengajuan Permohonan. Pasal 29 ayat (1) UU 24/2003 berbunyi, “Permohonan diajukan secara tertulis dalam bahasa Indonesia oleh pemohon atau kuasanya kepada Mahkamah Konstitusi”, sedangkan ayat (2)-nya menyatakan agar permohonan tersebut ditandatangani oleh pemohon atau kuasanya dalam 12 rangkap. Permohonan tersebut harus ditandatangani oleh pemohon atau kuasanya itu dalam 12 rangkap. Permohonan tersebut memang untuk dibagikan kepada sembilan orang hakim konstitusi dan lembaga negara yang menjadi pihak termohon, dan lembaga negara yang terkait lainnya.

Permohonan tersebut, menurut ketentuan Pasal 30 UU 24/2003, wajib dibuat dengan uraian yang jelas mengenai jenis perkara yang diajukan. Permohonan yang diajukan berkenaan dengan salah satu jenis perkara konstitusi, menurut ketentuan Pasal 31 ayat (1) UU 24/2003, sekurang-kurangnya harus memuat (i) identitas pemohon, yaitu setidaknya-tidaknya nama dan alamat; (ii) uraian mengenai perihal atau pokok perkara yang menjadi dasar permohonan, yaitu salah satu dari perkara konstitusi seperti diuraikan di atas atau *fundamentum petendi* dari permohonan;¹⁵ dan (iii) hal-hal yang diminta untuk diputus atau *petitum* permohonan. Selanjutnya, pada ayat (2) dinyatakan bahwa permohonan dimaksud harus diajukan dengan disertai alat-alat bukti yang mendukung permohonan tersebut.

Pasal 61 ayat (1) mendefinisikan Pemohon sebagai lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang mempunyai kepentingan langsung terhadap kewenangan yang dipersengketakan. Pasal 3 ayat (1) PMK 08/2006 menyebutkan bahwa Pemohon adalah lembaga negara yang menganggap kewenangan konstitusionalnya diambil, dikurangi, dihalangi, diabaikan, dan/atau dirugikan oleh lembaga negara yang lain. Pemohon tersebut harus mempunyai kepentingan langsung terhadap kewenangan yang dipersengketakan.

¹⁵ Pasal 61 ayat (1) memang menyebutkan bahwa Pemohon wajib menguraikan dengan jelas dalam permohonannya tentang kepentingan langsung pemohon dan menguraikan kewenangan yang dipersengketakan serta menyebutkan dengan jelas lembaga negara yang menjadi termohon.

Menurut Pasal 2 PMK 8/2006, Lembaga negara yang dapat menjadi pemohon atau termohon dalam perkara sengketa kewenangan konstitusional lembaga negara adalah: a. Dewan Perwakilan Rakyat (DPR); b. Dewan Perwakilan Daerah (DPD); c. Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR); d. Presiden; e. Badan Pemeriksa Keuangan (BPK); f. Pemerintahan Daerah (Pemda); atau g. Lembaga negara lain yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945. Kewenangan yang dipersengketakan tersebut haruslah kewenangan yang diberikan atau ditentukan oleh UUD 1945. Mahkamah Agung (MA) pun tidak dapat menjadi pihak, baik sebagai pemohon ataupun termohon dalam sengketa kewenangan teknis peradilan (*yustisial*) [Pasal 2 ayat (3) PMK 8/2006]. Walaupun demikian, Mahkamah Konstitusi dalam Putusan 3/SKLN-X/2012 telah menyatakan bahwa terhadap objek kewenangan yang dipersengketakan (*objectum litis*), Mahkamah berpendapat bahwa kewenangan yang dipersengketakan dalam perkara sengketa kewenangan lembaga negara tidak harus merupakan kewenangan yang secara eksplisit (*expressis verbis*) disebutkan dalam UUD 1945, tetapi juga termasuk kewenangan delegasi yang bersumber dari kewenangan atribusi yang disebutkan dalam UUD 1945.

PMK 8/2006 telah menentukan bahwa permohonan harus ditulis dalam bahasa Indonesia dan harus memuat: a. Identitas lembaga negara yang menjadi pemohon, seperti nama lembaga negara, nama ketua lembaga, dan alamat lengkap lembaga negara; b. nama dan alamat lembaga negara yang menjadi termohon; c. uraian yang jelas tentang: kewenangan yang dipersengketakan;¹⁶ kepentingan langsung pemohon atas kewenangan tersebut;¹⁷ dan hal-hal

¹⁶ Mahkamah Konstitusi dalam putusan Nomor 004/SKLN-IV/2006 bertanggal 12 Juli 2006 telah mencoba merumuskan kata "lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar" dalam Pasal 24C ayat (1) UUD 1945. Mahkamah Konstitusi melakukan penafsiran gramatika (*grammatische interpretatie*). Menurut Mahkamah Konstitusi, untuk menentukan apakah sebuah lembaga sebagai lembaga negara sebagaimana dimaksud Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, maka yang pertama-tama harus diperhatikan adalah adanya kewenangan-kewenangan tertentu dalam Undang-Undang Dasar dan baru kemudian kepada lembaga apa kewenangan-kewenangan tersebut diberikan. Karena kewenangan sifatnya terbatas dan untuk sesuatu hal yang tertentu, maka sifat kelembagaan negara tidaklah dapat ditentukan secara umum, tetapi terkait dengan kewenangan yang diberikan atau dengan kata lain sebuah lembaga yang disebut dengan nama apapun berkedudukan sebagai lembaga negara menurut pengertian Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 apabila lembaga tersebut memperlakukan atau dipermasalahkan kewenangannya yang diberikan oleh UUD 1945. Kewenangan yang diberikan oleh UUD dapat ditafsirkan tidak hanya yang tekstual saja tetapi juga termasuk di dalamnya kewenangan implisit yang terkandung dalam suatu kewenangan pokok dan kewenangan yang diperlukan guna menjalankan kewenangan pokok. Akan tetapi, tidak seluruh kewenangan yang berada dalam undang-undang karena diturunkan dari UUD dengan serta-merta termasuk dalam pengertian yang kewenangannya diberikan oleh UUD sebagaimana dimaksud oleh Pasal 24C ayat (1) UUD 1945. Pembuat undang-undang berdasarkan UUD diberi wewenang membentuk lembaga negara dan memberi kewenangan terhadap lembaga negara yang dibentuknya tersebut, namun apabila pembentukan lembaga negara dan pemberian kewenangan kepada lembaga negara sebagaimana ditetapkan dalam undang-undang bertentangan dengan UUD, Mahkamah Konstitusi dapat melakukan pengujian materiil undang-undang sedemikian terhadap UUD 1945. Di samping itu, pembentuk undang-undang dapat juga membentuk lembaga negara dan memberikan kewenangan kepada lembaga negara itu, walaupun tidak diperintahkan oleh UUD 1945. Dengan demikian, tidak setiap kewenangan yang diberikan oleh undang-undang harus dimaknai sebagai kewenangan yang diperintahkan oleh UUD.

¹⁷ Hal tersebut terkait dengan kedudukan hukum. Atau yang kerap disebut sebagai *legal standing* atau *Personae standi in iudicio* adalah kedudukan hukum atau kondisi di mana seseorang atau suatu pihak ditentukan memenuhi syarat dan oleh karena itu mempunyai hak untuk mengajukan permohonan. Dengan adanya kriteria *legal standing*, berarti tidak semua orang atau pihak mempunyai hak mengajukan permohonan ke Mahkamah Konstitusi. Hanya mereka yang benar-benar mempunyai kepentingan hukum saja yang boleh menjadi pemohon, sesuai dengan adagium *point*

yang diminta untuk diputuskan. Permohonan tersebut dibuat dalam 12 rangkap dan ditandatangani oleh Presiden atau Pimpinan lembaga negara yang mengajukan permohonan atau kuasanya. Selain dibuat dalam bentuk tertulis, permohonan dapat pula dibuat dalam format digital yang tersimpan secara elektronik dalam media penyimpanan berupa disket, cakram padat (*compact disk*), atau yang sejenisnya.¹⁸ Tentu dapat dimaklumi kebutuhan permohonan dalam format digital akan berguna untuk penyusunan *draft* putusan oleh Mahkamah Konstitusi khususnya pada bagian Duduk Perkara.

Satu hal yang penting lagi untuk dipahami adalah dalam mengajukan permohonan sengketa kewenangan konstitusional lembaga negara tidaklah dibebani biaya perkara.¹⁹ Pembebasan biaya perkara ini tidak hanya berlaku pada perkara sengketa kewenangan saja, tetapi terhadap seluruh perkara konstitusional lainnya.

2.1.2 Pendaftaran Permohonan dan Jadwal Sidang

Terhadap setiap permohonan yang diajukan, Panitia Mahkamah Konstitusi melakukan pemeriksaan kelengkapan permohonan. Permohonan yang belum memenuhi kelengkapan wajib dilengkapi oleh pemohon dalam jangka waktu paling lambat tujuh hari kerja sejak pemberitahuan kekuranglengkapan tersebut diterima pemohon. Selanjutnya, Permohonan yang telah memenuhi kelengkapan dicatat dalam Buku Registrasi Perkara Konstitusi. Untuk itu Pemohon akan mendapatkan tanda terima²⁰

Dalam jangka waktu paling lambat 14 hari kerja setelah permohonan dicatat dalam Buku Registrasi Perkara Konstitusi, Mahkamah Konstitusi menetapkan hari sidang pertama yang harus diberitahukan kepada para pihak dan diumumkan kepada masyarakat, yaitu dengan menempelkan salinan pemberitahuan tersebut di papan pengumuman Mahkamah Konstitusi yang khusus digunakan untuk itu²¹ dan laman www.mahkamahkonstitusi.go.id atau www.mkri.id.²² Pemberitahuan penetapan hari sidang pertama harus sudah

d'interet point d'action (ada kepentingan hukum, boleh mengajukan gugatan). Apabila permohonan yang diajukan oleh pemohon yang tidak mempunyai *legal standing* maka perkaranya akan berakhir dengan putusan Mahkamah Konstitusi yang menyatakan permohonan Pemohon tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*). Baca Luthfi Widagdo Eddyono, <http://luthfiwe.blogspot.com/2010/02/glosari-mahkamah-konstitusi.html> diakses 2 Maret 2018.

¹⁸ Pasal 5 PMK 08/2006.

¹⁹ *Ibid.* Ketentuan ini kemudian dipertegas oleh Pasal 35A UU 8/2011.

²⁰ Pasal 32 UU 24/2003. Buku Registrasi Perkara Konstitusi memuat antara lain catatan tentang kelengkapan administrasi dengan disertai pencantuman nomor perkara, tanggal penerimaan berkas permohonan, nama pemohon, dan pokok perkara (Pasal 33 UU 24/2003).

²¹ Pasal 34 UU 24/2003.

²² Pasal 9 ayat (5) PMK 8/2006. Pengaturan penggunaan laman merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari upaya dan misi Mahkamah Konstitusi, yaitu mewujudkan Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu pelaku kekuasaan yang modern dan terpercaya. Modern dapat diwujudkan

diterima oleh para pihak yang berperkara dalam jangka waktu paling lama 5 (lima) hari kerja sebelum hari persidangan.²³

2.1.3 Pemberitahuan dan Pemanggilan

Pasal 38 UU 24/2003 jelas menyatakan bahwa para pihak, saksi, dan ahli wajib hadir. Surat panggilan harus sudah diterima oleh yang dipanggil dalam jangka waktu paling lambat tiga hari sebelum hari persidangan. Para pihak yang merupakan lembaga negara dapat diwakili oleh pejabat yang ditunjuk atau kuasanya berdasarkan peraturan perundang-undangan. Jika saksi tidak hadir tanpa alasan yang sah meskipun sudah dipanggil secara patut menurut hukum, Mahkamah Konstitusi dapat meminta bantuan kepolisian untuk menghadirkan saksi tersebut secara paksa.

Panggilan sidang harus ditandatangani oleh Panitera dan disampaikan secara resmi oleh Juru Panggil yang dibuktikan dengan berita acara panggilan serta dapat dibantu media komunikasi lainnya, seperti telepon, faksimili, dan surat elektronik (*e-mail*). Panitera dapat meminta bantuan pemanggilan kepada pejabat negara di daerah.²⁴

2.2. Pemeriksaan Perkara

2.2.1 Pemeriksaan Pendahuluan

Sebelum mulai memeriksa pokok perkara, Mahkamah Konstitusi mengadakan pemeriksaan kelengkapan dan kejelasan materi permohonan. Dalam pemeriksaan itu, Mahkamah Konstitusi wajib memberi nasihat kepada pemohon untuk melengkapi dan/atau memperbaiki permohonan dalam jangka waktu paling lambat 14 hari.²⁵

Jimly Asshiddiqie menjelaskan apa yang menjadi target pemeriksaan pendahuluan sebagai berikut.

Target pemeriksaan pendahuluan ini adalah (i) memastikan bahwa pemeriksaan administratif yang telah dilakukan oleh panitera sungguh-

dalam penggunaan teknologi informasi dan komunikasi (*Information and Communication Technologies = ICTs*). Secara teknis dan terperinci, kegunaan ICTs di pengadilan adalah: sistem peradilan yang efisien (mangkus) karena dapat meningkatkan produktivitas dan mengurangi biaya atas penyebarluasan informasi penting; sistem peradilan yang efektif (sangkil) karena mengurangi prosedur atau birokrasi sehingga dapat mengurangi biaya, baik atas penggunaan alat-alat seperti video conference, software, dll; menambah akses masyarakat atas informasi di pengadilan sehingga mengurangi korupsi atas waktu dan uang yang dilakukan administrasi peradilan; meningkatkan transparansi atas proses peradilan sehingga dapat dievaluasi secara publik; meningkatkan kepercayaan publik atas sistem peradilan; dan yang terpenting menguatkan legitimasi kekuasaan kehakiman. Baca Luthfi Widagdo Eddyono, <http://luthfiwe.blogspot.com/2010/08/penggunaan-teknologi-informasi-dan.html>, diakses 2 Maret 2018.

²³ Pasal 34 ayat (4) UU 8/2011.

²⁴ Pasal 10 PMK 08/2006.

²⁵ Pasal 39 UU 24/2003.

benar-benar telah terpenuhi, yaitu bahwa berkas permohonan yang bersangkutan memang benar-benar telah lengkap adanya; dan (ii) pokok permohonan yang diajukan oleh pemohon memang sudah cukup jelas, sehingga tidak menimbulkan kesalahan dalam memahaminya, misalnya, karena kalimat-kalimat yang bersifat multi tafsir, atau karena maksud pemohon berbeda dari apa yang ia tuliskan dalam permohonan, dan lain-lain sebagainya.

Apabila dari pemeriksaan pendahuluan tersebut ternyata bahwa berkas permohonan bersangkutan kurang lengkap, atau materi permohonannya kurang jelas dan karenanya masih perlu diperbaiki agar menjadi jelas sesuai dengan maksud pemohon, maka hakim diwajibkan untuk memberikan nasihat kepada pemohon mengenai hal-hal itu. Nasihat itu berisi anjuran kepada pemohon agar memanfaatkan kesempatan dalam jangka waktu paling lambat 14 hari seperti ditentukan oleh Pasal 39 ayat (2) UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, untuk melengkapi dan/atau memperbaiki permohonannya itu.²⁶

Dalam sidang panel lanjutan, menurut Jimly Asshiddiqie, setelah perbaikan diselesaikan dalam jangka waktu paling lama 14 hari sebagaimana ditentukan oleh Pasal 39 ayat (2) UU 24/2003, proses pemeriksaan pendahuluan itu tentu sekali lagi dilakukan oleh majelis hakim konstitusi yang memeriksanya.²⁷

Oleh karena itu, pengertian pemeriksaan pendahuluan itu sebenarnya adalah pemeriksaan pendahuluan sebelum lebih lanjut memeriksa pokok perkara. Jika dalam sidang pertama, permohonan yang bersangkutan ternyata telah lengkap dan materinya sudah sangat jelas, maka pemeriksaan tentunya akan berlanjut ke tahap berikutnya, yaitu pemeriksaan persidangan dalam forum sidang pertama itu juga.

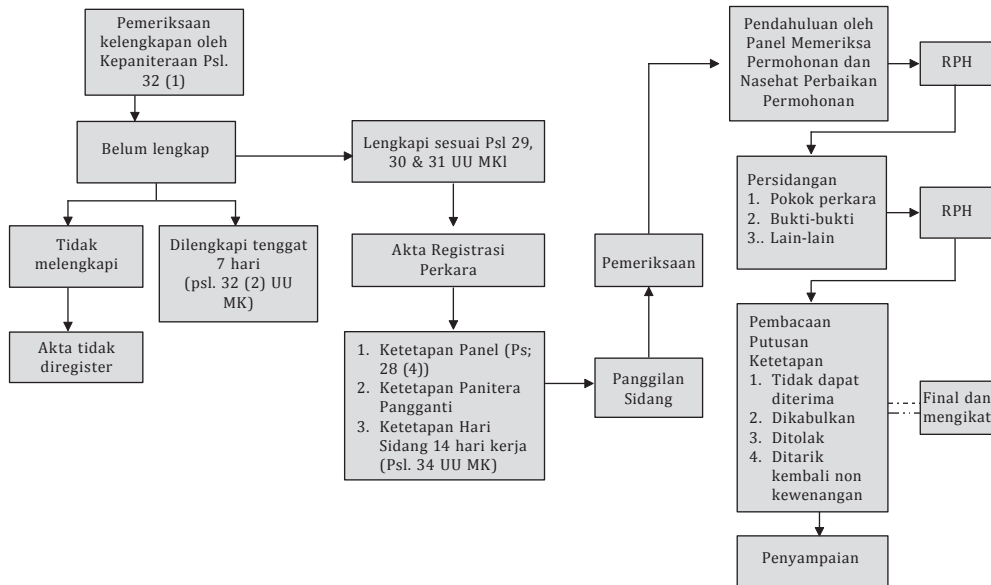
Kalaupun, misalnya, kelengkapan dan kejelasan materi permohonan baru dapat diselesaikan pada sidang kedua, maka dalam sidang kedua itu pula pemeriksaan akan terus dilanjutkan dengan meneliti pokok perkara. Demikian pula jika terjadi bahwa setelah diberikan kesempatan untuk perbaikan, tetapi dalam sidang kedua ternyata berkas permohonannya tetap tidak lengkap dan/ atau tidak jelas materinya, proses pemeriksaan oleh majelis hakim tetap harus diteruskan ke tahap pemeriksaan pokok perkara, meskipun boleh jadi akhirnya permohonan itu akan diputus dengan dinyatakan tidak dapat diterima (niet ontvankelijk verklaard).²⁸

²⁶ Jimly Asshiddiqie, *Sengketa Kewenangan Antarlembaga Negara*, Jakarta:Konpress, 2005, h. 224.

²⁷ *Ibid.*, h. 225.

²⁸ *Ibid.*

Skema Pengajuan Permohonan



• **Sumber** : Wiryanto, "Tata Cara Pengajuan Permohonan di Mahkamah Konstitusi" tampilan *Power Point* MKRI, tanpa tahun.

2.2.2 Pemeriksaan Persidangan

Pemeriksaan tahap berikutnya, seperti diatur dalam Pasal 40 sampai dengan Pasal 44 ayat (2) UU 24/2003 disebut sebagai pemeriksaan persidangan. Sidang Mahkamah Konstitusi terbuka untuk umum, kecuali rapat permusyawaratan hakim. Setiap orang yang hadir dalam persidangan wajib menaati tata tertib persidangan.²⁹

Dalam persidangan hakim konstitusi memeriksa permohonan beserta alat bukti³⁰ yang diajukan untuk itu hakim konstitusi wajib memanggil para

²⁹ Menurut Pasal 40 ayat (3) dan (4) UU 24/2003, ketentuan mengenai tata tertib tersebut diatur oleh Mahkamah Konstitusi dan pelanggaran terhadap ketentuan tersebut merupakan penghinaan terhadap Mahkamah Konstitusi.

³⁰ Pasal 36 ayat (1) menentukan, alat bukti ialah: a. surat atau tulisan; b. keterangan saksi; c. keterangan ahli; d. keterangan para pihak; e. petunjuk; dan f. alat bukti lain berupa informasi yang diucapkan, dikirimkan, diterima, atau disimpan secara elektronik dengan alat optik atau yang serupa dengan itu. Alat bukti tersebut harus dapat dipertanggungjawabkan perolehannya secara hukum. Apabila alat bukti tidak dapat dipertanggungjawabkan perolehannya secara hukum, maka tidak dapat dijadikan alat bukti yang sah. Untuk itu, Mahkamah Konstitusi menentukan sah atau tidak sahnya alat bukti dalam persidangan Mahkamah Konstitusi. Artinya, semua alat bukti yang diajukan untuk mendukung dalil para pihak di hadapan Mahkamah Konstitusi tidak diperoleh secara melawan hukum, baik karena tipu daya, pemalsuan, paksaan serta upaya-upaya yang tidak sah lainnya. Jika alat bukti yang diajukan ternyata diperoleh secara bertentangan dengan hukum, hakim MK tidak dapat mempertimbangkannya sebagai alat bukti yang sah, atau harus dikesampingkan. Dengan kata lain, alat bukti yang diperoleh dengan cara bertentangan dengan norma yang memastikan prosedur hukum yang harus ditempuh tidak boleh digunakan sebagai alat bukti yang sah. Dalam praktek hukum acara di Amerika Serikat, yang merupakan salah satu substansi *due process of law* adalah bukti yang diperoleh tanpa izin penyitaan dari hakim dipandang sebagai alat bukti yang tidak sah (*illegally obtained evidence*). Baca, Luthfi Widagdo Eddyono, <http://luthfiwe.blogspot.com/2011/03/illegally-obtained-evidence.html>, diakses 2 Maret 2018. Walau demikian terdapat *Notoire Feit* yang merupakan peristiwa atau keadaan yang telah diketahui secara umum, karena telah diketahui semua orang atau telah dianggap diketahui orang, yang tidak memerlukan bukti lagi. Pasal 100 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung menyatakan dengan tegas bahwa keadaan yang telah diketahui oleh umum tidak perlu dibuktikan. Baca Luthfi

pihak yang berperkara untuk memberi keterangan yang dibutuhkan dan/atau meminta keterangan secara tertulis kepada lembaga negara yang terkait dengan permohonan. Lembaga negara tersebut wajib menyampaikan penjelasannya dalam jangka waktu paling lambat tujuh hari kerja sejak permintaan hakim konstitusi diterima.

Saksi dan ahli yang dipanggil wajib hadir untuk memberikan keterangan. Berdasarkan Pasal 42A UU 8/2011, Saksi dan ahli dapat diajukan oleh para pihak yang berperkara, pihak terkait, atau dihadirkan oleh Mahkamah Konstitusi dan memberikan keterangan di bawah sumpah atau janji. Saksi dan ahli tersebut masing-masing berjumlah paling sedikit dua orang.³¹

Dalam pemeriksaan persidangan, pemohon dan/atau termohon dapat didampingi atau diwakili oleh kuasanya berdasarkan surat kuasa khusus untuk itu. Adanya pendamping juga dibolehkan, hal itu termaktub dalam Pasal 44 ayat (1) yang berbunyi, “Dalam hal pemohon dan/atau termohon didampingi oleh selain kuasanya di dalam persidangan, pemohon dan/atau termohon harus membuat surat keterangan yang khusus untuk itu.” Surat keterangan tersebut ditunjukkan dan diserahkan kepada hakim konstitusi di dalam persidangan.

Pemohon dapat menarik kembali permohonan sebelum atau selama pemeriksaan Mahkamah Konstitusi dilakukan. Penarikan kembali tersebut mengakibatkan permohonan tidak dapat diajukan kembali.³² Menurut UU 8/2011, berdasarkan ketetapan Mahkamah Konstitusi, Panitera Mahkamah Konstitusi akan menerbitkan Akta Pembatalan Registrasi Permohonan dan memberitahukan kepada pemohon disertai dengan pengembalian berkas Permohonan.³³

Walaupun penarikan kembali tersebut mengakibatkan permohonan tidak dapat diajukan kembali, akan tetapi terdapat pengecualian dalam Pasal 19 ayat 2 PMK 8/2006, yaitu apabila substansi sengketa memerlukan penyelesaian secara konstitusional, tidak terdapat forum lain untuk menyelesaikan sengketa dimaksud, dan adanya kepentingan umum yang memerlukan kepastian hukum.

Widagdo Eddyono, <http://luthfiwe.blogspot.com/2011/03/notoire-feit.html>, diakses 2 Maret 2018.

³¹ Keberadaan norma tersebut sepertinya berpijak pada asas *unus testis nullus testis* (satu saksi bukanlah saksi). Asas tersebut merupakan asas yang menolak kesaksian dari satu orang saksi saja. Dalam hukum acara perdata dan acara pidana, keterangan seorang saksi saja tanpa dukungan alat bukti lain tidak boleh dipercaya atau tidak dapat digunakan sebagai dasar bahwa dalil gugatan secara keseluruhan terbukti. Prinsip ini secara tegas dianut oleh KUHAP dalam pembuktian [Pasal 185 ayat (2)]. Baca, Luthfi Widagdo Eddyono, <http://luthfiwe.blogspot.com/2011/03/unus-testis-nullus-testis.html> diakses 2 Maret 2018.

³² Pasal 35 UU 24/2003.

³³ Pasal 35 ayat (1a) dan Pasal 48A UU 8/2011.

2.2.3 Rapat Permusyawaratan Hakim (RPH)

Rapat Permusyawaratan Hakim (RPH) merupakan rapat pleno hakim yang diselenggarakan secara tertutup untuk membahas putusan atas perkara yang telah diperiksa melalui persidangan yang bersifat terbuka untuk umum.³⁴ Pasal 40 ayat (1) UU 24/2003 menyatakan, “Sidang Mahkamah Konstitusi terbuka untuk umum, kecuali rapat permusyawaratan hakim”.

Akan tetapi, dalam rumusan ketentuan Pasal 45 ayat (5) UU 24/2003, frasa yang digunakan adalah sidang permusyawaratan, tidak rapat permusyawaratan seperti pada Pasal 40 ayat (1) UU 24/2003. Frasa yang dipakai dalam rumusan Pasal 45 ayat (6), (7), dan (8) UU 24/2003 juga berbeda, yaitu perkataan “musyawarah sidang pleno hakim”. Oleh karena itu, agar tertib dalam menggunakan peristilahan atau nomenklatur, Mahkamah Konstitusi sendiri dalam Peraturan Tata Tertib Persidangan, membedakan dengan tegas antara istilah Rapat dengan Sidang.³⁵

RPH harus dilakukan secara tertutup dan rahasia yang dihadiri sekurang-kurangnya tujuh hakim konstitusi. RPH untuk pengambilan keputusan meliputi pengambilan keputusan mengenai mekanisme pemeriksaan dan kelanjutan perkara, putusan sela dan putusan akhir.³⁶ RPH dapat juga untuk melakukan curah pendapat (*brain storming*) dan perancangan (*drafting*) putusan setelah musyawarah. RPH demikian tidaklah harus memenuhi syarat kuorum dihadiri sekurang-kurangnya tujuh hakim konstitusi³⁷

Menurut Achmad Roestandi, RPH dapat memutuskan:

1. mengembalikan ke Persidangan Pleno Hakim untuk: a. melanjutkan pemeriksaan; b. dapat menjatuhkan putusan sela (khusus dalam perkara sengketa kewenangan lembaga Negara); c. dapat melakukan pemeriksaan di tempat; atau
2. memutus perkara, dengan: a. menyetujui amar putusan; b. menunjuk perancang (*drafter*) untuk menyusun rancangan (*draft*) putusan; dan c. menentukan hari persidangan Pleno Hakim untuk mengucapkan putusan.³⁸

³⁴ Jimly Asshiddiqie, *Sengketa Kewenangan Antarlembaga Negara*, *Op.Cit.*, h. 237.

³⁵ *Ibid.*, h. 238.

³⁶ Pasal 21 ayat (1) PMK 8/2006.

³⁷ Pasal 23 PMK 8/2006.

³⁸ Achmad Roestandi, “Mahkamah Konstitusi dalam Sistem Ketatanegaraan,” tampilan power point yang disampaikan dalam Temu Wicara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dengan Pengurus dan anggota Asosiasi Pengajar HTN dan HAN se-Indonesia, Jum'at 16 November 2007 di Hotel Sultan Jakarta.

2.3 Putusan

Sidang pleno pembacaan putusan merupakan sidang pleno terakhir yang diadakan oleh Mahkamah Konstitusi untuk penyelesaian perkara konstitusi yang diajukan oleh pemohon. Pada sidang ini, akan dibacakan putusan oleh majelis hakim. Pasal 48 UU 24/2003 menegaskan bahwa Mahkamah Konstitusi memberi putusan “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”.

Dalam setiap Putusan, dimuat hal-hal: Kepala putusan berbunyi: “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”; Identitas pihak; Ringkasan permohonan; Pertimbangan hukum yang menjadi dasar putusan; Amar putusan; dan Hari, tanggal putusan, nama hakim konstitusi, dan panitera.

Di samping itu, sesuai ketentuan Pasal 45 ayat (10) UU 24/2003, “Dalam hal putusan tidak tercapai mufakat bulat sebagaimana dimaksud pada ayat (7) dan ayat (8), pendapat anggota majelis hakim yang berbeda dimuat dalam putusan”.

Menurut Jimly Asshiddiqie, pendapat berbeda³⁹ ini dapat dibedakan antara:

- (i) pendapat yang berbeda mengenai kedudukan hukum atau *legal standing* pemohon;
- (ii) pendapat berbeda mengenai keberwenangan Mahkamah Konstitusi untuk memeriksa perkara yang bersangkutan;
- (iii) pendapat berbeda mengenai pertimbangan hukum tetapi menyetujui bunyi amar putusan;
- (iv) pendapat berbeda mengenai pertimbangan hukum dan juga mengenai bunyi amar putusan.⁴⁰

Pada perkembangannya, pendapat berbeda mengenai pertimbangan hukum tetapi menyetujui bunyi amar putusan sering disebut juga dengan alasan berbeda (*concurring opinion*). Berdasarkan Pasal 21 ayat (5) PMK 8/2006, baik pendapat yang berbeda (*dissenting opinion*) ataupun alasan yang berbeda (*concurring opinion*) akan dimuat dalam putusan.

Putusan Mahkamah Konstitusi, seperti ditegaskan oleh Pasal 47 UU 24/2003, memperoleh kekuatan hukum tetap sejak selesai diucapkan atau dibacakan dalam sidang pleno terbuka untuk umum.⁴¹ Putusan Mahkamah Konstitusi bersifat final,

³⁹ Menurut Bagir Manan, pranata pendapat berbeda (*dissenting opinion*) selain untuk menunjukkan kebebasan hakim, juga berguna untuk memperkaya bahan pengkajian hukum yang sangat berguna bagi perkembangan ilmu hukum, dapat digunakan sebagai acuan memutus perkara serupa di masa depan, dan masuk dalam pengertian *judge made law* yang tidak hanya dalam bentuk yurisprudensi (putusan yang diterima sebagai hukum), melainkan juga termasuk *dissenting opinion*. Bagir Manan, *op.cit.*, h. 207.

⁴⁰ Jimly Asshiddiqie, *Sengketa Kewenangan Antarlembaga Negara*. *Op.Cit.*, h. 244.

⁴¹ Putusan untuk sengketa kewenangan lembaga negara dapat dikatakan sebuah putusan *condemnatoir*. Putusan *condemnatoir* adalah putusan yang memuat amar yang menghukum salah satu pihak yang berperkara. Putusan yang bersifat kondemnator merupakan bagian yang tidak

yakni putusan Mahkamah Konstitusi langsung memperoleh kekuatan hukum tetap sejak diucapkan dan tidak ada upaya hukum yang dapat ditempuh. Sifat final dalam putusan Mahkamah Konstitusi dalam Undang-Undang ini mencakup pula kekuatan hukum mengikat (*final and binding*).⁴²

Menurut ketentuan Pasal 49 UU 24/2003, Mahkamah Konstitusi wajib mengirimkan salinan putusan itu kepada para pihak dalam jangka waktu paling lambat tujuh hari kerja sejak putusan diucapkan. Putusan Mahkamah Konstitusi dalam perkara sengketa kewenangan konstitusional antarlembaga negara tetap terdiri atas tiga kemungkinan, yaitu permohonan dinyatakan tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*),⁴³ permohonan ditolak,⁴⁴ atau permohonan dikabulkan.⁴⁵ Walau demikian, dikenal adanya Ketetapan Mahkamah Konstitusi yang pada prinsipnya juga merupakan sebuah putusan.

Berdasarkan Pasal 48A UU 8/2011, Mahkamah Konstitusi mengeluarkan ketetapan dalam hal: a. Permohonan tidak merupakan kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk mengadili perkara yang dimohonkan; atau b. pemohon menarik kembali Permohonan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 35 ayat (1a). Amar ketetapan akan berbunyi, "Menyatakan Mahkamah Konstitusi tidak berwenang mengadili Permohonan pemohon" dan "Menyatakan Permohonan pemohon ditarik kembali".

Satu hal yang menarik dalam perkara sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945 adalah Mahkamah Konstitusi dapat mengeluarkan penetapan atau putusan sela yang memerintahkan pada pemohon dan/atau termohon untuk menghentikan sementara pelaksanaan kewenangan yang dipersengketakan sampai ada putusan Mahkamah Konstitusi (Pasal 63 UU 24/2003).⁴⁶ PMK 08/2006 pada Pasal 12 kemudian menjelaskan

terpisah dari amar deklaratif atau konstitutif. <http://www.hukumonline.com/klirik/detail/lt58ed9048160ee/arti-putusan-deklarator--putusan-constitutief-dan-putusan-condemnatoir> diakses 2/3/2018.

⁴² Penjelasan Pasal 10 UU 8/2011.

⁴³ Pasal 64 ayat (1) UU 24/2003 berbunyi, "Dalam hal Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa pemohon dan/atau permohonannya tidak memenuhi syarat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 61, amar putusan menyatakan permohonan tidak dapat diterima. Pasal 61 ayat (1) UU 24/2003 berbunyi, "Pemohon adalah lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang mempunyai kepentingan langsung terhadap kewenangan yang dipersengketakan, sedangkan Pasal 61 ayat (2) UU 24/2003 berbunyi, "Pemohon wajib menguraikan dengan jelas dalam permohonannya tentang kepentingan langsung pemohon dan menguraikan kewenangan yang dipersengketakan serta menyebutkan dengan jelas lembaga negara yang menjadi termohon."

⁴⁴ Pasal 64 ayat (4) UU 24/2003 berbunyi, "Dalam hal permohonan tidak beralasan, amar putusan menyatakan permohonan ditolak."

⁴⁵ Pasal 64 ayat (2) UU 24/2003 berbunyi, "Dalam hal Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa permohonan beralasan, amar putusan menyatakan permohonan dikabulkan." Selanjutnya, Pasal 64 ayat (3) UU 24/2003 berbunyi, "Dalam hal permohonan dikabulkan sebagaimana dimaksud pada ayat (2), Mahkamah Konstitusi menyatakan dengan tegas bahwa termohon tidak mempunyai kewenangan untuk melaksanakan kewenangan yang dipersengketakan."

⁴⁶ Penjelasan Pasal 63 UU MK menyatakan, "Yang dimaksud dengan "pelaksanaan kewenangan" adalah tindakan baik tindakan nyata maupun tindakan hukum yang merupakan pelaksanaan kewenangan yang dipersengketakan. Dalam mengeluarkan penetapan Mahkamah Konstitusi mempertimbangkan dampak yang ditimbulkan oleh pelaksanaan kewenangan yang dipersengketakan."

bahwa pelaksanaan kewenangan tersebut adalah berupa tindakan, baik tindakan nyata maupun tindakan hukum, yang merupakan pelaksanaan kewenangan yang dipersengketakan. Putusan sela yang menghentikan sementara pelaksanaan kewenangan yang dipersengketakan dapat dijatuhkan apabila: a. terdapat kepentingan hukum yang mendesak yang, apabila pokok permohonan dikabulkan, dapat menimbulkan akibat hukum yang lebih serius; b. kewenangan yang dipersoalkan itu bukan merupakan pelaksanaan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap.

Pasal 13 PMK 08/2006 menentukan bahwa putusan sela dapat ditetapkan atas permintaan pemohon yang harus disertai alasan-alasan yang jelas. Jika dipandang perlu, Majelis Hakim dapat menetapkan putusan sela demi kepentingan hukum. Putusan tersebut diputuskan dalam Rapat Permusyawaratan Hakim dan dibacakan dalam sidang terbuka untuk umum.

Salah satu putusan sela yang pernah dikeluarkan oleh Mahkamah Konstitusi adalah pada perkara 3/SKLN-X/2012. Perkara tersebut adalah terkait permohonan Komisi Pemilihan Umum (Pemohon) terkait pengambilalihan kewenangan konstitusionalnya dan Komisi Pemilihan Umum Papua yang dilakukan oleh Pemerintahan Daerah Provinsi Papua (para Termohon) dalam menyusun dan menetapkan pedoman teknis tentang tahapan Pemilihan Umum Gubernur dan Wakil Gubernur Papua, yaitu dengan menerbitkan Peraturan Daerah Khusus Provinsi Papua Nomor 6 Tahun 2011 tentang Pemilihan Umum Gubernur dan Wakil Gubernur dan Keputusan Dewan Perwakilan Rakyat Papua Nomor 064/Pim DPRP-5/2012, bertanggal 27 April 2012.

Mahkamah Konstitusi dalam perkara tersebut memutuskan:

“Menyatakan:

Sebelum menjatuhkan putusan akhir,

Memerintahkan kepada Termohon I (Dewan Perwakilan Rakyat Papua), Termohon II (Gubernur Papua), Majelis Rakyat Papua, dan Pemohon (Komisi Pemilihan Umum) untuk menghentikan seluruh tahapan pelaksanaan Pemilihan Gubernur dan Wakil Gubernur Papua sejak putusan sela ini diucapkan sampai dengan adanya putusan Mahkamah Konstitusi terhadap pokok permohonan.”⁴⁷

⁴⁷ [http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/public/content/persidangan/putusan/Putusan%20Sela%203-SKLN-X-2012%20_KPU-DPR%20Papua_final.pdf], diakses 2 Maret 2018.

PENUTUP

Salah satu kelebihan PMK 8/2006 adalah tambahan norma terkait penarikan kembali permohonan sebelum atau selama pemeriksaan Mahkamah Konstitusi dilakukan. Penarikan kembali tersebut, berdasarkan UU MK mengakibatkan permohonan tidak dapat diajukan kembali. Akan tetapi Mahkamah Konstitusi memberi pengecualian sebagaimana termaktub dalam Pasal 19 ayat 2 PMK 8/2006, yaitu apabila substansi sengketa memerlukan penyelesaian secara konstitusional, tidak terdapat forum lain untuk menyelesaikan sengketa dimaksud, dan adanya kepentingan umum yang memerlukan kepastian hukum. Temuan hukum demikian sangat tepat mengingat karakteristik perkara sengketa kewenangan lembaga negara yang sangat berkaitan dengan penyelenggaraan negara dan kepentingan umum yang lebih utama.

Keberadaan UU 8/2011 ternyata tidak memberi warna lebih terhadap hukum acara sengketa kewenangan lembaga negara. Akan tetapi dalam norma Pasal 47 UU 8/2011 dan penjelasannya semakin diterangkan bahwa Putusan Mahkamah Konstitusi bersifat final, yakni putusan Mahkamah Konstitusi langsung memperoleh kekuatan hukum tetap sejak diucapkan dan tidak ada upaya hukum yang dapat ditempuh. Sifat final dalam putusan Mahkamah Konstitusi mencakup pula kekuatan hukum mengikat (*final and binding*). Hal ini akan memberi kesan yang kuat dalam setiap putusan sengketa kewenangan lembaga negara yang diputuskan oleh Mahkamah Konstitusi. Apalagi sifat putusan sengketa kewenangan lembaga negara merupakan putusan *condemnatoir*.

Perkembangan lainnya yang perlu disoroti adalah adanya Pasal 2 PMK 8/2006 yang menyatakan bahwa Lembaga negara yang dapat menjadi pemohon atau termohon dalam perkara sengketa kewenangan konstitusional lembaga negara adalah: a. Dewan Perwakilan Rakyat (DPR); b. Dewan Perwakilan Daerah (DPD); c. Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR); d. Presiden; e. Badan Pemeriksa Keuangan (BPK); f. Pemerintahan Daerah (Pemda); atau g. Lembaga negara lain yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945. Kewenangan yang dipersengketakan tersebut haruslah kewenangan yang diberikan atau ditentukan oleh UUD 1945. Mahkamah Agung (MA) pun tidak dapat menjadi pihak, baik sebagai pemohon ataupun termohon dalam sengketa kewenangan teknis peradilan (yustisial) [Pasal 2 ayat (3) PMK 8/2006]. Walaupun demikian, Mahkamah Konstitusi dalam Putusan 3/SKLN-X/2012 telah menyatakan bahwa terhadap objek kewenangan yang

dipersengketakan (*objectum litis*), Mahkamah berpendapat bahwa kewenangan yang dipersengketakan dalam perkara sengketa kewenangan lembaga negara tidak harus merupakan kewenangan yang secara eksplisit (*expressis verbis*) disebutkan dalam UUD 1945, tetapi juga termasuk kewenangan delegasi yang bersumber dari kewenangan atribusi yang disebutkan dalam UUD 1945.

Terkait dengan rekomendasi terhadap revisi Peraturan Mahkamah Konstitusi, ada dua hal yang perlu dipertimbangkan dalam pengaturan mengenai hukum acara perkara sengketa kewenangan lembaga negara. *Pertama*, karena sengketa tersebut pada dasarnya adalah perselisihan atau perbedaan pendapat yang berkaitan dengan pelaksanaan kewenangan antara dua atau lebih lembaga negara,⁴⁸ maka sengketa kewenangan lembaga negara masih memungkinkan adanya pihak terkait yang juga mempunyai kepentingan terhadap kewenangan yang dipersengketakan. Hukum acara yang ada. UU MK dan PMK 8/2006 belum mengatur secara khusus kemungkinan adanya pihak terkait dalam perkara sengketa kewenangan lembaga negara. Karenanya, PMK 8/2006 perlu direvisi lebih lanjut dan menambah pengaturan mengenai pihak terkait dalam perkara sengketa kewenangan lembaga negara.

Kedua, keberadaan Pasal 42A UU 8/2011 yang menentukan, keharusan agar saksi dan ahli masing-masing berjumlah paling sedikit dua orang, dalam praktik hukum acara perkara sengketa kewenangan lembaga negara tidaklah relevan. Mengingat objek perkara adalah kewenangan konstitusional lembaga negara yang merupakan kewenangan baik berupa wewenang/hak atau tugas/kewajiban lembaga negara yang diberikan oleh UUD 1945, maka ada atau tidaknya saksi atau ahli, berapapun jumlahnya, Mahkamah tetap dapat menentukan siapa yang berwenang atau siapa yang tidak berwenang dengan mendasarkan pada tafsiran dan teks konstitusi.

DAFTAR PUSTAKA

Buku dan Jurnal

Arifin, Firmansyah, 2005, *et al.*, *Lembaga Negara dan Sengketa Kewenangan Antarlembaga Negara*, Jakarta: Konsorsium Reformasi Hukum Nasional (KRHN) dan Mahkamah Konstitusi, Juni.

⁴⁸ Pasal 1 angka 7 PMK 8/2006.

Asshiddiqie, Jimly, 2008, *Menuju Negara Hukum yang Demokratis*, Jakarta: Setjen dan Kepaniteraan MK RI.

_____, 2005, *Sengketa Kewenangan Antarlembaga Negara*. Jakarta:Konpress.

Lindsey, Tim, 2002, "Comparative Constitutionalism: The Remaking of Constitutional Orders in South-East Asia," *Singapore Journal of International and Comparative Law*.

Mahkamah Konstitusi, 2019, *Laporan Tahunan 2018, Mengawal Daulat Rakyat*, Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi, Jakarta, Cetakan Pertama, 2019.

Manan, Bagir, 2007, *Kekuasaan Kehakiman Indonesia, dalam UU No. 4 Tahun 2004*. Yogyakarta: FH UII.

Siahaan, Maruarar, 2005, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*. Jakarta: Konpress.

_____, "Pokok-Pokok Hukum Acara Mahkamah Konstitusi", tampilan *power point* disampaikan dalam Temu Wicara MKRI dan Partai Demokrat, Hotel Sultan, Jakarta, 8 September 2007.

Roestandi, Achmad. "Mahkamah Konstitusi dalam Sistem Ketatanegaraan," tampilan *power point* yang disampaikan dalam Temu Wicara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dengan Pengurus dan anggota Asosiasi Pengajar HTN dan HAN se-Indonesia, Hotel Sultan, Jakarta, 16 November 2007.

Wiryanto. "Tata Cara Pengajuan Permohonan Di Mahkamah Konstitusi", tampilan *power point* MKRI, tanpa tahun.

Internet

Eddyono, Luthfi Widagdo. <http://luthfiwe.blogspot.com/2011/03/unus-testis-nullus-testis.html>, diakses 2/3/2018

_____, <http://luthfiwe.blogspot.com/2010/02/glosari-mahkamah-konstitusi.html>, diakses 2/3/2018

_____, <http://luthfiwe.blogspot.com/2011/03/illegally-obtained-evidence.html>, diakses 2/3/2018

_____, <http://luthfiwe.blogspot.com/2010/08/penggunaan-teknologi-informasi-dan.html>, diakses 2/3/2018

____, <http://luthfiwe.blogspot.com/2011/03/notoire-feit.html>, diakses 2/3/2018
<http://www.hukumonline.com/klinik/detail/lt58ed9048160ee/arti-putusan-deklarator--putusan-constitutief-dan-putusan-condemnatoir>, diakses 2/3/2018

Peraturan Perundang-undangan

Indonesia, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 98, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4316).

Indonesia, Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5226).

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

Putusan Pengadilan

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 004/SKLN-IV/2006.

Putusan Sela Mahkamah Konstitusi Nomor 3/SKLN-X/2012.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 3/SKLN-X/2012.

Prinsip Hukum Pertambangan Mineral dan Batubara yang Berpihak kepada Masyarakat Hukum Adat

The Principle of Coal and Mineral Mining Law Sided with Indigenous People

Marthen B. Salinding

Fakultas Hukum Universitas Borneo Tarakan
Jl. Amal Lama Nomor 1 Tarakan
E-mail : mhukum@ymail.com

Naskah diterima: 18/07/2018 revisi:06/09/18 disetujui: 16/02/2019

Abstrak

Prinsip hukum pengelolaan pertambangan dalam Undang-Undang No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan mineral dan batubara didasarkan pada prinsip manfaat, keadilan, dan keseimbangan; keberpihakan kepada kepentingan bangsa; partisipatif, transparansi, dan akuntabilitas; berkelanjutan dan berwawasan lingkungan. Namun permasalahannya ketika pertambangan mineral dan batubara berada pada tanah ulayat masyarakat hukum adat prinsip hukum sebagaimana dimaksud belum menunjukkan keberpihakan kepada masyarakat hukum adat. Metode pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah yuridis normatif. Kesimpulan dari penelitian ini bahwa prinsip pertambangan mineral dan batubara belum menceminkan pengakuan dan perlindungan hak-hak masyarakat hukum adat. Masyarakat hukum adat tidak mendapatkan manfaat yang maksimal atas pengelolaan pertambangan mineral dan batubara bahkan justru dampak negatif yang dialami bukan hanya generasi sekarang tetapi juga generasi yang akan datang. Selain itu ada pemikiran pentingnya prinsip pengakuan dan prinsip persetujuan atas dasar informasi di awal tanpa paksaan sebagai prinsip hukum yang berpihak kepada masyarakat hukum adat, karena prinsip hukum tersebut memosisikan masyarakat hukum adat sebagai subjek pembangunan bukan sebagai objek pembangunan.

Kata Kunci; *Prinsip hukum, Masyarakat hukum adat, Pertambangan, Mineral, Batubara*

Abstract

The legal principles of mining management in Law No. 4 of 2009 concerning Mining of minerals and coal are based on the principles of benefit, justice and balance; partiality to the interests of the nation; participatory, transparency, and accountability, sustainable and environmentally sound. But the problem is when mining minerals and coal is on the oldest indigenous people's ground. The principles of law as referred to has not yet shown partiality to indigenous people. The approach method used in this study is normative juridical, because this research is conducted by examining library materials or secondary data relating to the legal principles of mineral and coal mining that favor to indigenous people. The conclusion of this study is that the principle of mineral and coal mining has not reflected the recognition and protection of indigenous people's rights. Indigenous people are not getting the maximum benefit from the management of mineral and coal mining even the negative impacts experienced not only by the present generation but also future generations. Apart from it, there is the thought of the importance of the principle of recognition and principle of agreement on the basis of information without coercion as a legal principle that is in favor of indigenous people. Because these legal principles places the indigenous people as the subject of development not as an object of development.

Keywords; Principles of law, indigenous people, mining, minerals, coal

PENDAHULUAN

Konsep penguasaan negara atas sumber daya mineral dan batubara di Indonesia didasarkan atas ketentuan dalam Pasal 33 ayat (3) UUD 1945, yang menyatakan, "Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat". Pasal 33 ayat (3) menjadi doktrin penguasaan negara dan sekaligus menjadi landasan filosofi dan yuridis pengelolaan sumber daya alam di Indonesia.¹

Di samping penguasaan dan pengelolaan negara atas sumber daya alam, negara juga mengakui dan menghormati eksistensi masyarakat hukum adat (MHA) beserta hak-hak konstitusional² dan hak hak tradisionalnya³ Pasal 18B ayat (2) dan Pasal 28I ayat (3) UUD 1945 sebagai dasar konstitusional pengakuan dan perlindungan hak-hak masyarakat hukum adat. Pasal ini mengatur hubungan hukum antara

¹ Ahmad Redi, *Hukum Sumber Daya Alam Dalam Sektor Kehutanan*, Jakarta: Sinar Grafika, 2014, h .6.

² Hak-hak Konstitusional adalah hak dasar setiap warga negara yang dijamin oleh UUD, terkait dengan pendidikan, pekerjaan, kesetaraan di depan hukum, hak sosial ekonomi, kebebasan berpendapat, hak untuk hidup dan bertempat tinggal.

³ Hak-hak Tradisional yaitu hak-hak kelompok masyarakat tertentu yang didasarkan bukan pada ketentuan Undang-undang, melainkan melekat secara turun temurun seperti hak ulayat atas tanah, laut, sungai hak-hak lain yang terkait dengan sumber daya alam.

MHA dengan negara, serta menjadi landasan konstitusional bagi penyelenggara negara. Dengan demikian pasal tersebut adalah satu deklarasi tentang;

- (a) *Kewajiban konstitusional negara untuk mengakui dan menghormati masyarakat adat, serta*
- (b) *Hak konstitusional masyarakat adat untuk memperoleh pengakuan dan penghormatan terhadap hak-hak tradisionalnya.*

Kedua pasal tersebut merupakan refleksi dari prinsip keadilan hukum (*iustitia legalis*), sebagaimana dikemukakan oleh Thomas Aquinas yaitu keadilan berdasarkan undang-undang (objeknya tata masyarakat) yang dilindungi Undang-Undang untuk kebaikan bersama (*bonum commune*).⁴ Di samping itu kedua pasal tersebut juga merupakan refleksi dari norma Keadilan distributif (*iustitia distributive*) sebagaimana dikemukakan oleh Aristoteles.⁵

Sebagai bentuk perlindungan terhadap MHA, undang-undang yang terkait dengan pengelolaan sumber daya alam mencantumkan norma pengakuan dan perlindungan hak-hak MHA atas sumber daya alam, antara lain; Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Pokok-Pokok Agraria; Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan, Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air; Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2004 tentang Perkebunan, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil dan Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup.

Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara (UU Minerba) sebagai salah satu undang-undang yang terkait dengan pengelolaan sumber daya alam. Sistem penguasaan dan pengelolaan terhadap mineral dan batubara mengacu pada Pasal 33 ayat (3) UUD 1945. Kekayaan alam berupa mineral dan batubara dikuasai dan dikelola oleh negara untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Akan tetapi tidak satu ketentuan pun dalam UU Minerba yang memberikan pengakuan dan perlindungan terhadap

⁴ Thomas Aquinas, Filsuf Hukum Alam membagi keadilan atas dua macam, yaitu keadilan umum (*iustitia generalis/universalis*) dan keadilan khusus (*iustitia specialis*). Domikus Rato, *Filsafat Hukum, Mencari, Menemukan, dan Memahami Hukum*, Surabaya: LaksBang Justitia, 2011, h. 63.

⁵ Menurut Aristoteles keadilan distributif adalah keadilan membagi yang membutuhkan distribusi atas penghargaan. Keadilan ini berkenaan dengan hukum publik. Aktualisasi keadilan ini berkaitan tidak hanya berkenaan dengan kesediaan seseorang untuk berperilaku adil atau tidak adil, tetapi juga berkenaan dengan kebijakan publik, yaitu struktur proses-proses politik, ekonomi, sosial dan budaya dalam masyarakat dan Negara pada umumnya. Di samping itu, keadilan membagi (*iustitia distributive*) memberi petunjuk tentang pembagian barang-barang dan kehormatan kepada masing-masing orang menurut tempatnya di masyarakat. Keadilan ini menghendaki perlakuan yang sama terhadap mereka yang sama menurut hukum, *Ibid*, h. 59.

hak-hak MHA yang mendiami daerah yang kaya akan sumber daya mineral dan batubara. Kalimantan Utara sebagai salah satu daerah penghasil Batubara di Indonesia, dan sekaligus daerah yang sebagian wilayahnya didiami oleh MHA. Mineral dan batubara adalah kekayaan alam sebagai anugerah Tuhan sejatinya dipergunakan sebesar-besarnya untuk kemakmuran rakyat terutama masyarakat di sekitar wilayah pertambangan termasuk dalam hal ini MHA dimana MHA diakui eksistensinya oleh negara beserta hak-hak tradisionalnya melalui konstitusi. Hal ini menunjukkan ketidakkonsistenan negara/pemerintah terhadap pengakuan, penghormatan dan perlindungan hak-hak MHA terhadap sumber daya alam.

Kehadiran tambang mineral dan batubara dalam wilayah MHA, di satu sisi meningkatkan pendapatan negara, meningkatkan pendapatan daerah, menyerap tenaga kerja dan membuka peluang usaha sebagai mitra perusahaan tambang mineral dan batubara. Tahun 2017 lebih dari 100 perusahaan Pertambangan Mineral dan batubara yang memiliki IUP di Kalimantan Utara dengan produksi 12 juta ton.⁶ Jumlah penduduk miskin di Kalimantan Utara pada Maret 2018 sebanyak 50,35 ribu (7,09 persen). Pada September 2017 penduduk miskin berjumlah 48,56 ribu (6,96 persen), berarti jumlah penduduk miskin bertambah 1,8 ribu orang atau meningkat 1,83 persen⁷, sebagian besar penduduk miskin ada di pedesaan. Wilayah pertambangan mineral dan batubara ada di pedesaan tempat MHA bermukim. Dampak Pertambangan batubara juga telah menimbulkan dampak kerusakan lingkungan hidup yang cukup besar, baik itu air, tanah, Udara, dan hutan, yang pada akhirnya merugikan masyarakat di sekitar Wilayah Pertambangan.

Kemiskinan struktural yang berlangsung secara sistematis pada masyarakat hukum adat di sekitar kawasan tambang batubara, sebagai konsekuensi dari pilihan ideologi penguasaan dan paradigma pemanfaatan serta pengelolaan sumber daya alam yang dibangun dan digunakan selama pemerintahan Orde Baru bahkan sampai pada Orde Reformasi. Hal ini menunjukkan bahwa prinsip pengelolaan tambang mineral dan batubara berdasarkan UU Minerba belum berpihak kepada MHA ketika areal pertambangan berada pada wilayah tanah ulayat.

Prinsip pengelolaan sumber daya mineral dan batubaru, selain didasarkan hukum positif sebagai landasan konstitusional juga harus didasarkan pada

⁶ <http://kaltara.prokal.co/read/news/19715-kuota-produksi-batu-bara-kaltara-diturunkan-kemen-esdm.html>, diakses tanggal 13 Februari 2019

⁷ <https://kaltara.bps.go.id/pressrelease/2018/07/16/99/maret-2018-persentase-penduduk-miskin-provinsi-kalimantan-utara-7-09-persen>, diakses tanggal 14 Februari 2019.

pertimbangan moral. MHA mestinya memperoleh akses keadilan atas mineral dan batubara yang melimpah di sekitar mereka. Pengelolaan sumber daya mineral dan batubara harus memberikan kemakmuran yang sebesar-besarnya bagi MHA. Oleh karena itu, perlu adanya prinsip pengelolaan sumber daya mineral dan batu yang mencerminkan prinsip keberpihakan kepada MHA.

METODE PENELITIAN

Jenis penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif, dengan menggunakan dua pendekatan, yaitu pendekatan konseptual (*conceptual approach*), dan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*). Teknik analisis yang digunakan terhadap bahan-bahan hukum yang telah terkumpul untuk menyelesaikan permasalahan yang diangkat dalam penelitian ini adalah dilakukan dengan teknik deskriptif dan interpretasi secara kualitatif.

PEMBAHASAN

1. Prinsip Hukum dan Tujuan Pengelolaan Sumber Daya Mineral dan Batubara

Prinsip dan tujuan dari undang-undang pertambangan mineral dan batubara sebagaimana disebutkan Pasal 2 UU Minerba bahwa:

“Pertambangan mineral dan/atau batubara dikelola berasaskan:

- a. manfaat, keadilan, dan keseimbangan;*
- b. keberpihakan kepada kepentingan bangsa;*
- c. partisipatif, transparansi, dan akuntabilitas;*
- d. berkelanjutan dan berwawasan lingkungan”.*

Mengingat mineral dan batubara sebagai kekayaan alam yang terkandung di dalam bumi merupakan sumber daya alam yang tak terbarukan, pengelolaannya perlu dilakukan seoptimal mungkin, efisien, transparan, berkelanjutan dan berwawasan lingkungan, serta berkeadilan agar memperoleh manfaat sebesar-besar bagi kemakmuran rakyat secara berkelanjutan.

Prinsip manfaat merupakan asas dimana dalam pengelolaan sumber daya mineral dan batubara dapat memberikan kegunaan bagi kesejahteraan masyarakat banyak. Prinsip ini sesuai dengan konsep yang dikembangkan Jeremy Bentham yang dikenal sebagai utilitarianisme. Utilitarianisme

meletakkan kemanfaatan sebagai tujuan utama dari hukum, kemanfaatan di sini diartikan sebagai kebahagiaan (*happines*), yang tidak mempermasalahkan baik atau tidak adilnya suatu hukum, melainkan bergantung kepada pembahasan mengenai apakah hukum dapat memberikan kebahagiaan kepada manusia atau tidak.⁸

Pengelolaan sumber daya mineral dan harus sedemikian rupa memberikan kontribusi yang nyata bagi pertumbuhan ekonomi, bukan sekedar dinikmati oleh para pelaku usaha dan para pejabat yang berkaitan dengan pertambangan. Termasuk juga dalam hal ini MHA harus memperoleh manfaat yang sebesar-besarnya dari hasil pengelolaan mineral dan batubara. Sebagai bentuk pengakuan negara atas hak-hak MHA terhadap sumber daya mineral dan batubara maka pengelolaan sumber daya mineral dan batubara dapat meningkatkan kesejahteraan MHA.

Prinsip keadilan meliputi aspek-aspek kesejahteraan rakyat, pemerataan, pengakuan kepemilikan MHA, pluralisme hukum, dan yang merusak membayar. Prinsip keadilan ini bertujuan untuk mewujudkan penyelenggaraan pengelolaan sumber daya mineral dan batubara yang menjamin keadilan antar dan inter generasi. Di samping itu, prinsip ini juga bertujuan untuk mewujudkan perlindungan hukum bagi MHA dan masyarakat lainnya dalam pengelolaan sumber daya alam tambang.⁹

Dengan demikian asas keadilan merupakan prinsip dalam pengelolaan dan perusahaan mineral dan batubara di mana di dalam pemanfaatan itu harus memberikan hak yang sama bagi masyarakat banyak. Bagi masyarakat yang tidak mampu berkompetisi karena faktor keterbelakangan sumber daya manusianya seperti MHA diberikan perlakuan khusus. Masyarakat dapat diberikan hak untuk mengelola dan memanfaatkan mineral dan batubara, dan juga dibebani kewajiban untuk menjaga kelestarian lingkungan hidup. Selama ini, masyarakat kurang mendapat perhatian karena pemerintah selalu memberikan hak istimewa kepada perusahaan-perusahaan besar dalam mengelola sumber daya mineral dan batubara.

Prinsip keseimbangan dimaksudkan sebagai prinsip pengelolaan sumber daya mineral dan batubara berdasarkan prinsip pelestarian kemampuan lingkungan yang serasi dan seimbang untuk menunjang pembangunan

⁸ Muh. Erwin, *Filsafat Hukum Refleksi Kritis Terhadap Hukum*, Jakarta: Rajawali Press, 2011, h. 179.

⁹ Marilang, "Pengelolaan Sumber Daya Alam Tambang" *Jurnal Al-Risalah*, Volume 11, Nomor 1 Mei 2011, h. 10.

yang berkesinambungan bagi peningkatan kesejahteraan manusia. Prinsip keseimbangan juga menghendaki bahwa dalam pelaksanaan pertambangan mineral dan batubara harus mempunyai kedudukan hak dan kewajiban yang setara dan seimbang antara pemberi izin dengan pemegang izin. Pemberi izin dapat menuntut hak-haknya kepada pemegang izin, seperti IPR, IUP, maupun IUPK. Begitu juga pemegang izin dapat menuntut haknya kepada pemberi izin supaya pemberi izin dapat melaksanakan kewajibannya, seperti memberi pembinaan dan pengawasan terhadap pemegang izin. Ini berarti keseimbangan dalam hak dan kewajiban.

Salah satu implementasi dari prinsip keseimbangan dalam pengelolaan dan perusahaan tambang adalah tetap menjaga keseimbangan antara ketersediaan bahan galian dengan kebutuhan pasar atau konsumen dan prinsip keseimbangan ini seyogyanya menjadi prinsip utama dari undang-undang pertambangan dan undang-undang pengelolaan sumber daya alam. Prinsip keseimbangan antara ketersediaan dan produksi dengan kebutuhan konsumen, diharapkan berfungsi sebagai alat kontrol (*tool of social engineering*) terhadap kegiatan-kegiatan penambangan sebagaimana Ronny Hantijo Soemitro kemukakan bahwa kontrol sosial merupakan aspek normatif dari kehidupan sosial atau dapat disebut sebagai pemberi definisi dari tingkah laku yang menyimpang serta akibat-akibatnya seperti larangan-larangan, tuntutan-tuntutan, pemidanaan, dan pemberian sanksi.¹⁰

Ketentuan pembatasan produksi tersebut tidak lain dimaksudkan agar pemegang IUP, IUPK maupun IPR dalam memproduksi mineral tetap menjaga keseimbangan antara ketersediaan bahan tambang mineral dengan kebutuhan pasar, utamanya kepentingan perekonomian nasional. Di samping itu, juga tetap mempertimbangkan hak-hak dan kepentingan-kepentingan generasi yang akan datang, karena produksi tambang tanpa batas berarti pemborosan sekaligus merupakan salah satu bentuk perampasan terhadap hak-hak generasi selanjutnya. Tindakan demikian merupakan salah satu bentuk pelanggaran terhadap nilai-nilai keadilan antara generasi.

Terkait dengan prinsip partisipasi dalam Undang-Undang Minerba menimbulkan masalah, aturannya sangat normatif. Yang diatur hanya sebatas pemberian kewenangan kepada pemerintah propinsi untuk meningkatkan

¹⁰ Ronny Hantijo Soemantri, *Masalah-masalah Sosiologi Hukum*, Bandung, Sinar Baru, 1984, h. 134.

peran serta masyarakat terutama masyarakat di sekitar wilayah pertambangan sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 7 huruf (i) Undang-Undang Minerba bahwa pengembangan dan peningkatan peran serta masyarakat dalam usaha pertambangan dengan memperhatikan kelestarian lingkungan. Mestinya semua level pemerintahan punya wewenang dan tidak dimandatkan untuk diatur lebih lanjut

Prinsip transparansi,¹¹ yaitu prinsip bahwa dalam pelaksanaan pertambangan mineral dan batubara harus dilaksanakan secara terbuka. Artinya setiap informasi yang disampaikan kepada masyarakat oleh pemberi dan pemegang izin harus disosialisasikan secara jelas dan terbuka kepada masyarakat. Misalnya, tentang tahap-tahap kegiatan pertambangan, kebutuhan tenaga kerja, dan lainnya. Jika terjadi dampak negatif dari pertambangan harus disampaikan secara terbuka kepada masyarakat termasuk MHA di sekitar wilayah pertambangan. Prinsip transparan pengelolaan yang terbuka terkait dengan informasi pengelolaan pertambangan yang dapat diakses secara umum sehingga lembaga negara dan anggota masyarakat seperti lembaga swadaya masyarakat dapat memantau dan memberikan pengawasan secara efektif.

Transparansi, dalam pemberian perizinan pertambangan seharusnya diikuti dengan keterbukaan yang berbentuk kemudahan akses informasi bagi masyarakat terhadap proses pemberian perizinan pertambangan dan juga dalam melihat dampak dari pemberian izin tersebut. Dalam hal pemberian izin pertambangan pemerintah lebih mudah memberikan izin kepada investor asing dengan alasan investor asing lebih menjanjikan.

Prinsip akuntabilitas berarti bahwa setiap pertambangan mineral dan batubara harus dapat dipertanggung jawabkan kepada rakyat dengan memperhatikan rasa keadilan dan kepatutan. Prinsip akuntabilitas ini erat kaitannya dengan hak-hak yang akan diterima oleh pemerintah, baik pemerintah pusat maupun pemerintah daerah yang bersumber dari kegiatan pertambangan mineral dan batubara. Terkait dengan prinsip akuntabilitas pengelolaan pertambangan mineral dan batubara pada tanah ulayat, maka hak-hak MHA atas sumber daya mineral antara fee, ganti rugi atas lahan, ganti rugi atas dampak langsung dari pertambangan, CSR perusahaan dan lain sebagainya harus direalisasikan oleh perusahaan pertambangan.

¹¹ Asas Transparansi merupakan salah asas dari *Good Governance*. *Good Governance* adalah mekanisme pengelolaan sumber daya ekonomi

Prinsip berkelanjutan dan berwawasan lingkungan pengelolaan sumber daya mineral dan batubara¹² adalah prinsip yang secara terencana mengintegrasikan dimensi ekonomi, lingkungan, dan sosial budaya dalam keseluruhan usaha pertambangan mineral dan batubara untuk mewujudkan kesejahteraan masa kini dan masa yang akan datang. Prinsip ini berkaitan dengan kelangsungan hidup dan kelestarian lingkungan saat ini dan di masa yang akan datang. Di satu sisi pengelolaan pertambangan dimaksudkan untuk menggali sumber-sumber kekayaan alam guna memperoleh nilai tambah perekonomian, di sisi yang lain pengelolaan pertambangan yang objeknya tidak dapat diperbarui dan dapat merusak lingkungan yang pada akhirnya merusak ekosistem. Sementara semua makhluk termasuk manusia hanya dapat hidup pada lingkungan dengan ekosistem yang baik dan layak. Oleh karena itu, dalam perencanaan pengelolaan pertambangan mengintegrasikan dimensi ekonomi, lingkungan dan sosial budaya

Di samping prinsip-prinsip pengelolaan sumber daya mineral dan batubara yang telah diuraikan di atas, salah satu prinsip hukum yang berpihak kepada Masyarakat Hukum Adat (MHA) adalah prinsip pengakuan. Oleh karena itu prinsip pengakuan layak dimasukkan dalam undang-undang Minerba sebagai prinsip pengelolaan sumber daya mineral dan batubara.

Secara terminologis, "pengakuan" berarti proses, cara, perbuatan mengaku atau mengakui, sedangkan kata "mengakui" berarti menyatakan berhak. Pengakuan dalam konteks ilmu hukum internasional, misalnya terhadap keberadaan suatu negara/pemerintahan biasanya mengarah pada istilah pengakuan *de facto* dan *de jure*. Pengakuan yang secara nyata terhadap entitas tertentu untuk menjalankan kekuasaan efektif pada suatu wilayah disebut dengan pengakuan *de facto*. Pengakuan tersebut bersifat sementara, karena pengakuan ini ditunjukkan kepada kenyataan-kenyataan mengenai kedudukan pemerintahan yang baru. Apabila kemudian dipertahankan terus dan makin bertambah maju, maka pengakuan *de facto* akan berubah dengan sendirinya menjadi pengakuan *de jure* yang bersifat tetap dan diikuti dengan tindakan-tindakan hukum lainnya.

¹² Pengaruh prinsip-prinsip pembangunan berkelanjutan pada perkembangan hukum lingkungan dan sumber daya alam di Indonesia merupakan salah satu perkembangan baru dan kebijakan pembangunan nasional sejak era reformasi. Dikeluarkannya TAP MPR No.IX/2001 tentang Pembaruan agraria dan pengelolaan sumber daya alam, yang antara lain memuat prinsip-prinsip baru pengelolaan sumber daya alam dan perintah melakukan perubahan sistem hukum pengelolaan sumber daya alam yang berlaku saat ini merupakan salah satu landasan kebijakan pembangunan berkelanjutan di bidang sumber daya alam

Pasal 18B ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945 telah menegaskan keberadaan masyarakat adat “Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat serta hak-hak tradisionalnya *sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang*”. Pengakuan atas eksistensi ini perlu dilengkapi dengan pengakuan dan perlindungan atas hak-hak yang menyertai keberadaan MHA. Tidak ada eksistensi tanpa pemenuhan hak dan kebebasan dasar. Manusia hanya mungkin menjadi manusia jika hak dan kebebasan dasarnya terpenuhi. Pengakuan atas keberadaan dan hak MHA diuraikan lebih jauh dalam berbagai peraturan perundangan, baik Undang-Undang maupun aturan turunannya sampai ke Peraturan Daerah.

Meskipun ada pengakuan dalam sejumlah peraturan perundangan, perlu ditegaskan bahwa sifat dari pengakuan yang ada sejauh ini adalah pengakuan bersyarat, yang dapat dilihat dari frasa “sepanjang masih ada, sesuai dengan perkembangan masyarakat, selaras dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, dan diatur dengan undang-undang.

Syarat-syarat ini berkaitan satu sama lain dan menempatkan MHA dalam situasi dilematis. Di satu sisi keberadaan MHA ditentukan oleh adanya pengakuan Negara di mana keputusan untuk menyatakan mereka masih ada atau tidak juga berada di tangan Negara yang menetapkan syarat tersebut; di sisi lain pengakuan itu menghendaki adanya bukti bahwa MHA masih ada; Dari perspektif legal, ini berarti selama tidak ada undang-undang yang mengakui keberadaan masyarakat adat, maka masyarakat adat tetap tidak ada, meskipun secara sosiologis mereka ada.

Berdasarkan rujukan di atas, dalam kaitannya dengan pengertian pengakuan hukum terhadap sumber daya mineral dan batubara mengarah pada pengertian pengakuan dari negara/pemerintah baik secara politik maupun secara hukum, melalui pengaturan hak dan kewajiban pemerintah dalam memberikan penghormatan, kesempatan dan perlindungan bagi berkembangnya MHA beserta hak ulayat atas tanah yang dimiliki termasuk sumber daya alam yang terkandung di dalamnya dalam bingkai Negara Kesatuan Republik Indonesia. Pengakuan tersebut menunjukkan bahwa negara/pemerintah telah mengakui, menyatakan sah/benar atau menyatakan MHA berhak atas sumber daya alam yang dimiliki dan mewajibkan pemerintah

untuk melindungi hak-hak tersebut dari ancaman/gangguan pihak lain. Pengakuan tersebut merupakan pengakuan yang diformulasikan dalam bentuk hukum negara terhadap hak MHA atas tanah dan sumber daya alam lainnya.

Mineral dan batubara adalah kekayaan alam sebagai Anugerah Tuhan yang secara kebetulan ada diwilayah MHA turun temurun sebagai kekayaan yang tidak bisa dipisahkan dari keberadaan MHA. Mineral dan batu sebagai kekayaan alam yang merupakan hak tradisional MHA sebagaimana dimaksud dalam Pasal 18B ayat (2) UUD NRI 1945. Pengakuan Negara terhadap eksistensi MHA sekaligus pengakuan terhadap hak tradisionalnya. Oleh karena itu kebijakan pengelolaan sumber daya mineral dan batubara dalam wilayah tanah ulayat MHA harus memberikan kontribusi terhadap kesejahteraan MHA sebagai pemangku hak utama di samping negara.

2. Hak Masyarakat Hukum Adat atas Mineral dan Batubara

Hak menguasai negara menurut UUD NRI 1945 harus dilihat dalam konteks hak dan kewajiban negara sebagai pemilik kekuasaan yang mengemban tugas menciptakan kesejahteraan rakyat. Kedudukan negara sebagai badan penguasa, pemilik kekuasaan itu adalah pengejawantahan dari faham pola hubungan antara perseorangan dengan masyarakat dalam konsepsi hukum adat yang kristalisasi nilai-nilainya terumuskan dalam Pembukaan UUD NRI 1945, sehingga hak menguasai negara mengandung didalamnya untuk melaksanakan hak dan kewajibannya yang melahirkan kekuasaan, wewenang bahkan daya paksa. Dengan demikian pengertian hak menguasai negara adalah kewenangan yang dimiliki oleh negara yang berisi wewenang, mengatur, merencanakan, mengelola/mengurus serta mengawasi pengelolaan, penggunaan dan pemanfaatan tanah baik dalam hubungan antara perseorangan, masyarakat dan negara dengan tanah maupun hubungan antara perseorangan, masyarakat dan negara satu dengan lainnya yang berkaitan dengan tanah.

Boedi Harsono, dikutip oleh Urip Santoso menyatakan bahwa hak penguasaan atas tanah berisi serangkaian wewenang, kewajiban dan/atau larangan bagi pemegang haknya untuk berbuat sesuatu mengenai tanah yang dihaki. Sesuatu yang boleh, wajib dan dilarang untuk diperbuat yang merupakan isi hak penguasaan itulah yang menjadi kriterium atau tolak ukur pembeda diantara hak-hak penguasaan tanah yang diatur dalam hukum tanah¹³.

¹³ Urip Santoso, *Hukum Agraria, Kajian Komprehensif*, Jakarta, Kencana Prenadamedia Group, 2013, h. 76.

Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 mengatur mengenai ruang lingkup sumber daya alam yaitu meliputi bumi, air, ruang angkasa, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya. Pasal ini juga mengatur tentang ideologi penguasaan dan pemanfaatan sumber daya alam Hak menguasai negara tersebut bukan berarti hak untuk memiliki, tetapi suatu pengertian yang mengandung kewajiban dan wewenang hukum publik kepada negara sebagai organisasi kekuasaan dari Bangsa Indonesia, dimana wewenang tersebut harus digunakan untuk mencapai sebesar-besar kemakmuran rakyat. Ideologi hak menguasai negara ditegaskan lebih lanjut dalam Pasal 2 ayat (1) UUPA.

Hak MHA dalam pengelolaan sumber daya mineral dan batubara memiliki cakupan yang luas, tidak hanya hak untuk mengelola sumber daya alamnya, tetapi juga hak bagi MHA untuk memperoleh perlindungan hukum dalam menikmati hak tersebut sehingga keberlangsungan hidup mereka pun akan tetap terjamin. Dengan menjadikan masalah hak MHA dalam pengelolaan sumber daya mineral sebagai isu keadilan, maka dapat diklaim bahwa MHA memiliki hak untuk mengelola sumber daya alam atau setidaknya tidaknya memperoleh manfaat yang dapat meningkatkan taraf hidup MHA dan Negara bertanggungjawab untuk merealisasikan hal tersebut.

Namun seringkali MHA tersingkir ketika berhadapan dengan negara. Dengan hak menguasai yang dimiliki, negara meminggirkan hak MHA dalam pengelolaan sumber mineral dan batubara dengan alasan kepentingan nasional. Mereka kesulitan untuk membela hak-haknya karena faktor kemiskinan dan kurangnya pendidikan.

Posisi MHA yang lemah secara politik dibandingkan dengan investor maupun pemerintah mengakibatkan pengambilalihan sumber daya alam dengan mudahnya oleh pemerintah tanpa melalui proses hukum yang adil, atau bahkan tanpa kompensasi apapun. Pelanggaran yang mereka alami adalah pelanggaran hak atas kepemilikan, hak atas makanan dan gizi yang mencukupi, hak terhadap standar hidup yang layak, hak untuk mengambil bagian dalam kehidupan kebudayaan, hak menentukan nasib sendiri, hak untuk menikmati standar tertinggi yang dapat dicapai atas kesehatan fisik dan mental, serta masih banyak hak lainnya. Menurut Daes, permasalahan umum yang dihadapi oleh MHA sehubungan dengan hak atas sumber daya alam mereka adalah kegagalan atau keengganan negara/pemerintah untuk mengakui hak-hak MHA terhadap tanah, wilayah, dan sumber daya alam;

hukum dan kebijakan diskriminatif yang berdampak pada masyarakat adat dalam hubungan dengan tanah dan sumber daya alam mereka; kegagalan atau keengganan negara/pemerintah untuk memberi batas untuk tanah adat; dan kegagalan atau keengganan negara/pemerintah untuk melaksanakan atau menerapkan hukum yang melindungi tanah masyarakat adat.¹⁴

Untuk mewujudkan terpenuhinya hak-hak MHA atas sumber daya mineral dan batubara, maka pemerintah harus memberikan ruang bagi prinsip-prinsip keadilan, demokrasi, partisipasi, transparansi, persetujuan, penghargaan dan pengakuan atas kearifan lokal sebagaimana tercermin dalam sistem pengetahuan, institusi, dan tradisi-tradisi yang secara nyata hidup dan berkembang dalam komunitas MHA

Sumber daya mineral dan batubara sebagai karunia Tuhan Yang Maha Esa pada tingkatan tertinggi dikuasai oleh negara. Seyogyanya hak menguasai negara tersebut dipergunakan untuk mencapai sebesar-besarnya kesejahteraan rakyat. Konsep hak menguasai negara tersebut tidak boleh diartikan secara sempit dan disalahgunakan sehingga negara dengan hak tersebut mengatur mengenai pengelolaan sumber daya alam dan menyingkirkan keberadaan hak-hak MHA

Jaminan konstitusional terhadap MHA merujuk kepada ketentuan Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan: "Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam Undang-undang." Mengingat ketentuan Pasal 18B UUD 1945 mengenai kesatuan masyarakat hukum adat masih sangat umum, maka MK melalui Putusan Nomor 31/PUU-V/2007 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2007 tentang Pembentukan Kota Tual tanggal 18 Juni 2008, memperjelas kriteria masyarakat hukum adat. Pertimbangan Hukum Mahkamah Konstitusi, bahwa suatu kesatuan masyarakat hukum adat dapat dikatakan secara *de facto* masih hidup (*actual existence*), baik yang bersifat teritorial, genealogis, maupun yang bersifat fungsional setidaknya mengandung unsur-unsur; (1) adanya masyarakat yang warganya memiliki perasaan kelompok (*in-group feeling*);

¹⁴ Rafael Edy Bosko, *Hak-Hak Masyarakat Adat Dalam Konteks Pengelolaan Sumber Daya Alam*, Jakarta, Elsam, 2006, h. 71-82

- (2) adanya pranata pemerintahan adat;
- (3) adanya harta kekayaan dan/atau benda-benda adat; dan
- (4) adanya perangkat norma hukum adat; serta
- (5) khusus pada kesatuan masyarakat hukum adat yang bersifat teritorial, harus memiliki unsur adanya wilayah tertentu.

Unsur-unsur dari ketentuan di atas bersifat kumulatif, sehingga jika salah satu unsur tidak terpenuhi, maka kesatuan masyarakat hukum adat dinyatakan tidak ada lagi dan tidak dapat dihidupkan kembali. Pertimbangan hukum Putusan MK tersebut dijadikan pedoman bagi masyarakat hukum adat manakala hendak mengajukan perkara pengujian undang-undang ke MK. Dengan demikian Putusan MK Nomor 31/PUU-V/2007 adalah putusan terkait dengan eksistensi MHA sebagai subjek hukum.

Terkait dengan pengakuan dan perlindungan hak konstitusional MHA, MK telah memutus beberapa perkara antara lain dalam Putusan Nomor 55/PUUVIII/2010 dalam perkara Pengujian Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2004 tentang Perkebunan. Melalui putusan tersebut, MK membatalkan ketentuan Pasal 21 dan Pasal 47 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Perkebunan karena ketentuan dimaksud dianggap menguntungkan perusahaan perkebunan, dan mengabaikan hak-hak masyarakat lokal dan MHA sebagai pemilik ulayat atas tanah. Hal yang menarik dalam putusan tersebut adalah salah satu bagian dari pertimbangan Mahkamah bahwa bertentangan dengan prinsip pengakuan dan penghormatan terhadap kesatuan-kesatuan MHA dengan hak-hak tradisionalnya sebagaimana dimaksud Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 pada hal para pemohon tidak mengklasifikasikan diri sebagai MHA melainkan sebagai perorangan.

Putusan berikutnya adalah Putusan Nomor 3/PUU-VIII/2010 bertanggal 16 Juni 2011 atas Pengujian UU Nomor 27 Tahun 2009 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil, MK membatalkan ketentuan-ketentuan yang berhubungan dengan Hak Pengusahaan Perairan Pesisir (HP-3). Dalam pertimbangannya, MK menyatakan bahwa HP-3 potensial mengakibatkan hilangnya hak-hak MHA yang bersifat turun temurun. Padahal, hak-hak tersebut mempunyai karakteristik tidak dapat dihilangkan selama MHA itu masih ada. Melalui putusan ini, pengelolaan wilayah perairan pesisir dan pulau-pulau kecil tidak boleh lagi meninggalkan masyarakat pesisir, khususnya MHA yang sudah sejak dulu mengelola perairan pesisir. Penguasaan oleh negara atas bumi, air

dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya harus juga memperhatikan hak-hak yang telah ada, baik hak individu maupun hak kolektif yang dimiliki MHA (hak ulayat), hak masyarakat adat serta hak-hak konstitusional lainnya yang dimiliki oleh masyarakat dan dijamin oleh konstitusi, misalnya hak akses untuk melintas, hak atas lingkungan yang sehat dan lain-lain

Selanjutnya, penegasan akan perlindungan terhadap MHA juga dapat ditemukan dalam putusan perkara pengujian Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan. Yang pertama, dalam Putusan Nomor 34/PUU-IX/2011, MK memutus konstitusional bersyarat Pasal 4 ayat (3) Undang-Undang Kehutanan. Putusan ini mengubah ketentuan Pasal 4 ayat (3) UU Kehutanan menjadi: "Penguasaan hutan oleh negara tetap memperhatikan MHA, sepanjang kenyataannya masih ada dan diakui keberadaannya, hak masyarakat yang diberikan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan, serta tidak bertentangan dengan kepentingan nasional" Putusan ini menegaskan kembali penghormatan dan perlindungan terhadap hak-hak tradisional MHA yang telah tertuang dalam pasal tersebut, ditambah dengan pengakuan akan hak-hak masyarakat yang diberikan Undang-Undang seperti hak milik, hak guna bangunan, hak guna usaha, dan hak lain-lain atas tanah.

Putusan MK Nomor 35/PUU-X/2012 tentang pengujian Undang-Undang Kehutanan. Putusan ini mengubah Pasal 1 angka 6 UU Kehutanan mengenai definisi hutan adat. Perubahan tersebut ialah: "Hutan adat adalah hutan negara yang berada dalam wilayah masyarakat hukum adat." MK menegaskan bahwa hutan adat bukan hutan negara. Hutan berdasarkan statusnya dibedakan menjadi dua yaitu hutan negara dan hutan hak. Adapun hutan hak dibedakan antara hutan adat (hak ulayat) dan hutan perseorangan/badan hukum. Atas dasar itu, tidak dimungkinkan lagi hutan hak berada dalam wilayah hutan negara. Atau sebaliknya, hutan negara dalam wilayah hutan hak dan hutan hak ulayat dalam hutan negara. Ketiga status hutan tersebut pada tingkatan tertinggi seluruhnya dikuasai oleh negara. Melalui Putusan tersebut, MK mengharuskan pengaturan berbeda antara hutan negara dan hutan adat. Terhadap hutan negara, negara memiliki kewenangan penuh dalam peruntukan, pemanfaatan, dan hubungan hukum di wilayah hutan negara. Sementara untuk hutan adat, wewenang negara dibatasi sejauh isi wewenang yang tercakup dalam hutan adat yaitu hak ulayat dalam satu kesatuan wilayah masyarakat hukum adat. Implikasinya, pemerintah harus

mengembalikan dan mengakui keberadaan hutan adat yang selama ini telah terlanjut ditunjuk atau ditetapkan oleh pemerintah sebagai kawasan hutan.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 35/ PUU-X/ 2012 yang menguji UU Kehutanan khususnya ketentuan Pasal 6 angka (1) telah memberikan kekuatan hukum atas kedudukan penguasaan tanah adat oleh MHA sehingga keberadaan dan perlindungan penguasaan tanah MHA mendapat tempat yang semakin kuat dan dengan Putusan tersebut telah menjadikan masyarakat adat setidaknya:¹⁵

- 1) Pengakuan masyarakat adat sebagai “penyandang hak” (*rights-bearer*), dan subjek hukum atas wilayah adatnya. Putusan MK perlu dimaknai sebagai pemulihan kewarganegaraan masyarakat adat;
- 2) Setelah Putusan MK atas perkara Nomor 35/PUU-X/2012 itu, tantangan terbesar saat ini adalah mewujudkan ralat konsep pembangunan dan ralat kebijakan secara menyeluruh, dan
- 3) Putusan MK perlu dijadikan rujukan bagi perubahan mendasar dalam pengelolaan kekayaan alam dan sumber-sumber agraria lainnya.

Oleh karena itu seharusnya pemerintah dalam rangka menindak lanjuti Putusan MK Nomor 35/PUU-X/2012 dalam kaitan dengan pengelolaan sumber daya mineral dan batubara dengan melaksanakan kewajiban negara atas hak MHA berarti negara juga melakukan perlindungan terhadap hak MHA.

3. Pengelolaan Sumber Daya Mineral dan Batubara Berorientasi Kerakyatan Yang Adil dan Makmur

Kontribusi sektor pertambangan mineral dan batubara bagi peningkatan kesejahteraan rakyat dikaitkan tujuan penguasaan negara atas kekayaan alam nasional bersumber dari kalimat sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Pengertian kemakmuran rakyat suatu kelompok masyarakat menjadi tolak ukur adalah kemampuan ekonomi dalam penghasilan dan kebutuhan hidup.¹⁶

Terkait dengan kesejahteraan, Bung Hatta mengatakan Kemerdekaan tidak ada artinya jika rakyat tetap menderita.¹⁷ Tujuan bernegara adalah melindungi segenap bangsa dan mensejahterakan rakyat, sebagaimana amanat Pembukaan UUD 1945.

¹⁵ Mia Siscawati, Sajogyo, Institute Pelatihan awal REDD, *Tindak Lanjut Putusan MK Nomor 35, MRV dan Pemanfaatan CLAS Lite untuk Analisis Deforestasi Bali*, tanggal 18-22 November 2013.

¹⁶ Ferry Aries Suranta, *Penggunaan Lahan Hak Ulayat Dalam Investasi Sumber Daya Alam Pertambangan di Indonesia*, Jakarta, Gramata Publishing, 2012, h. 181.

¹⁷ *Ibid*, h. 182

Berdasarkan pengertian yang dikaitkan dengan kontribusi dari sektor pertambangan mineral dan batubara dapat ditarik beberapa makna dari sebesar-besarnya kemakmuran rakyat, yaitu sebagai berikut;

- a. Dari aspek hukum, berarti keterlibatan MHA dalam perusahaan pertambangan, bentuk keterlibatan itu berupa pengakuan akan hak-hak MHA atas lahan dan sumber mineral dan batubara yang mereka telah kuasai secara turun temurun.
- b. Dari aspek fisik, berarti MHA berhak menikmati sarana dan prasarana yang dibangun oleh perusahaan pertambangan.
- c. Dari aspek non fisik, berarti perusahaan pertambangan menciptakan lapangan kerja dan memajukan pendidikan untuk meningkatkan kualitas dan kemampuan hidup MHA.
- d. Dari aspek ekonomi, berarti meningkatkan dan menumbuhkan perekonomian MHA disekitar wilayah pertambangan dan memberikan kontribusi langsung maupun tidak langsung bagi perekonomian negara.

Sebagai negara yang kaya akan sumber daya mineral dan batubara, Indonesia harusnya mampu mengelola sumber daya alam tak terbarukan tersebut secara bijaksana dan berkesinambungan. Kegiatan pertambangan selalu dihadapkan dua kepentingan: kebutuhan akan sumber daya alam dan aspek kerusakan lingkungan. Itu sebabnya, pola pengelolaan yang bijaksana dan berkesinambungan sangat penting.

Pada satu sisi, pemanfaatan mineral dan batubara adalah langkah positif yang tak terhindarkan untuk mencukupi kebutuhan komoditi mineral dan batubara. Hal ini mendorong upaya eksploitasi sumber daya mineral dan batubara semaksimal mungkin. Pada sisi lainnya, kegiatan pertambangan membawa dampak kerusakan lingkungan yang dirasakan secara langsung oleh masyarakat di sekitar areal pertambangan

Menurut Nyoman Nurjaya, dikutip Mohamad Anis,¹⁸ kebijakan pemanfaatan sumber daya tambang hanya diarahkan untuk meningkatkan pendapatan negara yang dilakukan dengan mengundang investor besar. Undang-undang tersebut bernuansa sentralistik dan sarat dengan orientasi ekonomi.¹⁹ Dengan semangat sentralistik itu maka tidak ada ruang bagi pengaturan

¹⁸ Mohamad Anis, "Menjamin Pembangunan yang Berkelanjutan," *Warta Majala Minerba*, Direktorat Jenderal Mineral Dan Batubara, Edisi XII April 2012, h. 7.

¹⁹ *Ibid.*

mengenai partisipasi publik dalam pengambilan keputusan dan pembuatan kebijakan. Paradigma yang harus dibangun adalah kebijakan tidak melulu soal meningkatkan pendapatan negara, tetapi juga pengamanan energi nasional, dan perlindungan hak-hak masyarakat di sekitar wilayah pertambangan.

Pengelolaan sumber daya mineral dan batubara yang tidak bijaksana akan menimbulkan banyak permasalahan di daerah yang justru kaya akan sumber daya mineral dan batubara. Timbulnya konflik antara MHA dengan perusahaan tambang menunjukkan belum maksimalnya dampak positif yang diterima oleh MHA di sekitar tambang. Misalnya blokade areal tambang, masalah lingkungan, ganti rugi lahan, perbedaan kultural antara masyarakat pendatang dengan MHA, dan permasalahan lainnya. Pemerintah daerah umumnya belum menerapkan skala prioritas dalam melaksanakan beberapa sektor pembangunan. Persiapan sumber daya manusia yang kompeten belum dilakukan. Ketidaksiapan regulasi yang implementatif untuk menunjang pengelolaan sumber daya mineral dan batubara juga cenderung diabaikan sehingga terjadilah permasalahan di atas.²⁰

Pokok pikiran dalam Pasal 33 UUD NRI 1945 selaras dengan konsep untuk kemakmuran masyarakat diutamakan bukan kemakmuran orang perorangan²¹ Dapat memberikan kemakmuran sesuai dengan prinsip kekeluargaan dalam penguasaan dan atau pengelolaan oleh negara terhadap cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya, sekaligus jaminan kemampuan negara untuk melindungi kepentingan umum dan kepentingan ekonomi rakyat.

4. Prinsip Persetujuan Atas Dasar Informasi di Awal Tanpa Paksaan sebagai Prinsip Pengelolaan Sumber Daya Mineral dan Batubara yang Berpihak Kepada Masyarakat Hukum Adat

Persetujuan atas dasar informasi di awal tanpa paksaan mengacu pada prinsip bahwa MHA memiliki hak untuk memberikan atau tidak memberikan persetujuan untuk tindakan yang akan mempengaruhi mereka, terutama tindakan yang mempengaruhi tanah, wilayah, dan sumber daya alam tradisional mereka.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Maria S.W Sumandjono, *Tanah Dalam Perspektif Hak Ekonomi Sosial Budaya*, Jakarta, Buku Kompas, 2008, h. 19

Prinsip ini terkait dengan hak MHA untuk bebas menerima atau menolak proyek pembangunan dalam wilayah mereka (*free, prior, and informed consent*) inilah hak yang paling banyak diperjuangkan dan dituntut oleh masyarakat adat. Prinsip Persetujuan atas dasar informasi di awal tanpa paksaan (FPIC) menegaskan bahwa masyarakat adat mempunyai hak untuk secara bebas menyatakan “menerima” atau “menolak” sebuah rencana pembangunan dalam wilayah mereka atas dasar informasi yang lengkap yang disampaikan atau diperoleh MHA sejak sedini rencana itu dicetuskan.

Terkait dengan pertambangan mineral dan batubara, berarti bahwa setiap pihak yang akan menyelenggarakan proyek pertambangan mineral dan batubara dalam wilayah MHA wajib memberikan informasi yang sejelas-jelasnya tentang seluruh aspek pertambangan itu, termasuk dampak baik dan buruk kepada MHA. MHA mempunyai hak untuk mendapatkan waktu yang cukup untuk mendiskusikan semua informasi tersebut dan berhak untuk mendapatkan nasihat atau bantuan dari pihak-pihak yang mereka inginkan dengan bahasa yang mereka pahami. Hal ini penting mengingat perbedaan sistem nilai, cara pikir dan pandangan hidup antara mereka dengan pihak luar.

Persetujuan atas dasar informasi di awal tanpa paksaan dapat dijelaskan secara sederhana sebagai hak MHA untuk mendapatkan informasi sebelum sebuah program atau proyek investasi pertambangan dilaksanakan dalam wilayah MHA, dan berdasarkan informasi tersebut, MHA secara bebas tanpa tekanan merumuskan keputusan untuk menyatakan setuju atau menolak. Keseluruhan ini berarti bersikap adil (*fair*) terhadap MHA. Landasan moral filosofisnya adalah proposisi moral dasar bahwa seseorang atau sekelompok orang hanya dapat menjadi manusia karena ada manusia atau kelompok manusia di luar dirinya.

Dari proposisi moral ini dapatlah diturunkan pernyataan bahwa semua manusia adalah setara karena saling mengandaikan keberadaan satu sama lain. Dengan demikian kata bebas dalam prinsip persetujuan atas dasar informasi di awal tanpa paksaan adalah keputusan-keputusan yang dibuat oleh MHA mesti dicapai melalui proses-proses yang saling menghormati kepentingan masing-masing pihak (baik kepentingan MHA maupun kepentingan pihak pemerintah, perusahaan dan lain-lain), tanpa ada kekerasan, intimidasi ancaman, penyuapan dan pemaksaan.

Prinsip persetujuan atas dasar informasi di awal tanpa paksaan harus berlangsung sebelum pemerintah, investor dan perusahaan memutuskan apa yang akan mereka laksanakan. Ada unsur sebelum (*prior*), hal ini berarti sebelum perusahaan tambang masuk dan mulai melakukan aktivitas di dalam wilayah MHA. Bahwa semua informasi tentang sebuah pertambangan mineral dan batubara yang akan berlangsung dalam sebuah wilayah MHA haruslah sudah disampaikan kepada MHA mulai ketika rencana baru digagas dan dalam perkembangan gagasan itu sampai kepada rencana realisasinya, termasuk resiko-resiko yang akan timbul akibat dari tindakan pertambangan mineral dan batubara tersebut.

Pasal 18B ayat (2) dan Pasal 28I ayat (3) UUD 1945 merupakan pengakuan dan perlindungan atas sumber daya alam dalam kesatuan dengan wilayah hak ulayat suatu masyarakat hukum adat. Hal demikian merupakan konsekuensi pengakuan terhadap hukum adat sebagai "*living law*" yang sudah berlangsung sejak lama, dan diteruskan sampai sekarang. Oleh karena itu, pengelolaan sumber daya mineral dan batubara tanpa persetujuan awal tanpa paksaan masyarakat hukum adat merupakan pengabaian terhadap hak-hak masyarakat hukum adat.

Pemerintah dan perusahaan harus menyajikan semua informasi yang mereka miliki tentang rencana usaha pertambangan mineral dan batubara kepada MHA, dalam bentuk yang mudah dipahami MHA. Hal ini berarti memberikan kepada MHA waktu untuk membaca dan mempelajari, menilai dan mendiskusikan tentang rencana pihak perusahaan tersebut. Hal itu juga berarti bahwa memberikan mereka waktu untuk mengumpulkan informasi-informasi penting yang terkait, sehingga masyarakat mengetahui segala resiko dari kegiatan dimaksud.

Berdasarkan uraian di atas, dapat pula dijelaskan bahwa prinsip persetujuan atas dasar informasi di awal tanpa paksaan telah memposisikan MHA sebagai subjek pembangunan dan bukan objek pembangunan. Prinsip ini diakui dalam Deklarasi PBB tentang Hak Masyarakat Adat (UNDRIP) dan dalam dokumen-dokumen yang lain, dan berhubungan dengan hak-hak individu dan kolektif MHA.

PENUTUP

Prinsip pengelolaan sumber daya mineral dan batubara yang berpihak kepada masyarakat hukum adat adalah prinsip manfaat, keadilan, dan keseimbangan; keberpihakan kepada kepentingan bangsa; partisipatif, transparansi, dan akuntabilitas; berkelanjutan dan berwawasan lingkungan, Di samping itu, prinsip persetujuan atas dasar informasi di awal tanpa paksaan juga merupakan prinsip pengelolaan sumber daya mineral dan batubara yang berpihak kepada masyarakat hukum adat. Prinsip ini telah memosisikan masyarakat hukum adat sebagai subjek pembangunan dan bukan objek pembangunan. Prinsip ini mengacu pada hak masyarakat hukum adat untuk memberikan atau tidak memberikan persetujuan untuk tindakan yang akan mempengaruhi mereka, terutama tindakan yang mempengaruhi tanah, wilayah dan sumber daya alam.

Mengingat bahwa pengakuan dan perlindungan hak-hak masyarakat hukum adat di Indonesia tersebar dalam berbagai peraturan perundang-undang sektoral. Karena itu pengakuannya bersifat sektoral pula. Oleh karena itu pengakuan dan perlindungan hak-hak masyarakat hukum adat di Indonesia sebaiknya diatur dalam satu Undang-undang, yaitu Undang-undang Perlindungan Masyarakat Hukum Adat.

DAFTAR PUSTAKA

- Anis, Mohammad, 2012, "Menjamin Pembangunan yang Berkelanjutan", *Warta Majala Minerba*, Direktorat Jenderal Mineral Dan Batubara, Edisi XII April.
- Bosko, Rafael Edy, 2006, *Hak-Hak Masyarakat Adat Dalam Konteks Pengelolaan Sumber Daya Alam*, Jakarta: Elsam.
- Erwin, Moh, 2011, *Filsafat Hukum Refleksi Kritis Terhadap Hukum*, Jakarta: Rajawali Press.
- Marilang, 2011, "Pengelolaan Sumber Daya Alam Tambang" *Jurnal Al-Risalah* Volume 11 Nomor 1 Mei.
- Putusan MK Nomor 31/PUU-V/2008 melalui Website MK di: <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id>
- Rato, Dominikus, 2011, *Filsafat Hukum, Mencari, Menemukan, dan Memahami Hukum*, Surabaya: LaksBang Justitia.

Redi, Ahmad, 2014, *Hukum Sumber Daya Alam Dalam Sektor Kehutanan*, Jakarta: Sinar Grafika.

Santoso, Urip, 2013, *Hukum Agraria, Kajian Komprehensif*, Jakarta: Kencana Prenadamedia Group.

Suranta, Ferry Aries, 2012, *Penggunaan Lahan Hak Ulayat Dalam Investasi Sumber Daya Alam Pertambangan di Indonesia*, Jakarta: Gramata Publishing.

Sumandjono, Maria S.W., 2008, *Tanah Dalam Perspektif Hak Ekonomi Sosial Budaya*, Jakarta: Buku Kompas.

Soemantri, Ronny Hantijo, 1984, *Masalah-masalah Sosiologi Hukum*, Bandung: Sinar Baru.

Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral Dan Batubara

Undang-undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan,

Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air;

Arti Penting Surat Pemberitahuan Dimulainya Penyidikan: Kajian Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 130/PUU- XIII/2015

The Important Meaning of Notification Letter of the Commencement of Investigation: Analysis of the Decision of Consitutional Court Number 130/ PUU-XII/2015

Hwian Christianto

Fakultas Hukum Universitas Surabaya
Jl. Raya Kalirungkut, Surabaya 60293
E-mail : hwall4jc@yahoo.co.id

Naskah diterima: 01/02/2018 revisi:21/05/18 disetujui: 10/12/2018

Abstrak

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 130/PUU-XIII/2015 tidak hanya sekedar memberikan perubahan kepada rumusan Pasal 109 ayat (1) KUHP akan tetapi penekanan konsep hukum acara pidana yang berlaku. Keberadaan Putusan membawa problematika tersendiri dalam hukum acara pidana Indonesia yang berlaku selama ini sehingga kajian terhadap Surat Pemberitahuan Dimulainya Penyidikan (SPDP) penting dilakukan berdasarkan asas hukum acara pidana dan jaminan hak asasi manusia. Metode penelitian yuridis normatif menganalisis pertimbangan Mahkamah Konstitusi menurut asas hukum acara pidana, ketentuan hukum yang berlaku dan instrumen hukum internasional dan nasional terkait hak asasi manusia. Hasil analisis yang diperoleh antara lain pertama, keharusan pemberitahuan SPDP kepada tersangka, korban, dan penuntut umum menunjukkan adanya pergeseran konsep *Crime Control Model* ke konsep *Due Process Model* sekaligus sebuah terobosan hukum yang didasarkan pada tujuh asas hukum acara pidana yang berlaku. Mahkamah Konstitusi menunjukkan konsistensi sistem acara

pidana yang mengedepankan prinsip diferensiasi fungsional antara penyidik dan penuntut umum sebagai *integrated criminal justice system*; kedua Pemahaman akan arti penting penyampaian SPDP juga memenuhi hak asasi manusia yang dimiliki oleh tersangka, korban dan Negara.

Kata Kunci: SPDP, Asas Hukum Acara Pidana, Hak Asasi Manusia

Abstract

The Decision of Constitutional Court Number 130/PUU-XIII/2015 did not only change the formula of Article 109 paragraph (1) of the Criminal Code, but also the focus of the legal concept of the law in order. The existence of the decision has brought problems in the Criminal Code in effect, so the analysis of the Notification Letter of the Commencement of Investigation is important based on the legal base of the Criminal Code and the guarantee of human rights. A normative juridical method was used in analyzing the consideration of the Constitutional Court according to the Criminal Code, the provisions which were in effect and international and national legal instruments related to the human rights. The result of the analysis showed that, first, SPDP must be issued to the suspect, victim, and the prosecutor to show the movement of the concept of crime control model to the concept of due process model as well as a legal breakthrough based on the seven bases of the Criminal Code in effect. The Constitutional Court showed the consistency in the system of crime which put forward the principal of functional differentiation between the investigator and the prosecutor as the integrated criminal justice system; secondly, the understanding of the important meaning of issuing SPDP also fulfilled human rights of the suspect, the victim, and the country.

Keywords: SPDP, Criminal Law Principle, Human rights

PENDAHULUAN

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 130/PUU-XIII/2015 tertanggal 15 November 2016 menghadirkan suasana baru terhadap hukum acara pidana Nasional yang selama ini diberlakukan melalui UU No. 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHAP). Hal baru yang diberikan dalam Putusan *a quo* terletak dalam hal penyampaian Surat Perintah Dimulainya Penyidikan (SPDP) semula hanya disampaikan oleh Penyidik kepada Penuntut Umum (Pasal 109 ayat (1) KUHAP) telah berubah. Sistem peradilan pidana tersebut dinilai mengesampingkan keadilan karena tidak memberikan informasi kepada para pihak terutama pelapor dan terlapor tentang SPDP yang ada. Pemohon dalam perkara *a quo* menekankan bahwa keberadaan Pasal 109 ayat (1) KUHAP tidak memberikan kepastian hukum

sekaligus keadilan dalam proses peradilan pidana. Hal tersebut terkait dengan tidak adanya kewajiban batasan waktu bagi penyidik untuk memberitahukan SPDP kepada penuntut umum bahkan dapat dimungkinkan penyidik baru memberikan SPDP tidak jauh dari penyerahan berkas perkara untuk dilanjutkan pada proses penuntutan. Mahkamah justru dengan berani memberikan putusan terkait batas waktu yang digunakan selama 7 (tujuh) hari untuk mempersiapkan/menyelesaikan hal tersebut.

Keberadaan Pasal 109 ayat (1) KUHAP pada hakikatnya menentukan pentingnya sebuah sistem peradilan pidana yang terpadu (*integrated criminal justice system*) yang dalam hal ini berada pada tahap penyidikan dan penuntutan. Hanya saja pengaturan Pasal 109 ayat (1) KUHAP tidak menentukan sifat dari pengaturan yang ada serta batas waktu sehingga menimbulkan kerancuan penafsiran yang berujung pada permainan kekuasaan yang terdapat pada penyidik. Pertimbangan Mahkamah Konstitusi justru menekankan sesuatu yang sangat berbeda dalam hal rumusan ketentuan hukum *a quo* yang tidak hanya menekankan konsep *crime control model* akan tetapi *due process of law model* dalam sistem peradilan pidana. Berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi *a quo* keharusan SPDP kepada Pelapor, Terlapor dan Penyidik membawa tugas baru bagi penyidik. Terkait dengan hal tersebut penting untuk dibahas lebih lanjut antara lain: *pertama*, apakah arti penting SPDP ditinjau dari Asas Sistem Peradilan Pidana? *Kedua*, apakah keberadaan SPDP dengan pemberitahuan kepada Penyidik, Pelapor dan Terlapor sudah memenuhi Hak Asasi Manusia?

PEMBAHASAN

1. SPDP dalam Asas Hukum Acara Pidana Nasional

Hadirnya Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana sejak 31 Desember 1981 menjadi tanda kesuksesan pembangunan hukum nasional yang dicita-citakan sejak tahun 1945. KUHAP menjadi sebuah produk hukum nasional yang patut dibanggakan mengingat sudah sejak 36 tahun Hukum Acara Pidana yang berlaku masih didasarkan pada produk hukum acara pidana peninggalan kolonial, HIR (*Het Herziene Inlandsch Reglement*). Pemberlakuan KUHAP tidak sekedar memberikan nuansa baru dalam peradilan pidana akan tetapi memberikan sebuah paradigma baru bagi hukum acara pidana Nasional. Hanya saja pada perkembangannya KUHAP

ditempatkan sebagai hukum acara pidana umum yang menjadi rujukan bagi pelaksanaan hukum acara pidana khusus. Bahkan terdapat banyak Undang-Undang menjadi aturan pelaksana dari KUHAP akan tetapi memberikan aturan pada masing-masing lembaga.¹

Sebagai sebuah paradigma, KUHAP membawa perubahan mendasar dalam proses beracara dalam menangani perkara pidana. Paradigma hukum acara pidana tidak hanya menekankan kepastian hukum dalam beracara akan tetapi mengakar pada pemenuhan hak asasi manusia yang dimiliki bukan hanya oleh pelapor (korban) atau masyarakat akan tetapi terlapor. Nuansa pentingnya pemenuhan hak asasi manusia tampak dengan jelas mulai dari pertimbangan dibentuknya KUHAP, secara khusus angka pertama. Indonesia sebagai negara hukum tidak berarti menggunakan hukum untuk menindas hak asasi manusia melainkan sebaliknya. Hukum disadari pada hakikatnya merupakan pembatasan bahkan pengurangan hak asasi manusia demikian pula hukum acara pidana.

Keterpaduan antara hukum dan pemenuhan hak asasi manusia ini dituangkan dalam asas hukum pidana yang berlaku dalam hukum acara pidana sendiri. Asas hukum merupakan hal pokok yang melandasi pembentukan bahkan pelaksanaan ketentuan hukum. Gunarto menegaskan bahwa "Asas hukum adalah suatu meta-kaidah yang berada di belakang kaidah yang memuat kriteria nilai untuk dapat menjadi pedoman berperilaku memerlukan penjabaran atau konkretisasi ke dalam aturan-aturan hukum. Asas hukum adalah dasar umum yang merupakan dasar pikiran atau *ratio legis* dari kaidah hukum."² Setidaknya ada 2 (dua) hal penting dari asas hukum yaitu nilai dasar dan pedoman dalam membuat dan menjalankan bahkan mengevaluasi ketentuan hukum pidana. Sebagai sebuah nilai dasar maka asas hukum menjadi rujukan bagi pembuatan, pelaksanaan dan evaluasi ketentuan hukum sedangkan sebagai pedoman maka asas hukum menjadi batasan untuk menentukan apa yang seharusnya dilakukan atau tidak dilakukan dalam sebuah ketentuan hukum. Terkait dengan posisi strategis dari asas hukum tersebut maka pemikiran akan hak asasi manusia sebagaimana ditegaskan arti pentingnya dalam Konsiderans KUHAP maka sudah seharusnya asas

¹ Umi Falasifah, Babang Dwi Baskoro, & Sukinta, "Tinjauan tentang Pembaharuan KUHAP sebagai Landasan Bekerjanya Sistem Peradilan Pidana di Indonesia", *Diponegoro Law Journal*, Vol. 5 No. 3 Tahun 2016, <http://www.ejournal-s1.undip.ac.id/index.php/dlri>, 30 Januari 2017.

² Marcus Priyo Gunarto, "Asas-Asas Hukum Acara Pidana", *Makalah Simposium Nasional dan Pelatihan Hukum Pidana dan Kriminologi III*, Universitas Lambung Mangkurat, Rattan In Hotel, Banjarmasin, 16-20 Mei 2016, h. 1

hukum pidana yang berlaku dalam KUHP memuat perlindungan hak asasi manusia. Lamintang menguraikan setidaknya ada 8 (delapan) asas hukum acara pidana yang terkandung dalam KUHP antara lain:

- a. *Asas pelakuan yang sama terhadap setiap orang didepan hukum (gelijkheid van ieder voor de wet.) yang berarti hukum acara pidana tidak mengenal forum privilegiatum atau perlakuan yang bersifat khusus bagi pelaku-pelaku tertentu dari tindak pidana;*
- b. *Asas larangan untuk "main hakim sendiri" (verbod van eigen richtig) yaitu larangan untuk melakukan perbuatan terhadap diri seseorang yang disangka atau didakwa bahkan akibat hukum dari tindak pidana dengan tidak melalui proses peradilan;*
- c. *Asas sikap hakim yang pasif dalam proses penuntutan menurut hukum pidana (iudex ne procedat ex officio) yang berarti hakim itu bersifat menunggu sampai pejabat yang berwenang melakukan penuntutan;*
- d. *Asas Keterbukaan dari suatu proses peradilan (openbaarheid van het proces) artinya putusan pengadilan itu harus selalu diucapkan di dalam suatu sidang peradilan yang terbuka untuk umum kecuali hal tertentu yang ditentukan dalam undang-undang;*
- e. *Asas kebebasan hakim dalam mengadili suatu perkara pidana (onafhankelijkheid der rechterlijke macht), yang berarti hakim tidak boleh mendapatkan suatu tekanan dari pihak manapun dan dalam bentuk apapun;*
- f. *Asas oportunitas (opportunitetsbeginsel) artinya jaksa memiliki kewenangan untuk mengesampingkan perkara untuk tidak diproses pengadilan demi kepentingan umum atau kepentingan hukum yang menghendaki demikian;*
- g. *Asas legalitas (legalitetsbeginsel) artinya semua pelaku tindak pidana diproses menurut ketentuan hukum yang berlaku;*
- h. *Asas praduga tidak bersalah (presumption of innocence), bahwa seseorang harus tetap dianggap tidak bersalah sampai kesalahannya dinyatakan terbukti oleh sidang pengadilan melalui putusan yang telah berkekuatan hukum tetap.³*

Keberadaan kedelapan asas hukum acara pidana tersebut pada dasarnya dapat dirunut dalam Penjelasan Umum angka 3 KUHP yang menyebutkan bahwa asas hukum acara pidana yang berlaku dalam KUHP sebenarnya merujuk pada Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Kekuasaan Kehakiman (UU Kekuasaan Kehakiman 1970). Asas hukum yang berlaku

³ P.A.F. Lamintang, *Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana dengan Pembahasan secara Yuridis menurut Yurisprudensi dan Ilmu Pengetahuan Hukum Pidana*, Bandung: Sinar Baru, 1984, h. 30-31.

dalam UU Kekuasaan Kehakiman 1970 terdapat 10 (sepuluh) asas hukum antara lain:

- a. *Asas perlakuan yang sama atas diri setiap orang di muka umum dengan tidak mengadakan pembedaan perlakuan.*
- b. *Penangkapan, penahanan, penggeledahan, dan penyitaan hanya dilakukan berdasarkan perintah tertulis oleh pejabat yang diberi wewenang oleh undang-undang dan hanya dalam hal dan dengan cara yang diatur undang-undang.*
- c. *Setiap orang yang disangka, ditangkap, ditahan, dituntut dan/atau dihadapkan di muka sidang pengadilan wajib dianggap tidak bersalah sampai adanya putusan pengadilan yang menyatakan kesalahannya dan memperoleh kekuatan hukum tetap.*
- d. *Kepada seorang yang ditangkap, ditahan, dituntut ataupun diadili tanpa alasan yang berdasarkan undang-undang dan/atau karena kekeliruan mengenai orangnya atau hukum yang diterapkan wajib diberi ganti kerugian dan rehabilitasi sejak tingkat penyidikan dan para pejabat penegak hukum yang dengan sengaja atau karena kelalaiannya menyebabkan asas hukum tersebut dilanggar, dituntut, dipidana, dan/atau dikenakan hukuman administrasi.*
- e. *Peradilan yang harus dilakukan dengan cepat sederhana dan biaya ringan serta bebas, jujur dan tidak memihak harus diterapkan secara konsekwen dalam seluruh tingkat peradilan.*
- f. *Setiap orang yang tersangkut perkara wajib diberi kesempatan memperoleh bantuan hukum yang semata-mata diberikan untuk melaksanakan kepentingan pembelaan atas.*
- g. *Kepada seorang tersangka, sejak saat dilakukan penangkapan dan/atau penahanan selain wajib diberi tahu dakwaan dan dasar hukum apa yang didakwakan kepadanya, juga wajib diberitahu haknya itu termasuk hak untuk menghubungi dan minta bantuan penasehat hukum.*
- h. *Pengadilan memeriksa perkara pidana dengan hadirnya terdakwa.*
- i. *Sidang pemeriksaan pengadilan adalah terbuka untuk umum kecuali dalam hal yang diatur dalam undang-undang.*
- j. *Pengawasan pelaksanaan putusan pengadilan dalam perkara pidana dilakukan oleh ketua pengadilan negeri yang bersangkutan.*

Perbandingan kesepuluh asas hukum tersebut jika dibandingkan dengan pendapat Lamintang ternyata terdapat perbedaan dari kedua pandangan tersebut. Penjelasan Umum KUHAP ternyata lebih menekankan pada pentingnya perlindungan hak asasi manusia sejak seseorang masuk dalam

proses peradilan pidana terutama pada tahap adjudikasi. Hal tersebut sekali lagi dapat dimaklumi mengingat rujukan dari asas hukum acara pidana yang diberlakukan berasal dari UU Kekuasaan Kehakiman 1970.

Asas hukum tersebut eksistensinya ada yang tertulis secara jelas dalam ketentuan hukum namun ada juga yang secara implisit terdapat dalam ketentuan hukum KUHAP. Beberapa ketentuan hukum yang secara *expressis verbis* mengatur asas hukum acara pidana seperti Pasal 14 KUHAP terkait dengan wewenang Penuntut Umum sebagai pelaksanaan asas oportunitas sedangkan ketentuan hukum yang mengatur asas hukum acara pidana secara implisit seperti Pasal 82 butir b KUHAP yang mengatur tugas hakim dalam memeriksa dan memutus Sidang Pra Peradilan mendengar keterangan baik dari tersangka atau pemohon maupun dari pejabat yang berwenang (asas sikap hakim yang pasif).

Terkait dengan asas hukum pidana yang berlaku dalam KUHAP, Mahkamah memandang bahwa asas hukum pidana yang berlaku juga memuat perlindungan hak asasi manusia. Pandangan tersebut didasarkan pada pengaturan hal-hal sebagai berikut:

1. Perlakuan yang sama atas diri setiap orang di muka hukum dengan tidak mengadakan pembedaan perlakuan.
2. Penangkapan, penahanan, penggeledahan dan penyitaan hanya dilakukan berdasarkan perintah tertulis oleh pejabat yang diberi wewenang oleh Undang-Undang dan hanya dalam hal dan dengan cara yang diatur dengan Undang-Undang kecuali dalam hal tertangkap tangan.
3. Setiap orang yang disangka, ditangkap, ditahan, dituntut dan atau dihadapkan di muka sidang pengadilan wajib dianggap tidak bersalah sampai adanya putusan pengadilan yang menyatakan kesalahannya dan memperoleh kekuatan hukum tetap.
4. Kepada seorang yang ditangkap, ditahan, dituntut ataupun diadili tanpa alasan yang berdasarkan Undang-Undang/atau karena kekeliruan mengenai orangnya atau hukum yang diterapkan wajib diberi ganti kerugian dan rehabilitasi sejak tingkat penyidikan dan para pejabat penegak hukum yang dengan sengaja atau karena kelalaiannya menyebabkan asas hukum tersebut dilanggar, dituntut, dipidana dan atau dikenakan hukuman administrasi.

5. Peradilan yang harus dilakukan dengan cepat, sederhana dan biaya ringan serta bebas, jujur dan tidak memihak harus diterapkan secara konsekuen dalam seluruh tingkat peradilan.
6. Setiap orang yang tersangkut perkara wajib diberi kesempatan memperoleh bantuan hukum yang semata-mata diberikan untuk kepentingan pembelaan atas dirinya.
7. Kepada seorang tersangka, sejak saat dilakukan penangkapan dan/atau penahanan, selain wajib diberitahu tentang sangkaan dan dasar hukum apa yang disangkakan kepadanya, juga wajib diberitahu haknya itu, termasuk hak untuk menghubungi dan minta bantuan penasihat hukum.

Ketujuh hak asasi manusia sebagaimana ditekankan KUHAP menjadi sangat penting jika diperhatikan pemenuhannya tidak hanya dilakukan pada suatu tahap proses pidana melainkan mulai dari tahap awal penyelidikan hingga proses pengadilan. Hanya saja formulasi asas hukum acara pidana yang disitir oleh Mahkamah tidak lengkap karena hanya terdiri dari 7 (tujuh) asas hukum dari 10 (sepuluh) asas hukum acara pidana sebagaimana disebutkan dalam Penjelasan Umum Angka 3 KUHAP. Hal tersebut sepertinya disengaja karena ketujuh asas hukum acara pidana yang dirujuk oleh Mahkamah terkait erat dengan perkara yang sedang diajukan (c.q. Surat Pemberitahuan Dimulainya Penyidikan/SPDP) yang berada pada tahap Pra adjudikasi. Ketujuh asas hukum acara pidana tersebut dipandang memiliki nilai-nilai penting yang harus dipertimbangkan oleh Mahkamah dalam mengambil putusan terkait perkara yang dimohonkan.

Surat Perintah Dimulainya Penyidikan (SPDP) dalam kaitannya dengan asas hukum acara pidana merupakan bagian penting dari penguraian nilai dasar dalam hukum acara pidana. Berikut ini akan diuraikan kaitan antara SPDP dengan ketujuh asas hukum acara pidana sebagaimana dirujuk oleh Mahkamah dalam pertimbangan putusannya. Asas hukum acara pidana yang dimaksudkan adalah:

1. Perlakuan yang sama atas diri setiap orang di muka hukum dengan tidak mengadakan pembedaan perlakuan.

Terbitnya SPDP menjadi tanda akan komitmen Penyidik kepada tersangka atau terlapor untuk memberikan sikap yang sama kepada setiap orang yang berproses dengan hukum acara pidana. Tersangka/

terlapor begitu mengetahui dirinya masuk dalam proses penyidikan akan mempersiapkan pembelaan berikut bantuan hukum yang diperlukan. Sejalan dengan pemahaman ini maka didalam asas ini terkandung sebuah arti penting dari hak atas informasi bagi para pihak yang terkait dengan proses penyidikan, dalam hal ini terlapor, pelapor, dan penuntut umum. Kesamaan disini berarti tidak hanya bagi tersangka/terlapor melainkan bagi pelapor dan penuntut umum sehingga masing-masing pihak memiliki kesamaan di hadapan hukum sebagai individu yang bermartabat.

Sejauh ini dalam pengaturan yang ada dalam Pasal 190 ayat (1) KUHAP penerbitan SPDP hanya diberikan kepada Penuntut Umum tidak bagi tersangka/terlapor begitu pula dengan korban. Kondisi tersebut jelas mengesampingkan asas perlakuan yang sama atas diri seseorang di muka umum karena seolah sistem peradilan pidana bersifat tertutup. Kondisi tersebut seolah-olah menempatkan penyidik dan penuntut umum sebagai pihak yang telah mengambil alih semua perkara yang ada padahal korban/pelapor juga membutuhkan kejelasan informasi atas perkembangan proses hukum yang sedang berjalan. Begitu pula bagi tersangka/terlapor yang tidak diberikan informasi terkait dengan hal ini akan mengalami ketidakpastian hukum yang berujung pada keadilan akibat ketidakjelasan status dirinya.

Mahkamah telah melakukan terobosan hukum yang sangat berarti dalam memandang kondisi tersebut dengan menciptakan sebuah norma baru bahwa SPDP harus diberikan kepada Penuntut Umum, Tersangka/ Terlapor dan Korban/Pelapor dengan harapan mendapatkan kesamaan dalam hal perlakuan hukum selama proses peradilan pidana berlangsung. Mahkamah justru dalam putusannya justru tampak mempertimbangkan putusan yang bersifat *legal justice*, *moral justice*, sekaligus *social justice*.⁴ Secara *moral justice*, Mahkamah justru memberikan pemahaman yang sangat mendalam akan makna SPDP tersebut bagi proses peradilan yang tidak hanya memiliki arti penting secara prosedural melainkan memenuhi hak asasi manusia. Dari sisi *social justice*, Mahkamah telah mempertimbangkan kepentingan hukum yang tersangkut paut dengan SPDP bukan hanya Penuntut Umum melainkan Korban dan Tersangka.

⁴ Agus Sudaryanto, "Tugas dan Peran Hakim dalam Melakukan Penemuan Hukum/Rechtvinging (i.c. Penafsiran Konstitusi sebagai Metode Penemuan Hukum)", *Jurnal Konstitusi*, Vol.1, No.1, November 2012, h. 56.

Mahkamah juga tidak lepas dari pemahaman maksud pembuatan Pasal 109 ayat (1) KUHAP yang menegaskan pentingnya dasar SPDP bersumber dari wewenang Penyidik seimbang dengan Penuntut Umum demi tujuan mempercepat peradilan (*Legal justice*). Berdasarkan pemahaman tersebut maka Mahkamah tidak lagi terjebak dalam pertimbangan putusannya pada paradigma keadilan prosedural melainkan mengutamakan keadilan substantif⁵ yang sangat dibutuhkan masyarakat, bukan hanya pemohon. Putusan Mahkamah yang merevisi Pasal 109 ayat (1) KUHAP dinilai telah memenuhi asas memberikan perlakuan yang sama tidak hanya kepada penuntut umum melainkan terangka/terlapor dan korban/pelapor sehingga terciptalah sebuah keseimbangan dan kejelasan informasi.

2. Penangkapan, penahanan, penggeledahan dan penyitaan hanya dilakukan berdasarkan perintah tertulis oleh pejabat yang diberi wewenang oleh Undang-Undang dan hanya dalam hal dan dengan cara yang diatur dengan Undang-Undang kecuali dalam hal tertangkap tangan.

Keberadaan SPDP memang secara normatif tidak memberikan wewenang apapun kepada penyidik untuk melakukan penyidikan. Penyidikan merupakan wewenang penyidik untuk mencari dan mengumpulkan barang bukti yang terjadi. Terbitnya SPDP bukan pula bukti adanya subordinasi penyidik di bawah penuntut umum karena KUHAP mengenalkan asas diferensiasi fungsional yang membagi kewenangan penyidikan kepada Kepolisian Republik Indonesia atau pejabat pegawai negeri sipil yang diberi wewenang khusus oleh undang-undang (Pasal 6-7) sedangkan Penuntutan kepada Penuntut Umum (Pasal 13 dan 14). SPDP lebih merupakan bukti tertulis dimulainya penyidikan oleh penyidik kepada penuntut umum (formulasi Pasal 109 ayat (1) KUHAP sebelum Putusan Mahkamah Konstitusi) sehingga keberadaannya memberikan kejelasan kepada Penuntut Umum dalam mewakili kekuasaan eksekutif⁶ dalam menjaga ketertiban umum secara khusus proses perkara pidana yang sedang berlangsung.

Putusan Mahkamah yang mengharuskan penyidik memberitahukan SPDP tidak hanya kepada Penuntut Umum melainkan tersangka/terlapor

⁵ Anwar C, "Problematika Mewujudkan Keadilan Substantif dalam Penegakan Hukum di Indonesia" *Jurnal Konstitusi*, Vol. III, No. 1, Juni 2010, h. 130 & 132.

⁶ Satria Agung Wicaksana, Untung Sri Hardjanto, Fifiiana Wisnaeni, "Kejaksanaan dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia", *Diponegoro Law Journal*, Vol. 5 No. 4 Tahun 2016, <http://www.ejournal-s1.undip.ac.id/index.php/dlr/>, 30 Januari 2017 h. 6-7

dan korban/pelapor memberikan dasar hukum tertulis dilakukannya pemberitahuan SPDP. Oleh karena itu berdasarkan asas legalitas, justru keberadaan Putusan Mahkamah menambah tugas penyidik untuk menerbitkan SPDP kepada 3 (tiga) pihak tersebut.

3. Setiap orang yang disangka, ditangkap, ditahan, dituntut dan atau dihadapkan di muka sidang pengadilan wajib dianggap tidak bersalah sampai adanya putusan pengadilan yang menyatakan kesalahannya dan memperoleh kekuatan hukum tetap.

Perhatian utama dari asas ini tertuju pada paradigma yang menilai tersangka/terlapor sebagai orang yang tidak bersalah walaupun ia harus menempuh proses hukum. Aparat penegak hukum pun harus bersikap proporsional dalam melaksanakan proses hukum yang berlaku tanpa menilai seseorang bersalah. Hal tersebut dalam praktiknya sangat sulit dijalankan mengingat paradigma penyidik dan penuntut umum awal mula selalu meyakinkan diri bahwa tersangka/terlapor memiliki kesalahan. Belum lagi kesadaran penegak hukum atas asas praduga tidak bersalah menjadi kendala lain.⁷ Jika tidak demikian maka tidak mungkin penyidik maupun penuntut umum mengajukan seseorang sebagai tersangka/terlapor melalui proses hukum. Kaitannya dengan SPDP sebagai bagian awal dari proses penyidikan justru semakin menunjukkan bahwa penyidikan tidak menerapkan asas *presumption of innocence* melainkan *presumption of guilt*. Bahwa penyidikan tidak lain ditujukan untuk mencari dan menemukan barang bukti untuk menemukan tersangkanya (Pasal 1 angka 1 KUHP). Dengan demikian maka SPDP dari sudut pandang asas praduga tidak bersalah justru tidak memenuhi.

4. Kepada seorang yang ditangkap, ditahan, dituntut ataupun diadili tanpa alasan yang berdasarkan Undang-Undang/atau karena kekeliruan mengenai orangnya atau hukum yang diterapkan wajib diberi ganti kerugian dan rehabilitasi sejak tingkat penyidikan dan para pejabat penegak hukum yang dengan sengaja atau karena kelalaiannya menyebabkan asas hukum tersebut dilanggar, dituntut, dipidana dan atau dikenakan hukuman administrasi.

⁷ Muhammad S. Tryam P., Nyoman S. Putrajaya, Pujijono, "Tinjauan Yuridis terhadap Pelaksanaan Asas Praduga Tak Bersalah Dalam Proses Peradilan Pidana", *Diponegoro Law Journal*, Vol. 5 No. 4 Tahun 2016, <http://www.ejournal-s1.undip.ac.id/index.php/dlr/>, 30 Januari 2017 h. 4

Keberadaan asas ini memberikan jaminan pengembalian keadaan tersangka/terlapor kepada keadaan semula melalui mekanisme ganti kerugian atau rehabilitasi akibat kekeliruan proses hukum. Keberadaan SPDP jika ditinjau berdasarkan asas ini menunjuk pada komitmen yang jelas dan tegas dari penyidik atas proses hukum yang berlanjut dari tingkat penyelidikan ke tingkat penyidikan.

5. Peradilan yang harus dilakukan dengan cepat, sederhana dan biaya ringan serta bebas, jujur dan tidak memihak harus diterapkan secara konsekuen dalam seluruh tingkat peradilan.

Asas peradilan yang cepat, sederhana dan biaya ringan seolah mengacu pada proses adjudikasi saja padahal tidak demikian. Penggunaan istilah “peradilan” pada dasarnya merujuk semua tahap proses hukum mulai dari awal sampai dengan akhir, artinya mulai dari praadjudikasi, adjudikasi sampai postadjudikasi. Oleh karena itu SPDP pun sudah seharusnya termasuk di dalam asas peradilan cepat, sederhana dan biaya ringan. Keberadaan SPDP pada Pasal 109 ayat (1) KUHAP menjadi titik komitmen bagi penyidik sekaligus Penuntut umum untuk serius dan cepat dalam menangani perkara pidana yang diajukan.

6. Setiap orang yang tersangkut perkara wajib diberi kesempatan memperoleh bantuan hukum yang semata-mata diberikan untuk kepentingan pembelaan atas dirinya.

Pemberian SPDP hanya kepada Penuntut Umum menutup pintu informasi kepada tersangka/terlapor untuk mempersiapkan pembelaan. Penyelidikan yang dilakukan oleh penyidik tidak selalu berlanjut pada proses penyidikan jika tidak ada bukti dan perbuatan pidana yang terjadi. SPDP menjadi hal penting bagi tersangka/terlapor untuk mempersiapkan pembelaan dan perlindungan hukum dalam hal bantuan hukum dalam tahap penyidikan. Penyidikan yang menjadi tahap pencarian bukti yang cukup untuk menentukan kebersalahan tersangka merupakan tahapan yang serius bagi tersangka karena kepadanya dapat dilakukan penangkapan, penahanan, penyitaan, penggeledahan, dan tindakan penyidik lainnya.

7. Kepada seorang tersangka, sejak saat dilakukan penangkapan dan/atau penahanan, selain wajib diberitahu tentang sangkaan dan dasar hukum

apa yang disangkakan kepadanya, juga wajib diberitahu haknya itu, termasuk hak untuk menghubungi dan minta bantuan penasihat hukum.

Asas ketujuh ini mirip dengan asas keenam hanya saja dalam asas ini ditekankan terhadap informasi tentang sangkaan dan dasar hukum yang disangkakan kepada tersangka/terlapor. SPDP sejalan dengan asas ketujuh ini karena didalam penerbitan SPDP terkandung pernyataan penyidik akan dimulainya penyidikan atas dasar keyakinan adanya perbuatan pidana yang terjadi dan seseorang yang ditetapkan sebagai tersangka. Diterbitkannya SPDP memberikan informasi yang jelas dan tegas kepada tersangka/terlapor akan hak-hak yang dapat dia peroleh selama proses penyidikan.

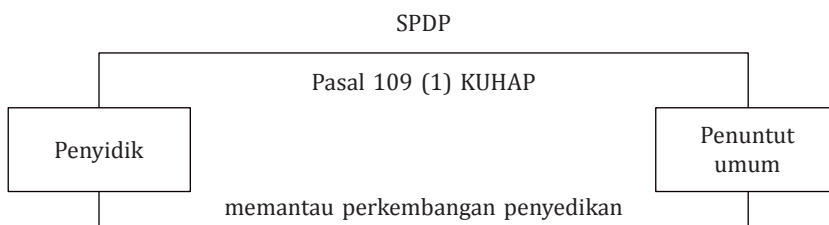
Berdasarkan ketujuh asas hukum acara pidana yang dirujuk oleh Mahkamah tersebut tampak bahwa keberadaan SPDP telah memenuhi keenam asas hukum acara pidana terkecuali asas praduga tidak bersalah.

2. SPDP sebagai Wujud *Integrated Criminal Justice System*

Sebagaimana layaknya sebuah hukum acara pidana merupakan proses beracara dalam menangani perkara pidana maka KUHAP juga menyajikan sebuah sistem yang dikenal dengan Sistem Peradilan Pidana (*Criminal Justice System*). Ditinjau dari sisi istilahnya, "sistem" diartikan sebagai "perangkat unsur yang secara teratur saling berkaitan sehingga membentuk suatu totalitas"⁸, istilah "peradilan pidana" diartikan sebagai sistem yang diberikan dalam penanganan suatu perkara yang diduga perbuatan melanggar ketentuan hukum pidana. Berdasarkan makna tersebut maka setiap subsistem dan lembaga hukum terdapat dalam KUHAP harus berperan dalam sebuah rangkaian acara pidana. Surat Perintah Dimulainya Penyidikan (SPDP) menjadi bagian penting dalam proses perkara pidana, secara khusus lembaga Pra Penuntutan. Penyidik dalam wewenangnya melakukan penyidikan memberi informasi kepada penuntut umum tentang dimulainya tahap penyidikan merupakan wujud sistem peradilan pidana antara dua instansi penegak hukum, Kepolisian Republik Indonesia dan Kejaksaan Republik Indonesia. Sifat pemberitahuan ini sebelum dirubah oleh Putusan Mahkamah lebih bersifat arahan bukan sesuatu yang wajib untuk dilakukan oleh penyidik. Pemohon dalam alasan permohonan mengemukakan bahwa rumusan yang

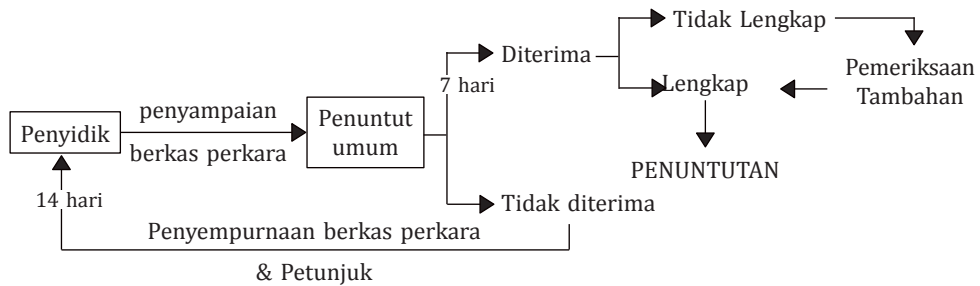
⁸ Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia Pusat Bahasa*, Edisi Keempat, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2015, h. 1320

ada dalam Pasal 109 ayat (1) KUHAP mengakibatkan penyidik dimungkinkan untuk membuat SPDP bersamaan dengan dilimpahkannya berkas perkara kepada Penuntut Umum. Alhasil, penuntut umum baru mengetahui dan memantau berkas perkara pidana pada saat diterimanya berkas perkara itu pada dirinya. Kondisi tersebut semakin menunjukkan tajamnya garis pemisah antara penyidik dan penuntut umum dalam memproses perkara pidana yang berakibat pada pandangan berbeda antara penyidik dan penuntut umum tentang lengkap atau tidaknya berkas perkara yang diajukan.



Bagan 1. Koordinasi Fungsional Penyidik & Penuntut Umum terkait SPDP

Bagan di atas menunjukkan keberadaan SPDP dalam koordinasi fungsional antara penyidik dan penuntut umum yang sebenarnya menyisakan permasalahan dari segi umpan balik penuntut kepada penyidik. Lahirnya SPDP secara yuridis normatif terdapat dalam Pasal 109 ayat (1) KUHAP bahwa “Dalam hal penyidik telah mulai melakukan penyidikan suatu peristiwa yang merupakan tindak pidana, penyidik memberitahukan hal itu kepada penuntut umum”. Rumusan ketentuan hukum tersebut seolah merupakan arahan bagi penyidik untuk memberikan SPDP kepada Penuntut Umum sehingga masih menyisakan pertanyaan sebagai sesuatu kewajiban atau tidak begitu pula tidak ada tenggang waktu yang pasti. Penyidik mengawasi pemberian SPDP kepada Penuntut Umum dengan harapan terdapat umpan balik dari penuntut umum dalam sebuah tindakan hanya saja tidak ada ketentuan hukum dalam KUHAP yang memberikan pengaturan akan hal ini. Tindakan penuntut umum yang melakukan pemantauan atas perkembangan penyidikan yang dilakukan penyidik tentu tidak sama dengan lembaga pemeriksaan tambahan yang dilakukan oleh Penuntut Umum. Pemantauan yang dilakukan Penuntut umum hanya bersifat pengetahuan dan koordinasi akan adanya perkara pidana yang melibatkan tersangka dengan identitas tertentu dan barang bukti yang ada, terutama dasar hukum yang akan dikenakan untuk menjerat tersangka.



Bagan 2. Alur Proses Berkas Perkara Penyidik ke Penuntut Umum

Bagan 2 ini dengan jelas menunjukkan bahwa Lembaga Pemeriksaan Tambahan merupakan lembaga hukum yang berada di bawah wewenang Penuntut Umum dengan posisi perkara sudah diterima (P21) namun belum lengkap sehingga membutuhkan pemeriksaan saksi.

3. SPDP sebagai Pemenuhan Hak Asasi Manusia

Hak Asasi Manusia menjadi isu sentral yang diatur sejak amandemen UUD 1945. Pasal 28A-I UUD RI 1945 memuat berbagai macam bentuk hak asasi manusia yang diakui sebagai hak dasar manusia sekaligus hak konstitusional warga negara Indonesia. Terkait dengan SPDP yang diatur secara tegas dalam KUHAP maka otomatis harus disesuaikan dengan pemenuhan hak asasi manusia yang diatur dalam UUD 1945. Gunarto⁹ menegaskan bahwa secara aspek filosofis, lahirnya KUHAP mendasarkan pada prinsip keseimbangan hak asasi manusia dan kewajiban hak asasi manusia sehingga dalam KUHAP negara sebagai pembentuk undang-undang memelihara dan mempertimbangkan keseimbangan kekuasaan alat-alat kekuasaan negara dalam hal ini Kepolisian, Kejaksaan dan Pengadilan untuk menjalankan sistem peradilan pidana. Cita hukum pembentukan KUHAP setidaknya mengacu pada Sila Ketuhanan Yang Maha Esa dan Kemanusiaan yang adil dan beradab.¹⁰ Kedua cita hukum ini begitu penting mengingat cita hukum Ketuhanan Yang Maha Esa menjadi landasan utama pemahaman pertanggung jawaban peradilan pidana sedangkan Kemanusiaan yang adil dan beradab mewajibkan semua pihak memanusiakan manusia secara “*equal*” dan “*dignity*”.¹¹ Kedua cita ini sangatlah penting bagi

⁹ Marcus Priyo Gunarto, “Faktor Historis, Sosiologis, Politis dan Yuridis dalam Penyusunan RUU HAP”, *Jurnal Mimbar Hukum*, Vol. 25, No. 1, Februari 2013, h. 16

¹⁰ M. Yahya Harahap, *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP Jilid 1*, Jakarta: Pustaka Kartini, 1988, h. 16

¹¹ *Ibid.*, h. 18-19

pemenuhan tujuan hukum yang dilandaskan pada Pancasila yaitu untuk mengayomi (*guardian*) masyarakat.¹²

Setiap undang-undang sebagaimana layaknya ketentuan hukum dibentuk oleh pembentuk undang-undang dilatarbelakangi oleh berbagai kondisi, konsep dan kebutuhan yang ada pada saat undang-undang itu di buat. KUHAP pun dalam Bab Konsiderans Butir c memang telah menyatakan berkomitmen untuk melindungi harkat dan martabat manusia tidak secara otomatis pengaturan dalam ketentuan hukum demikian adanya. Pemohon menyampaikan persoalan ini sebagai isu sentral dari permohonan 5 (lima) ketentuan hukum dalam KUHAP, masing-masing Pasal 14 huruf b KUHAP, Pasal 14 huruf I KUHAP, Pasal 109 ayat (1) KUHAP, Pasal 138 ayat (1) KUHAP dan Pasal 139 KUHAP.

Pemohon secara khusus dalam permohonan Pasal 109 ayat (1) dan Pasal 138 ayat (1) KUHAP tampak dengan jelas mempertentangkan konsep *crime control model* yang diterapkan oleh KUHAP dengan konsep *due process of law model*. Pemohon dalam salah satu argumentasinya menyatakan bahwa Pasal 109 ayat (1) KUHAP sudah seharusnya dipahami sebagai bentuk keharusan bagi penyidik untuk memberitahukan SPDP kepada Penuntut Umum karena hal ini merupakan bentuk pemenuhan kepastian hukum dan pemenuhan hak asasi manusia. Berdasarkan pemahaman tersebut keberadaan SPDP dalam Pasal 109 ayat (1) KUHAP jelas menjadi wujud komitmen Penyidik untuk memberikan kepastian hukum dan informasi kepada Penuntut Umum tentang perkembangan tahap penyidikan.

Rumusan Pasal 109 ayat (1) KUHAP jika berhenti pada pemahaman ini maka konsep *crime control model* yang diberlakukan. Keberadaan SPDP tidak lain hanyalah sebagai rangkaian prosedur antar instansi yang hanya memiliki arti penting bagi penyidik dan penuntut umum. Tujuan dari penyampaian SPDP untuk mempercepat proses penanganan perkara pidana yang terjadi namun tidak mempertimbangkan pemenuhan hak asasi manusia yang dimiliki oleh tiap pihak yang terlibat. Konsep berbeda diusung dalam pemahaman *due process of law model* yang berkomitmen penuh untuk memenuhi hak asasi manusia pada tiap tahapan proses hukum pidana kepada tiap pihak yang berperkara. Konsep *due process of law model* memang menawarkan pemenuhan hak asasi manusia sebagaimana ditekankan sejak awal dalam

¹² E. Fernando M. Manullang, "The Purpose of Law, Pancasila and Legality according to Ernst Utrecht: A Critical Reflection", *Indonesia Law Review*, Vol. 2, 2015, h. 193

Bab Konsiderans butir c KUHAP. Rumusan Pasal 109 ayat (1) KUHAP apabila dibatasi pemahaman pemberitahuan SPDP hanya kepada Penuntut Umum akan menimbulkan permasalahan dari pemenuhan hak asasi manusia dari sisi tersangka dan korban/pelapor. Pendapat Mahkamah yang memberikan perubahan kepada Pasal 109 ayat (1) KUHAP akan keharusan pemberitahuan SPDP kepada Penuntut Umum, Tersangka/Terlapor dan Korban/Pelapor menunjukkan adanya perubahan konsep dari *crime control model* menjadi *due process of law model*. Pertimbangan akan pentingnya SPDP bagi tersangka untuk mempersiapkan diri dengan pembelaan dirinya pada tahap penyidikan serta bagi korban untuk mempersiapkan diri untuk terlibat penuh dalam proses hukum selanjutnya mengindikasikan pentingnya pemenuhan hak asasi manusia sebagaimana diusung oleh konsep *due process of law model*.

Berdasarkan pertimbangan Mahkamah dalam permohonan uji konstiusional Pasal 109 ayat (1) KUHAP setidaknya terdapat 3 (tiga) pertimbangan utama, yaitu:

1. Pemenuhan asas peradilan cepat, sederhana dan biaya ringan dalam SPDP sehingga Pra Penuntutan tidak boleh merugikan pihak yang terlibat, dalam hal ini terlapor dan korban/pelapor;
2. Fakta keterlambatan pengiriman SPDP berimplikasi pada dilanggarnya *due process of law* terkait hak asasi manusia terlapor;

Kedua pertimbangan tersebut masing-masing dijadikan pertimbangan oleh Mahkamah dengan tetap mendasarkan diri pada Pasal 109 ayat (1) KUHAP sehingga diperoleh putusan, sebagai berikut:

1. SPDP tidak hanya diwajibkan terhadap jaksa penuntut umum akan tetapi pada terlapor dan korban/pelapor. Alasan pelapor sudah mendapatkan SPDP sehingga dapat mempersiapkan bahan pembelaan dan menunjuk penasihat hukumnya, sedangkan bagi pelapor dapat mempersiapkan untuk memberikan keterangan atau bukti pada proses penyidikan.
2. Penyampaian SPDP kepada 3 (tiga) pihak, Penuntut Umum, Tersangka/terlapor dan Pelapor bersifat WAJIB dalam batas waktu 7 (tujuh) hari.

Pertimbangan mahkamah yang melatarbelakangi putusan pada pasal 109 ayat (1) KUHAP menunjukkan bahwa Mahkamah tidak terjebak pada penggunaan penafsiran gramatikal melainkan menggunakan kombinasi metode penafsiran Sistematis, Sosiologis dan Substansial. Penafsiran sistematis diartikan sebagai pemahaman ketentuan hukum sebagai keseluruhan sistem perundang-

undangan, penafsiran Sosiologis diartikan sebagai pemahaman ketentuan hukum berdasarkan makna undang-undang bagi tujuan kemasyarakatan sedangkan penafsiran Substantif memahami maksud dasar dari ketentuan hukum itu dibuat.¹³ Masing-masing penafsiran tersebut tampak sebagai berikut:

- a. Penafsiran Sistematis, digunakan mahkamah pada pertimbangan pertama dalam memahami keberadaan SPDP sebagaimana diatur dalam Pasal 109 ayat (1) KUHAP sebagai bagian dari Proses Pra Penuntutan sebagaimana diatur dalam Pasal 14 KUHAP;
- b. Penafsiran Sosiologis, mahkamah ternyata tidak hanya melulu memahami teks Pasal 109 ayat (1) KUHAP melainkan memahami perkembangan dan kebutuhan masyarakat yang sudah berkembang dalam pemenuhan kepastian hukum yang menjadi bagian Hak asasi manusia;
- c. Penafsiran Substantif, tampak pada saat mahkamah dengan berani mengambil pertimbangan logis jika SPDP itu penting maka sudah selayaknya diwajibkan kepada 3 (tiga) pihak dengan menetapkan batasan waktu 7 (tujuh) hari.

Lebih lanjut sebagai upaya pemenuhan hak asasi manusia maka keberadaan SPDP dapat dilihat dari 3 (tiga) pihak yang berkepentingan dalam perkara pidana, yaitu tersangka/terlapor, korban/pelapor dan Negara, sebagaimana tampak dalam tabel berikut:

Tabel. Pemenuhan Hak Asasi Manusia dalam SPDP

Hak Asasi Manusia dalam UUD RI 1945 pasca amandemen	Pengampu Hak Asasi Manusia
Hak untuk hidup dan mempertahankan kehidupannya (Pasal 28A)	Terlapor
Hak untuk kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang (Pasal 28B ayat (2))	Terlapor
Hak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi (Pasal 28B ayat (2) & Pasal 28I ayat (2))	Terlapor
Hak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum (Pasal 28D ayat (1))	Terlapor, Pelapor & Negara

¹³ Ikhwani M. Said, "Kajian Semantik terhadap Produk Hukum Tertulis di Indonesia", *Jurnal Mimbar Hukum*, Vol. 24 No. 2 Juni 2012, h. 187-375.

Hak atas komunikasi dan memperoleh informasi (Pasal 28F)	Terlapor, Pelapor & Negara
Hak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi (Pasal 28G ayat (1))	Terlapor
Hak untuk bebas dari penyiksaan atau perlakuan yang merendahkan derajat martabat manusia dan memperoleh suaka politik dari negara lain (Pasal 28G ayat (2))	Terlapor
Hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut (Pasal 28I ayat (1))	Terlapor
Wajib untuk menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara (Pasal 28J ayat (1))	Terlapor dan Pelapor

Tercatat dari sembilan macam hak asasi manusia yang diatur dalam UUD 1945, tersangka mendapatkan perlindungan hak asasi manusia secara penuh. Keberadaan SPDP menjadi begitu penting bagi tersangka untuk mendapatkan pemenuhan hak asasi manusia secara memadai. Dikatakan memadai karena sesuai dengan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, hak asasi manusia yang dimiliki tersangka dapat dibatasi dengan Undang-Undang. Dasar hukum pasal 109 ayat (1) KUHAP menjadi kunci jawaban dalam perlindungan hak asasi manusia sekaligus pembatasan hak asasi manusia yang dimiliki tersangka. Adanya SPDP membuat tersangka dapat mempertahankan kehidupan yang layak bagi dirinya sendiri, terhindar dari diskriminasi perlakuan aparat penegak hukum serta mendapatkan kepastian informasi mengenai dasar hukum dan posisi kasus yang dihadapinya. Di sisi lain, SPDP memberikan pembatasan bagi tersangka untuk dapat dengan bebas bertindak karena tersangkut proses hukum terkait dinaikkan proses hukum ke tahap penyidikan.

Bagi pelapor atau korban, SPDP memenuhi hak asasi manusia setidaknya dalam hal jaminan kepastian hukum, informasi yang jelas tentang proses hukum pidana dan ketentuan hukum yang berlaku. Pelapor/korban mendapatkan kepastian informasi terkait dengan perkara pidana yang diajukannya sehingga ia dapat berkontribusi dalam proses penegakan hukum.

Mahkamah berpendapat bahwa pelapor dapat menjadikan SPDP sebagai momentum untuk mempersiapkan keterangan atau bukti yang diperlukan dalam pengembangan penyidikan.¹⁴ Mahkamah dalam pertimbangannya telah menampung kepentingan korban yang selama ini dikesampingkan oleh KUHAP karena dianggap telah diwakili oleh Penuntut Umum. Keberadaan korban/pelapor sebenarnya begitu penting dalam menunjang proses hukum atas perkara pidana yang sedang diproses mengingat dirinyalah yang mengalami (saksi korban). Kesaksian korban/kesaksian pelapor menjadi sumber informasi untuk pengembangan penyidikan terutama untuk mencari alat bukti yang sah sebagaimana dipersyaratkan dalam Pasal 184 KUHAP. Dengan diterbitkannya SPDP, korban/pelapor dapat mempersiapkan diri baik secara mental, waktu, maupun tenaga untuk mengikuti proses hukum terkait dengan dirinya. Selain itu, SPDP juga bermanfaat dalam hal pemenuhan hak asasi manusia yang dimiliki oleh korban dalam kepastian hukum terkait hak atas kejelasan informasi yang jelas dan ketentuan hukum yang berlaku. Hak asasi manusia tersebut begitu penting mengingat korban sebagai pihak yang dirugikan berada pada posisi paling depan sebagai pencari keadilan dari perbuatan pidana yang ditujukan pada dirinya. Pemenuhan atas hak asasi manusia ini pada dasarnya menjadi tujuan utama dari KUHAP.

Negara termasuk dalam pihak yang berkepentingan atas perkara pidana yang berlangsung mengingat sifat hukum publik dari hukum pidana. Seseorang yang diduga melakukan perbuatan pidana pada hakikatnya mengancam tatanan kehidupan bersama, keamanan dan ketertiban umum yang menjadi tanggung jawab negara untuk melindunginya. Hadirnya Penuntut Umum sebagai Pengacara Negara menjawab permasalahan ini dengan memperjuangkan penegakan hukum dalam setiap perkara pidana yang berlaku. Kepentingan negara atas proses penegakan hukum yang dalam hal ini SPDP terkait erat dengan perlindungan dan pemenuhan hak asasi manusia kepastian hukum dan pemberian informasi yang jelas. Keberadaan SPDP dalam hal kepentingan negara menjamin terpenuhinya kepastian hukum dan perlakuan yang sama di hadapan hukum. Begitu pula dengan pemenuhan informasi yang tegas dan jelas, SPDP berkontribusi penting sebagai komitmen negara bagi terwujudnya penegakan hukum yang adil.

¹⁴ Mahkamah Konstitusi, http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/public/content/persidangan/putusan/130_PUU-XIII_2015.pdf, diunduh 11 Januari 2017, h. 147

PENUTUP

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 130/PUU-XIII/2015 menyatakan arti penting SPDP dalam 3 (tiga) hal utama yaitu kesesuaian dengan asas hukum acara pidana nasional terlebih asas kepastian hukum dan peradilan cepat dan terbuka, jalannya sistem peradilan terpadu (*Integrated criminal justice system*) dan Pemenuhan hak asasi manusia yang sejak semula menjadi komitmen utama pembentuk KUHAP. Mahkamah dalam pertimbangan putusannya telah berhasil mengelaborasi kepentingan hukum dengan metode penafsiran yang tepat sehingga menghasilkan terobosan hukum dalam menemukan kebenaran substantif dari Pasal 109 ayat (1) KUHAP. SPDP tidak lagi menjadi monopoli antara Penyidik dan Penuntut Umum tetapi berubah kedudukannya sebagai bukti sekaligus tanda komitmen penegakan hukum yang terbuka dan memenuhi kepastian hukum bagi pelapor/korban dan tersangka/terlapor. Dengan demikian, SPDP menjadi bagian penting yang wajib ada dalam proses peradilan pidana untuk dimintakan kepada penyidik oleh ketiga pihak ini ketika suatu proses perkara pidana berjalan dalam tahap penyidikan.

Keberanian Mahkamah dalam membuat pertimbangan putusan dalam permohonan uji konstiusional Pasal 109 ayat (1) KUHAP harus dijalankan dalam perkara permohonan uji konstiusional yang lain. Pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945 begitu penting dalam mendukung proses penegakan hukum yang berlandaskan pemenuhan hak asasi manusia sehingga pertimbangan hakim ini berikut metode penafsiran yang digunakan patut dijadikan rujukan bagi hakim dalam memeriksa perkara di tiap sistem peradilan yang ada.

DAFTAR PUSTAKA

- Anwar, 2010., "Problematika Mewujudkan Keadilan Substantif dalam Penegakan Hukum di Indonesia" *Jurnal Konstitusi*, Vol. III, No. 1, Juni.
- Departemen Pendidikan Nasional, 2015, *Kamus Besar Bahasa Indonesia Pusat Bahasa*, Edisi Keempat, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.
- Falasifah, Umi., Baskoro, Babang Dwi., & Sukinta, 2017, "Tinjauan Tentang Pembaharuan KUHAP Sebagai Landasan Bekerjanya SIStem Peradilan Pidana di Indonesia", *Diponegoro Law Journal*, Vol. 5 No. 3 Tahun 2016, <http://www.ejournal-s1.undip.ac.id/index.php/dlr/>, 30 Januari.

- Gunarto, Marcus Priyo, 2013., "Faktor Historis, Sosiologis, Politis dan Yuridis dalam Penyusunan RUU HAP", *Jurnal Mimbar Hukum*, Vol. 25, No. 1, Februari.
- _____, Marcus Priyo, 2016., "Asas-Asas Hukum Acara Pidana", *Makalah Simposium Nasional dan Pelatihan Hukum Pidana dan Kriminologi III*, Universitas Lambung Mangkurat, Rattan In Hotel, Banjarmasin, 16-20 Mei.
- Harahap, M. Yahya, 1988., *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP Jilid 1*, Jakarta: Pustaka Kartini.
- Ikhwan M. Said, 2012., "Kajian Semantik terhadap Produk Hukum Tertulis di Indonesia", *Jurnal Mimbar Hukum*, Vol. 24 No. 2 Juni.
- Lamintang, P.A.F., 1984, *Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana dengan Pembahasan secara Yuridis menurut Yurisprudensi dan Ilmu Pengetahuan Hukum Pidana*, Sinar Baru, Bandung.
- MahkamahKonstitusi, http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/public/content/persidangan/putusan/130_PUU-XIII_2015.pdf, diunduh 11 Januari 2017
- Manullang, E. Fernando M., 2015., "The Purpose of Law, Pancasila and Legality according to Ernst Utrecht: A Critical Reflection", *Indoensia Law Review*, Vol. 2,
- Sudaryanto, Agus, 2012., "Tugas dan Peran Hakim dalam Melakukan Penemuan Hukum/Rechtvinging (i.c. Penafsiran Konstitusi sebagai Metode Penemuan Hukum)", *Jurnal Konstitusi*, Vol.1, No.1, November.
- Tryam, Muhammad S., Putrajaya, Nyoman S., Pujiyono, "Tinjauan Yuridis terhadap Pelaksanaan Asas Praduga Tak Bersalah Dalam Proses Peradilan Pidana", *Diponegoro Law Journal*, Vol. 5 No. 4 Tahun 2016, <http://www.ejournal-s1.undip.ac.id/index.php/dlr/>, 30 Januari 2017.
- Wicaksana, Satria Agung., Hadjanto, Untung Sri., Wisnaeni, Fifiana., "Kejaksaaan dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia", *Diponegoro Law Journal*, Vol. 5 No. 4 Tahun 2016, <http://www.ejournal-s1.undip.ac.id/index.php/dlr/>, 30 Januari 2017.

Urgensi Kriminalisasi *Contempt of Court* untuk Efektivitas Pelaksanaan Putusan Peradilan Tata Usaha Negara

The Urgency of the Criminalization of Contempt of Court for the Effectiveness of Decision at Judicial State Administrative Court

Budi Suhariyanto

Pusat Penelitian dan Pengembangan Hukum dan Peradilan MA RI
Jl. Jend. Ahmad Yani Kav.58 Jakarta Pusat
E-mail: penelithukumma@gmail.com

Naskah diterima: 27/02/2018 revisi:16/07/18 disetujui: 15/02/2019

Abstrak

Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara telah mengatur mengenai mekanisme pelaksanaan putusan dengan menggunakan upaya paksa administratif dan perdata berupa pengenaan uang paksa. Pada praktiknya mekanisme ini kurang efektif karena masih ada Pejabat TUN yang tidak mau patuh melaksanakan putusan Pengadilan TUN. Perlu adanya kriminalisasi *contempt of court* terhadap Pejabat TUN yang melakukan pembangkangan tersebut karena dampaknya adalah terabaikannya hak konstitusional warga atas keadilan yang telah diputuskan oleh Pengadilan TUN. Dengan kriminalisasi ini maka dapat memberikan jaminan kepastian hukum dan perlindungan terhadap rakyat atas kesewenang-wenangan Pejabat TUN. RUU *Contempt of Court* telah memasukkan ancaman pidana bagi para pihak yang tidak mau mematuhi putusan pengadilan. Secara fundamental yang dilindungi dari kriminalisasi ini adalah kepentingan keadilan dan eksistensi Negara hukum Indonesia.

Kata Kunci: Kriminalisasi, *Contempt of Court*, Putusan Peradilan, Tata Usaha Negara

Abstract

Law on State Administration has set regarding the enforcement mechanism by using administrative and civil forceful measures include the imposition of forced currency. In practice this mechanism is less effective because there are officials who do not want to obey implement the Court's decision TUN. The need for the criminalization of contempt of court against officials who do disobedience TUN because its impact is the neglect of the constitutional rights of citizens to justice that have been decided by the Court of TUN. With this criminalization, it can provide legal certainty and the protection of the people over the arbitrariness of officials TUN. Contempt of Court Bill has included criminal sanctions for those who fail to comply with the court ruling. Fundamentally protected from criminalization of this is in the interests of justice and the existence of the laws of Indonesia.

Keywords: *Criminalization, Contempt of Court, Judgment of Justice, the State Administrative*

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Negara Indonesia merupakan negara hukum (*rechtsstaat*) sebagaimana ditegaskan dengan ketentuan Pasal 1 ayat (3) UUD NRI Tahun 1945. Hakekat negara hukum menjunjung tinggi sistem hukum yang menjamin kepastian hukum (*rechts zekerheids*) dan perlindungan terhadap hak asasi manusia (*human rights*). Suatu negara yang berdasarkan atas hukum harus menjamin persamaan (*equality*) setiap individu, termasuk kemerdekaan individu untuk menggunakan hak asasinya. Hal ini merupakan *conditio sine quanon*, mengingat bahwa negara hukum lahir sebagai hasil perjuangan individu untuk melepaskan dirinya dari keterikatan serta tindakan sewenang-wenang penguasa. Atas dasar itulah, penguasa tidak boleh bertindak sewenang-wenang terhadap individu dan kekuasaannya pun harus dibatasi.¹ tidak dibenarkan kesewenang-wenangan atas nama kekuasaan negara hingga menisbikan hak-hak warga Negara dan masyarakat.

Unsur negara hukum (*rechtsstaat*) menurut Friedrich Julius Stahl, selain perlindungan hak-hak asasi manusia, pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak-hak itu dan Pemerintah berdasarkan peraturan perundang-undangan, adalah adanya peradilan administrasi untuk menyelesaikan perselisihan.²

¹ Sudargo Gautama, *Pengertian Tentang Negara Hukum*, Bandung: Alumni, 1983, h.3

² Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*, Surabaya: Bina Ilmu, 1987, h.76-82.

Suatu peradilan administrasi untuk mengontrol perilaku sewenang-wenang yang dilakukan oleh negara. Oleh karena itu tujuan dibentuknya peradilan administrasi negara (PTUN) menurut Prajudi Atmosudirdjo adalah untuk melindungi warga masyarakat yang kepentingan hukumnya seringkali tertindih atau terjepit dengan semakin luasnya campur tangan penguasa ke dalam kehidupan masyarakat. Melalui PTUN masyarakat dapat menggugat penguasa dan mendapatkan tindakan korektif dari PTUN.³ Sayangnya pelaksanaan putusan PTUN yang memerintahkan tindakan korektif ini, tidak selalu diikuti oleh kepatuhan Pejabat TUN yang terhukum.

Hal ini disebabkan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 Peradilan Tata Usaha Negara (UU Peratun) menganut sistem *self respect/self obedience* yaitu suatu sistem dengan dilaksanakannya putusan/penetapan PTUN oleh Pejabat TUN terhukum sangat bergantung pada budaya hukum si Pejabat.⁴ Proses pelaksanaan putusan Peradilan TUN setelah Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 direvisi oleh Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009, lebih memperlihatkan dipergunakannya sistem *fixed execution*, yaitu eksekusi yang pelaksanaannya dapat dipaksakan oleh Pengadilan⁵ dan bilamana tetap tidak dilaksanakan terhadap Pejabat yang bersangkutan dikenakan uang paksa berupa pembayaran sejumlah uang paksa dan/atau sanksi administratif (Pasal 116 ayat (4)). Bilamana masih tetap tidak dilaksanakan maka diumumkan pada media massa cetak setempat oleh Panitera (Pasal 116 ayat (5)). Di samping diumumkan melalui media massa cetak Ketua Pengadilan harus mengajukan hal ini kepada Presiden sebagai pemegang kekuasaan pemerintah tertinggi untuk memerintahkan Pejabat tersebut melaksanakan putusan Pengadilan, dan kepada lembaga perwakilan rakyat untuk menjalankan fungsi pengawasan (Pasal 116 ayat (6)).

Berdasarkan pengaturan daya paksa pelaksanaan putusan PTUN di atas, setidaknya menurut Ismail Rumadan terdapat 3 (tiga) problem eksekusi putusan Pengadilan TUN yang belum diatur secara jelas dalam UU Peratun adalah:

Pertama, mekanisme eksekusi yang ditempuh masih mengambang, tidak terdapat penyelesaian akhir dalam pelaksanaan putusan Pengadilan TUN yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap, ketika Presiden mendiadakan upaya terakhir yang dilakukan oleh Ketua PTUN. Problem semacam ini pun dihadapkan pada model eksekusi melalui instansi atasan yang selama

³ Prajudi Atmosudirdjo, *Hukum Administrasi Negara*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1981, h.144-145.

⁴ Tri Cahya Indra Permana, *Urgensi Pengaturan (Ius Constituendum) Eksekutabilitas Putusan PTUN Yang Telah Berkekuatan Hukum Tetap Untuk Menjamin Kepatuhan Pejabat TUN*, Jakarta: Puslitbang Hukum dan Peradilan Mahkamah Agung, 2015, h.88

⁵ *Ibid*, h.79

ini tidak dapat dijalankan. Kedua, mengenai uang paksa, terhadap siapa uang paksa itu dibebankan, dan berapa jumlah uang yang harus dibayar, dari mana sumber pembiayaannya apabila dibebankan kepada instansi atau badan pemerintahan pejabat TUN tersebut; Ketiga, problem eksekusi putusan Pengadilan TUN terkait dengan pelaksanaan otonomi daerah, khususnya bagi Bupati atau Walikota sebagai pejabat TUN yang tidak pernah mengakui dirinya sebagai bawahan dari Gubernur.⁶

Persoalan tidak dipatuhinya putusan dan/atau penetapan PTUN bukan hanya terletak pada pengaturan yang tidak tegas atau tidak adanya aturan pelaksanaan mengenai upaya paksa, tetapi juga pada lembaga mana yang seharusnya memastikan terlaksananya putusan tersebut.⁷ Bilamana dalam hukum pidana adalah jelas dan tegas eksekutor atau lembaga yang otoritatif atas pelaksanaan putusan Peradilan yaitu Kejaksaan. Para korban baik individu, masyarakat ataupun badan hukum yang dirugikan atas akibat terjadinya suatu tindak pidana oleh Pelaku memiliki hak yang jelas untuk mendorong Kejaksaan melaksanakan putusan pengadilan di satu sisi dan di pihak Kejaksaan juga bisa menggunakan upaya paksa berupa ancaman pidana terhadap Pelaku yang menghalang-halangi atau tidak patuh atas pelaksanaan putusan. Berbeda dengan pelaksanaan putusan Peradilan TUN, Pengadilan hanya dapat menggunakan beberapa upaya paksa yang ujungnya jika tak diabaikan oleh Pejabat terhukum tidak dapat bertindak lebih jauh semisal memakai ancaman pidana atau hukuman badan

Perangkat ancaman pidana tidak dapat digunakan sebagai upaya paksa pelaksanaan putusan peradilan TUN karena secara normatif tidak diatur ketentuannya. Mengingat hukum pidana sebagai *ultimum remedium* maka sangat urgen dipertimbangkan untuk digunakan sebagai sarana meningkatkan efektivitas pelaksanaan putusan peradilan TUN. Menimbang bahwa kondisi ketidak-patuhan Pejabat TUN dalam melaksanakan putusan peradilan adalah bagian dari upaya menentang kekuasaan kehakiman yang notabene merupakan institusi penyelesai perselisihan dengan keadilan sesuai konsep negara hukum. Dengan kata lain ketidakpatuhan tersebut sesungguhnya juga mendistorsi kewibawaan negara hukum. Apalagi Pejabat Pemerintahan yang seharusnya meneladankan akan sebuah kesadaran hukum pada masyarakat, malahan justru mempraktikkan pembangkangan hukum dan mengabaikan konsekuensi akan eksistensi hak

⁶ Ismail Rumadan, *Problematika Eksekusi Putusan Pengadilan Tata Usaha Negara*, Jurnal Hukum dan Peradilan, Volume 1, Nomor 3, November 2012, h.458-459

⁷ Tri Cahya Indra Permana, *Op Cit*, h.88

asasi manusia dari warga negara atau masyarakat. Dalam konteks ini hak-hak konstitusional warga negara akan tereduksi.

Pada beberapa kasus pengabaian Pejabat TUN atas pelaksanaan putusan peradilan TUN, misalnya polemik Geraja Kristen Indonesia (GKI) Yasmin di Bogor yang hingga putusannya berkekuatan hukum tetap (*in kracht* Putusan Mahkamah Agung Nomor 127/PK/TUN/2009 tanggal 9 Desember 2010) sangat berat untuk ditaati. Sesungguhnya ketidak-patuhan terhadap pelaksanaan putusan PTUN yang berkekuatan hukum tetap ini telah memperlihatkan arogansi kekuasaan terhadap hukum. Patutlah kemudian banyak dipertanyakan tentang “taring” kekuatan paksa pelaksanaan putusan peradilan TUN yang kemudian memunculkan pomeo “macan ompong”. Jika hal ini dibiarkan berlarut-larut maka mulai dipertanyakan keberpihakan negara pada hukum yang seharusnya berfungsi mengatasi kesewenang-wenangan atas suatu kekuasaan. Kriminalisasi terhadap penentangan atas pelaksanaan putusan pengadilan berupa delik *contempt of court* patut dipertimbangkan. Sebagaimana telah dimasukkan dalam Program Legislasi Nasional yaitu pembentukan Undang-Undang *Contempt of Court*, maka sangat tepat ketidakpatuhan atas pelaksanaan putusan peradilan (termasuk TUN) diatur dan diancamkan pidana.

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang di atas dapat dimunculkan permasalahan yang menarik untuk diteliti dan dikaji yaitu:

1. Bagaimanakah eksistensi pelaksanaan putusan Peradilan Tata Usaha Negara menurut hukum positif?
2. Bagaimanakah kendala dalam pelaksanaan putusan Peradilan Tata Usaha Negara?
3. Bagaimanakah urgensi solusi dari kebijakan kriminalisasi *contempt of court* untuk efektivitas pelaksanaan putusan Peradilan Tata Usaha Negara?

C. Metode Penelitian

Penelitian atau pengkajian terhadap ketiga permasalahan di atas dilakukan melalui metode yuridis normatif dengan menggunakan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dan pendekatan kasus (*case approach*) serta pendekatan konseptual (*conceptual approach*). Adapun sumber data yang digunakan adalah data sekunder yang terdiri atas bahan hukum primer berupa

peraturan perundang-undangan dan putusan pengadilan serta bahan hukum sekunder berupa literatur dan hasil penelitian. Selanjutnya metode analisis yang diterapkan untuk mendapatkan kesimpulan atas permasalahan yang dibahas adalah melalui analisis yuridis kualitatif.

PEMBAHASAN

A. Eksistensi Pelaksanaan Putusan Peradilan Tata Usaha Negara menurut Hukum Positif

Negara Republik Indonesia sebagai negara hukum yang berdasarkan Pancasila dan UUD NRI Tahun 1945 bertujuan mewujudkan tata kehidupan negara dan bangsa yang sejahtera, aman, tenteram, serta tertib, yang menjamin persamaan kedudukan warga masyarakat dalam hukum, dan yang menjamin terpeliharanya hubungan yang serasi, seimbang, serta selaras antara aparatur di bidang Tata Usaha Negara dengan para warga masyarakat. dalam mewujudkan tata kehidupan tersebut, dengan jalan mengisi kemerdekaan melalui pembangunan nasional secara bertahap, diusahakan untuk membina, menyempurnakan, dan menertibkan aparatur di bidang Tata Usaha Negara, agar mampu menjadi alat yang efisien, efektif, bersih, serta berwibawa, dan yang dalam melaksanakan tugasnya selalu berdasarkan hukum dengan dilandasi semangat dan sikap pengabdian untuk masyarakat.⁸ Kuntoro Purbopranoto menjelaskan bahwa warga masyarakat pada umumnya sangat bergantung pada pelaksanaan tugas serta keputusan dari Pejabat administrasi negara. Tugas penyelenggaraan kepentingan umum dijalankan oleh alat pemerintahan (*bestuurorgaan=administratief orgaan*) yang dapat berwujud seorang petugas (fungsionaris) atau Badan Pemerintahan yang berdasarkan peraturan perundang-undangan diberikan kewenangan untuk menyatakan kehendak pemerintah/penguasa (*openbaar gezag*).⁹

Secara normatif, Badan atau Pejabat TUN adalah Badan atau Pejabat yang melaksanakan urusan pemerintahan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku.¹⁰ Pada perkembangannya, ukuran untuk dapat disebut sebagai Badan atau Pejabat TUN adalah pada fungsi yang dilaksanakan, yakni pelaksanaan fungsi pemerintahan, bukan ditentukan oleh nama sehari-hari ataupun kedudukan

⁸ Koesideran Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara

⁹ Kuntoro Purbopranoto, *Beberapa Catatan Hukum Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara*, Bandung: Alumni, 1981, h.41

¹⁰ Pasal 1 angka 2 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara

strukturalnya dalam suatu lingkungan kekuasaan negara.¹¹ Dalam pelaksanaan tugas penyelenggaraan fungsi pemerintahan inilah terkadang terjadi perselisihan antara warga masyarakat dengan badan atau Pejabat TUN yang dapat merugikan atau menghambat jalannya pembangunan nasional.¹² Hakekat keberadaan PTUN adalah sebagai bentuk peradilan administrasi yang secara khusus bertujuan untuk menyelesaikan perselisihan atau sengketa di bidang TUN antara warga negara dengan pejabat TUN. Objek sengketa yang diperkarakan dalam PTUN adalah Keputusan Tata Usaha (KTUN) yang dikeluarkan oleh pejabat TUN yang pada dasarnya dianggap merugikan atau menimbulkan ketidakadilan kepada masyarakat, baik secara individual maupun badan hukum perdata.¹³ Dalam konteks ini melalui Peradilan TUN bertujuan untuk memberikan perlindungan hukum terhadap rakyat atas tindakan-tindakan pemerintah yang dianggap melanggar hak-hak warga negara.¹⁴

Melalui putusan Peradilan TUN, diharapkan mampu menegakkan keadilan, kebenaran, ketertiban, dan kepastian hukum sehingga dapat memberikan pengayoman kepada masyarakat, khususnya dalam hubungan antara Badan atau Pejabat TUN dengan masyarakat.¹⁵ Apapun putusan yang ditetapkan oleh Peradilan TUN yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap harus dilaksanakan secara konsekuen. Mekanisme pelaksanaan putusan tersebut diatur oleh Pasal 116 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 yang menyatakan bahwa:

- (1) *Salinan putusan Pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap, dikirimkan kepada para pihak dengan surat tercatat oleh Panitera Pengadilan setempat atas perintah Ketua Pengadilan yang mengadilinya dalam tingkat pertama selambat-lambatnya dalam waktu empat belas hari.*
- (2) *Dalam hal empat bulan setelah putusan Pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dikirimkan tergugat tidak melaksanakan kewajibannya sebagaimana dimaksud dalam Pasal 97 ayat (9) huruf a, maka Keputusan Tata Usaha Negara yang disengketakan itu tidak mempunyai kekuatan hukum lagi.*
- (3) *Dalam hal tergugat ditetapkan harus melaksanakan kewajibannya sebagaimana dimaksud dalam Pasal 97 ayat (9) huruf b dan huruf*

¹¹ Disiplin F Manao, *Makna Pejabat Tata Usaha Negara Dalam sengketa Tata Usaha Negara: Studi tentang Putusan Mahkamah Agung RI Tahun 2005-2011*, Jakarta: Puslitbang Hukum dan Peradilan Mahkamah Agung, 2013, h.91

¹² Konsideran Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara

¹³ Putero Astomo, *Eksistensi Peradilan Administrasi Dalam Sistem Negara Hukum Indonesia*. Jurnal Masalah-Masalah Hukum, Jilid 43, Nomor 3, Juli 2014, h.370

¹⁴ Paulus Effendie Lotulung, *Mengkaji Kembali Pokok-Pokok Pikiran Pembentukan Peradilan Tata Usaha Negara di Indonesia*, Jakarta: Lembaga Penelitian dan Pengembangan Hukum Administrasi Negara, 2003, h.viv

¹⁵ Konsideran Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara

- c, dan kemudian setelah tiga bulan ternyata kewajiban tersebut tidak dilaksanakannya, maka penggugat mengajukan permohonan kepada Ketua Pengadilan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), agar Pengadilan memerintahkan tergugat melaksanakan putusan Pengadilan tersebut.*
- (4) Jika tergugat masih tetap tidak mau melaksanakannya, Ketua Pengadilan mengajukan hal ini kepada instansi atasannya menurut jenjang jabatan.*
- (5) Instansi atasan sebagaimana dimaksud dalam ayat (4), dalam waktu dua bulan setelah menerima pemberitahuan dari Ketua Pengadilan harus sudah memerintahkan pejabat sebagaimana dimaksud dalam ayat (3) melaksanakan putusan Pengadilan tersebut.*
- (6) Dalam hal instansi atasan sebagaimana dimaksud dalam ayat (4), tidak mengindahkan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (5), maka Ketua Pengadilan mengajukan hal ini kepada Presiden sebagai pemegang kekuasaan pemerintah tertinggi untuk memerintahkan pejabat tersebut melaksanakan putusan Pengadilan tersebut.*

Berdasarkan pengaturan Pasal 116 di atas sesungguhnya ada dua jenis eksekusi putusan di Peradilan TUN menurut Paulus Effendi Lotulung, yaitu

Eksekusi terhadap putusan pengadilan yang berisi kewajiban sebagaimana yang dimaksud dalam pasal 97 ayat (9) huruf a yaitu kewajiban berupa pencabutan KTUN (beschikking) yang bersangkutan dan eksekusi terhadap putusan pengadilan yang berisi kewajiban sebagaimana yang dimaksud dalam pasal 97 ayat (9) huruf b (Pencabutan KTUN yang bersangkutan dan menerbitkan KTUN yang baru) dan c (penerbitan KTUN dalam hal gugatan didasarkan pada pasal 3). Apabila terdapat adanya eksekusi jenis pertama, maka diterapkanlah ketentuan pasal 116 ayat (2), yaitu empat bulan setelah putusan pengadilan yang telah memperoleh ketentuan hukum tetap sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dikirimkan, tergugat tidak melaksanakan kewajibannya, maka KTUN yang disengketakan itu tidak mempunyai kekuatan hukum lagi. Dengan demikian tidak perlu lagi ada tindakan-tindakan ataupun upaya-upaya lain dari pengadilan, misalnya surat peringatan dan sebagainya. Sebab KTUN itu dengan sendirinya akan hilang kekuatannya. Cara eksekusi seperti ini disebut dengan "eksekusi otomatis". Sebaiknya apabila terdapat adanya eksekusi jenis kedua, maka diterapkanlah pasal 116 ayat (3) sampai dengan ayat (6) yaitu dengan cara adanya surat perintah dari ketua pengadilan yang ditunjukkan kepada pejabat TUN yang bersangkutan untuk melaksanakan eksekusi putusan pengadilan tersebut, dan apabila tidak ditaati, maka ketua pengadilan mengajukan hal ini kepada instansi atasan jabatan sebagai pemegang

kekuasaan pemerintahan tertinggi untuk memerintahkan pejabat TUN tersebut melaksanakan eksekusi putusan pengadilan itu. Cara eksekusi seperti ini disebut dengan “eksekusi hirarkis”.¹⁶

Eksekusi di PTUN menekankan pada rasa *self respect* dan kesadaran hukum dari pejabat TUN terhadap isi putusan hakim untuk melaksanakannya dengan suka rela tanpa adanya upaya pemaksaan (*dwang middelen*) yang langsung dapat dirasakan dan dikenakan oleh pihak pengadilan terhadap pejabat TUN yang bersangkutan.¹⁷ Penggunaan eksekusi hierarkis yang berdasarkan atas *self respect* ini mengindikasikan tentang lemahnya kekuasaan (*power*) badan peradilan yang diberikan peraturan perundang-undangan sehingga dalam praktiknya kurang mampu memberikan tekanan kepada pihak Pejabat atau Badan pemerintahan untuk melaksanakan putusan.¹⁸ Oleh karena itu ketentuan Pasal 116 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 ini diubah oleh Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, khususnya pada ayat (4), ayat (5), dan ayat (6) sehingga berbunyi:

- (4). Dalam hal tergugat tidak bersedia melaksanakan putusan Pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap, terhadap pejabat yang bersangkutan dikenakan upaya paksa berupa pembayaran sejumlah uang paksa dan/atau sanksi administratif.*
- (5). Pejabat yang tidak melaksanakan putusan pengadilan sebagaimana dimaksud pada ayat (4) diumumkan pada media massa cetak setempat oleh Panitera sejak tidak terpenuhinya ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (3).*

Pengaturan oleh Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 di atas telah mengubah mekanisme pelaksanaan putusan peradilan TUN dari sebelumnya “eksekusi hierarkis” menjadi “eksekusi upaya paksa”¹⁹ melalui pengenaan uang paksa dan/atau sanksi administratif serta pengumuman di media massa. Meskipun telah diubah mekanisme eksekusi upaya paksa tahun 2004 tetapi kenyataannya tingkat keberhasilan pelaksanaan putusan di lingkungan peradilan TUN relatif rendah.²⁰

¹⁶ Dalam Maisara Sunge, “Efektifitas Eksekusi Putusan Pengadilan Tata Usaha Negara”, *Jurnal Inovasi*, Volume 6 Nomor 4 Desember 2009, h. 81

¹⁷ Zairin Harahap, *Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2005, h. 155-156

¹⁸ Damar Bayukesumo, *Kajian Normatif Eksekusi Atas Putusan Peradilan Tata Usaha Negara*, Skripsi, Surakarta: Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret, 2010, h. 4

¹⁹ *Ibid*

²⁰ Irfan Fachrudin, *Pelaksanaan Putusan Peradilan Tata Usaha Negara*, Makalah disampaikan pada Rakerda Mahkamah Agung Republik Indonesia Bidang Peradilan Tata Usaha Negara Wilayah Sumatera, pada tanggal 2 November 2009 di Medan, h. 1

Oleh karenanya kemudian pada tahun 2009, ketentuan Pasal 116 diubah oleh Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, sehingga berbunyi:

- (1) Salinan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap, dikirimkan kepada para pihak dengan surat tercatat oleh panitera pengadilan setempat atas perintah ketua pengadilan yang mengadilinya dalam tingkat pertama selambat-lambatnya dalam waktu 14 (empat belas) hari kerja.*
- (2) Apabila setelah 60 (enam puluh) hari kerja putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diterima tergugat tidak melaksanakan kewajibannya sebagaimana dimaksud dalam Pasal 97 ayat (9) huruf a, keputusan tata usaha negara yang disengketakan itu tidak mempunyai kekuatan hukum lagi.*
- (3) Dalam hal tergugat ditetapkan harus melaksanakan kewajiban sebagaimana dimaksud dalam Pasal 97 ayat (9) huruf b dan huruf c, dan kemudian setelah 90 (sembilan puluh) hari kerja ternyata kewajiban tersebut tidak dilaksanakan, maka penggugat mengajukan permohonan kepada ketua pengadilan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), agar pengadilan memerintahkan tergugat melaksanakan putusan pengadilan tersebut.*
- (4) Dalam hal tergugat tidak bersedia melaksanakan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap, terhadap pejabat yang bersangkutan dikenakan upaya paksa berupa pembayaran sejumlah uang paksa dan/atau sanksi administratif.*
- (5) Pejabat yang tidak melaksanakan putusan pengadilan sebagaimana dimaksud pada ayat (4) diumumkan pada media massa cetak setempat oleh panitera sejak tidak terpenuhinya ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (3).*
- (6) Di samping diumumkan pada media massa cetak setempat sebagaimana dimaksud pada ayat (5), ketua pengadilan harus mengajukan hal ini kepada Presiden sebagai pemegang kekuasaan pemerintah tertinggi untuk memerintahkan pejabat tersebut melaksanakan putusan pengadilan, dan kepada lembaga perwakilan rakyat untuk menjalankan fungsi pengawasan.*
- (7) Ketentuan mengenai besaran uang paksa, jenis sanksi administratif, dan tata cara pelaksanaan pembayaran uang paksa dan/atau sanksi administratif diatur dengan peraturan perundang-undangan.*

B. Kendala dalam Pelaksanaan Putusan Peradilan Tata Usaha Negara

Meskipun suatu putusan Pengadilan TUN telah memiliki kekuatan hukum tetap, namun pelaksanaan putusannya tidak dapat dilaksanakan dengan mudah karena tidak semua orang yang mau menaati putusan Pengadilan TUN. Terkadang diperlukan upaya paksa, dalam hal ini aparat penegak hukum, namun dalam pelaksanaan putusan Pengadilan TUN, keterlibatan aparat penegak hukum tidak dimungkinkan. Yang memungkinkan adalah campur tangan presiden sebagai kepala pemerintahan dalam rangka memaksa,²¹ tetapi tetap saja pemaksaan ini hanya sebatas pelaporan saja. Sepenuhnya masih digantungkan pada wilayah *political will* pemerintah. Sebagaimana dalam pelaksanaan putusan peradilan TUN perkara GKI Yasmin di Bogor.

Pada awalnya Pemerintah Kota Bogor membekukan Ijin Mendirikan Bangunan (IMB) GKI Taman Yasmin. Lalu, pihak panitia pembangunan GKI membawa persoalan ini ke jalur hukum dengan menggugat ke PTUN Bandung. PTUN Bandung memutuskan mengabulkan gugatan GKI Yasmin yang kemudian dikuatkan PTTUN DKI Jakarta. Selanjutnya hingga Mahkamah Agung dalam putusan Peninjauan Kembalinya (Nomor 127 PK/TUN/2009 tanggal 9 Desember 2010) menguatkan putusan PTUN Bandung dan PT TUN Jakarta yang memerintahkan Dinas Tata Kota dan Pertamanan Kota Bogor mencabut surat keputusan pembekuan IMB GKI Yasmin. Artinya, IMB tetap dinyatakan sah, sehingga gereja boleh didirikan di kompleks perumahan Taman Yasmin itu. Namun, hingga kini putusan itu belum sepenuhnya terlaksana.²² Wali Kota Bogor justru menerbitkan Surat Keputusan Nomor 645.45-137 Tahun 2011 tentang Pencabutan IMB GKI Yasmin pada tanggal 11 Maret 2011. Alasan Wali Kota Bogor tidak mau mematuhi putusan MA tersebut. Imbas dari masalah ini, Wali Kota Bogor pun mencabut IMB GKI Yasmin. Ombudsman RI juga kemudian mengeluarkan rekomendasi dengan nomor 0011/REK/0259.2010/BS-15/VII/2011 pada 8 Juli 2011 tentang pencabutan keputusan Wali Kota Bogor tentang IMB GKI Yasmin, tetapi tetap tidak ada tindakan dari Pemerintah Kota Bogor.²³

Tidak dengan mudah putusan peradilan TUN dilaksanakan oleh Pejabat TUN dikarenakan adanya beberapa kendala. Prildy Nataniel menjelaskan kendala tersebut yaitu:

²¹ Prildy Nataniel Boneka, *Tinjauan Hukum Putusan PTUN dalam Rangka Eksekusi Putusan yang Telah Memperoleh Kekuatan Hukum Tetap*, Jurnal Lex Administratum Volume II Nomor 2 April-Juni 2014, h. 145

²² <http://www.hukumonline.com>, *MA Tak Bisa Intervensi Eksekusi Putusan*, Jumat, 18 November 2011.

²³ <http://www.pikiran-rakyat.com>, *Jalan Panjang Jemaat GKI Yasmin Menanti Keadilan*, 27 Maret 2016.

1. *Tidak adanya lembaga eksekutorial khusus atau lembaga sanksi yang berfungsi untuk melaksanakan putusan. Dibandingkan dengan Peradilan Umum memiliki lembaga paksa, yakni eksekusi riil oleh Kepaniteraan dibawah pimpinan Ketua Pengadilan untuk perkara perdata (Pasal 195 s/d Pasal 208 HIR dan Pasal 1033 Rv). Dalam putusan perkara pidana, Pasal 270 KUHAP menyebutkan "Pelaksanaan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap dilakukan oleh jaksa, yang untuk itu panitera mengirimkan salinan surat putusan kepadanya" Di peradilan Militer adalah Oditur Militer yang berkewajiban untuk mengeksekusi putusan Hakim Militer. Peradilan Agama, menurut ketentuan pasal 95, 98 dan 103 UU No. 7 Tahun 1989 juga sudah dapat melaksanakan secara paksa (Eksekusi) atas penetapan dan putusannya termasuk melaksanakan segala macam bentuk sita (beslag).*
2. *Rendahnya tingkat kesadaran pejabat Tata Usaha Negara dalam menaati putusan Pengadilan Tata Usaha Negara. Pejabat Tata Usaha Negara seringkali tidak menaati hukum, karena biasanya seseorang mematuhi hukum dikarenakan ia takut sanksi yang akan dikenakan apabila ia melanggar hukum atau karena ia merasa kepentingan-kepentingannya akan terjamin apabila ia menaati hukum, atau karena ia merasa hukum yang berlaku sesuai dengan nilai-nilai yang berlaku dalam dirinya. Dalam hal ini, pihak yang kalah dalam sengketa tentunya akan merasa bahwa kepentingannya tidak terjamin bila ia menaati putusan pengadilan TUN, sehingga ia lebih memilih untuk tidak mematuhi putusan pengadilan tersebut. Tidak adanya sanksi juga membuat pejabat TUN tidak merasa takut apabila ia tidak menjalankan putusan pengadilan itu.*
3. *Tidak adanya pengaturan yang lebih tegas mengenai pelaksanaan putusan Pengadilan Tata Usaha Negara. Ketentuan mengenai eksekusi putusan PTUN telah dimuat dalam Pasal 116 UU Nomor 5 Tahun 1986 jo UU No. 9 Tahun 2004 jo UU No. 51 Tahun 2009, yang menyebutkan bahwa pengadilan dapat meminta atasan pejabat TUN yang bersangkutan atau bahkan presiden untuk 'memaksa' tergugat melaksanakan putusan pengadilan. Hal ini tentu saja tidak dibolehkan terjadi sering-sering karena apabila presiden terlalu sering campur tangan dalam urusan pemaksaan pelaksanaan putusan PTUN maka dikhawatirkan presiden akan kehilangan wibawa sebagai kepala Pemerintahan.²⁴*

Penyelesaian yang dapat ditempuh guna menghilangkan sikap tidak patuhan aparaturnegara adalah dengan mengefektifkan upaya hukum tata negara, upaya hukum administrasi, upaya hukum perdata dan upaya hukum pidana. Upaya hukum

²⁴ Prildy Nataniel Boneka, *Op Cit*, h.145-146

tata negara, di samping upaya yang berkaitan dengan hubungan hierarkis, yang terpenting adalah upaya melalui mekanisme fungsi kontrol yudisial. Upaya hukum administrasi dimaksudkan untuk pejabat karier yang tunduk kepada ketentuan disiplin mengingat sanksi yang diterapkan menurut UU Peradilan TUN adalah sanksi administrasi. Jenis sanksi administrasi dan maksimal sanksi administrasi yang dapat diterapkan berupa pemberhentian dari jabatan. Apabila putusan Pengadilan TUN tetap tidak dilaksanakannya, sehingga dapat diterapkan upaya hukum perdata berupa pembayaran uang paksa.²⁵ Sedangkan untuk upaya paksa melalui hukum pidana untuk meningkatkan efektifitas eksekusi putusan PTUN, maka ketentuan Pasal 216 KUHP²⁶ dapat diterapkan terhadap pribadi pejabat TUN yang tidak melaksanakan putusan PTUN.²⁷ Sayangnya ketentuan pemidanaan ini tidak pernah digunakan sebagai daya paksa pelaksanaan putusan Pengadilan TUN. Olehnya keberadaannya perlu ditekankan dan dipertegas melalui kriminalisasi *contempt of court*.

C. Urgensi Solusi dari Kebijakan Kriminalisasi *Contempt of Court* untuk Mendorong efektivitas Pelaksanaan Putusan Peradilan Tata Usaha Negara

Perbuatan yang merendahkan peradilan pada umumnya dikenal dengan istilah "*contempt of court*". *Contempt* dalam bahasa Inggris biasa diartikan sebagai perbuatan merendahkan atau menghina, sedangkan *court* adalah pengadilan.²⁸ Black's Law Dictionary mendefinisikan *contempt of court* adalah "*an act which is calculated to embarrass, hinder or obstruct court in administration of justice or which is calculated to lessen its authority or its dignity. Committed by a person who does any act in willful contravention of its authority or its dignity, or tending to impede or frustrate the administration of justice or by one who, being under the the court's authority as a party to a proceeding there in, willfully disobeys its lawful orders or fails to comply with an undertalking which he has given*".²⁹ Bagir Manan, menyebutkan sebenarnya, sebutan *contempt of court* tidak akurat dan

²⁵ Supandi, *Hukum Peradilan Tata Usaha Negara*, Bandung: Alumni, 2016, h. 320-321

²⁶ Pasal 216 ayat (1) KUHP menyatakan bahwa barang siapa dengan sengaja tidak menuruti perintah atau permintaan yang dilakukan menurut undang-undang oleh pejabat yang tugasnya mengawasi sesuatu, atau oleh pejabat berdasarkan tugasnya, demikian pula yang diberi kuasa untuk mengusut atau memeriksa tindak pidana; demikian pula barang siapa dengan sengaja mencegah, menghalang-halangi atau menggagalkan tindakan guna menjalankan ketentuan undang-undang yang dilakukan oleh salah seorang pejabat tersebut, diancam dengan pidana penjara paling lama empat bulan dua minggu atau pidana denda paling banyak sembilan ribu rupiah.

²⁷ Enrico Simanjuntak, *Prospek Ombudsman Republik Indonesia dalam Rangka Memperkuat Pelaksanaan Eksekusi Putusan Peradilan Tata Usaha Negara*, Jurnal Hukum dan Peradilan Volume 3 Nomor 2 Juli 2014, h. 173

²⁸ Jimly Asshiddiqie, *Upaya Perancangan Undang-Undang Tentang Larangan Merendahkan Martabat Pengadilan (Contempt of Court)*, Makalah disampaikan dalam rangka Seminar Nasional tentang "Urgensi Dan Prospek Pengaturan (Ius Constituendum) UU Tentang Contempt of Court Untuk Menegakkan Martabat dan Wibawa Peradilan", yang diselenggarakan oleh Pusat Penelitian dan Pengembangan & Pendidikan dan Pelatihan Hukum dan Peradilan Mahkamah Agung RI (Balitbangkumdil MA), di Jakarta pada tanggal 29 April 2015, h. 1

²⁹ Henry Black Campbell, *Black's Law Dictionary*, St. Paul. MINN West Publishing Co, Fifth Edition, 1979, p. 390

menyesatkan (*inaccurate and misleading*). Sebutan itu mengesankan seolah-olah yang akan dilindungi adalah keagungan pengadilan. Sesungguhnya, dalam *contempt of court*, keadilan (*justice*) itu sendiri yang dicemoohkan, bukan pengadilan sebagai sebuah badan, bukan hakim.³⁰

Pranata *contempt of court* dalam UU Peratun sendiri sebenarnya telah dianut sebagaimana tersirat dari ketentuan Pasal 69 UU Peratun jo. Pasal 217 KUHP yang mengisyaratkan setiap orang dalam ruang persidangan wajib menunjukkan sikap, perbuatan, tingkah laku, dan ucapan yang menjunjung tinggi wibawa, martabat, dan kehormatan Pengadilan dengan menaati tata tertib persidangan. Di mana setiap orang yang tidak menaati tata tertib persidangan dapat berujung kepada penuntutan, jika pelanggaran itu merupakan tindak pidana. Dengan demikian, apabila dalam proses persidangan saja pihak yang mengganggu jalannya persidangan dapat dituntut secara pidana berdasarkan ketentuan tersebut di atas, maka tidaklah berlebihan apabila pejabat TUN yang secara nyata dan dengan itikad buruk tidak bersedia melaksanakan putusan Peradilan TUN untuk dikenakan pemidanaan, baik dalam bentuk denda bahkan pengenaan kurungan penjara.³¹ Namun demikian ketentuan Pasal 69 UU Peradilan TUN jo. Pasal 217 KUHP ini masih bersifat sangat sumir bilamana digunakan untuk meningkatkan daya paksa pelaksanaan putusan peradilan pada umumnya dan khususnya terhadap putusan Pengadilan TUN.

Kriminalisasi *contempt of court* terhadap Pejabat TUN yang tidak patuh terhadap putusan Pengadilan TUN dapat dilakukan melalui 3 (tiga) pilihan cara yaitu *pertama*, melalui revisi UU Peradilan TUN dengan menambahkan ayat tentang ancaman pemidanaan terhadap Pejabat TUN yang tidak melaksanakan putusan Pengadilan TUN yang telah *inkracht*. *Kedua*, melalui revisi KUHP dimana dimasukkan pula tentang pengabaian putusan pengadilan termasuk dalam *contempt of court*.³² *Ketiga*, melalui undang-undang khusus tentang *contempt of court*.³³ Prospek pengaturan *contempt of court* memiliki momentumnya ketika

³⁰ Bagir Manan, *Contempt of Court Vs Freedom of Press*, Makalah disampaikan dalam rangka Seminar Peran Media, Opini Publik dan Independensi Yudisial, yang diselenggarakan Badan Penelitian dan Pengembangan Pendidikan dan Pelatihan Hukum dan Peradilan Mahkamah Agung RI (Balitbangkumdil MA) di Jakarta, pada tanggal 22 Mei 2014.

³¹ Enrico Simanjuntak, *Op Cit*, h. 174.

³² Pada RUU KUHP Tahun 2015 melingkupinya dalam satu bab khusus yaitu bab IV di bawah judul Tindak Pidana Terhadap Proses Peradilan yaitu terdapat pada ketentuan Pasal 328, Pasal 329, Pasal 330, Pasal 331, Pasal 332, Pasal 333, Pasal 334, Pasal 335, Pasal 336, Pasal 337, Pasal 338, Pasal 339, Pasal 340, Pasal 341, Pasal 342, Pasal 343, Pasal 344, Pasal 345, Pasal 346, Pasal 347, Pasal 415, Pasal 416, Pasal 420.

³³ Berkaitan dengan urgensi dan relevansi pengaturan *contempt of court* dalam suatu undang-undang telah ditegaskan oleh UU Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung dalam penjelasan umum butir 4 yang menyatakan bahwa "selanjutnya untuk dapat lebih menjamin terciptanya suasana yang sebaik-baiknya bagi penyelenggaraan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, maka perlu pula dibuat suatu undang-undang yang mengatur penindakan terhadap perbuatan, tingkah laku, sikap dan/atau ucapan yang dapat merendahkan

RUU *Contempt of Court* dijadikan sebagai Prolegnas Baleg DPR 2015-2019. Secara asumptif undang-undang khusus diperlukan mengingat karakteristik dan kekhususan dari perbuatan *contempt of court* serta jenis sanksinya yang lebih variatif dibandingkan dengan tindak pidana umum. Selain itu hukum acara dan penegak hukum yang menanganinya (satuan polisi pengaman peradilan dalam kapasitasnya sebagai Penyidik Pegawai Negeri Sipil) pun diperlukan khusus untuk efektivitas dan efisiensi penanggulangan tindak pidana *contempt of court*. Dalam konteks ini undang-undang tentang *contempt of court* masa mendatang (*ius constituendum*) mempunyai legitimasi untuk didaulat sebagai *lex specialis*.³⁴

Undang-undang khusus ini harus mengatur secara komprehensif kategorisasi *contempt of court* baik yang berbentuk *criminal contempt* maupun *civil contempt* sehingga ruang lingkup penerapannya tidak sebatas saat persidangan dan di dalam pengadilan, tetapi juga meliputi di luar pengadilan *a quo* pelaksanaan putusan pengadilan.³⁵ Pasal 13 Rancangan Undang-Undang tentang Tindak Pidana Penyelenggaraan Peradilan dan Penghinaan di Luar Peradilan (*Contempt of Court*) yang diusulkan oleh PP. IKAHI mengatur bahwa “setiap orang wajib melaksanakan perintah pengadilan dalam rangka kelancaran penyelenggaraan peradilan untuk menegakan hukum dan keadilan”. Secara tegas Pasal 19 mencantumkan ancaman pidana dapat diterapkan untuk siapa saja yang tidak mematuhi perintah pengadilan tanpa alasan yang sah yang dikeluarkan untuk kepentingan penyelenggaraan peradilan, dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp.100.000.000,00 (seratus juta rupiah). Ketentuan kriminalisasi ketidak patuhan terhadap putusan pengadilan ini diatur adalah demi mendorong kembalinya marwah sistem peradilan di Indonesia khususnya dan secara fundamental adalah menjaga eksistensi negara hukum Indonesia.

Sungguh urgen kriminalisasi terhadap Pejabat TUN yang tidak mau melaksanakan putusan Peradilan TUN dengan dikategorisasi sebagai *contempt of court*. Untuk menentukan urgensi dari kriminalisasi *contempt of court* perlu memperhatikan kriteria umum sebagaimana yang ditetapkan oleh Simposium Pembaruan Hukum Pidana Nasional pada tahun 1980 di Semarang, yaitu: (1). Apakah perbuatan itu tidak disukai atau dibenci masyarakat karena merugikan, atau dapat merugikan, mendatangkan korban atau dapat mendatangkan korban;

dan merongrong kewibawaan, martabat, dan kehormatan badan peradilan yang dikenal sebagai *Contempt of Court*.”

³⁴ Lilik Mulyadi, *Urgensi dan Prospek Pengaturan (ius constituendum) UU tentang Contempt of Court Untuk Menegakkan Martabat dan Wibawa Pengadilan*, Jakarta: Puslitbang Hukum dan Peradilan Mahkamah Agung, 2015, h. 201.

³⁵ *Ibid*

(2). Apakah biaya mengkriminalisasikan seimbang dengan hasil yang akan dicapai, artinya cost pembuatan undang-undang, pengawasan dan penegakan hukum, serta beban yang dipikul oleh korban pelaku dan pelaku kejahatan itu sendiri harus seimbang dengan situasi tertib hukum yang akan dicapai; (3). Apakah akan menambah beban aparat penegak hukum yang tidak seimbang atau nyatanya tidak dapat diemban oleh kemampuan yang dimilikinya; dan (4). Apakah perbuatan itu menghambat atau menghalangi cita-cita bangsa, sehingga bahaya bagi keseluruhan masyarakat.³⁶

Titik tolak 4 (empat) kriteria di atas menjadi acuan bagi alasan dasar dibutuhkannya upaya penanggulangan *contempt of court*. Keempat kriteria dibutuhkannya kriminalisasi *contempt of court* dipandang dari aspek pengaruhnya bagi penegakan hukum yang di dalamnya juga mengandung tegaknya suatu eksistensi negara hukum Indonesia *a quo* realisasi cita-cita bangsa yang termanivestasi dalam keamanan (tidak menjadi korban *contempt of court*) dan ketentraman (tegaknya keadilan melalui peradilan yang berwibawa) serta kesejahteraan masyarakat (keadilan sosial). Sebagai negara yang mengidentifikasikan dirinya sebagai negara hukum, maka sesungguhnya masalah hukum, penegakan hukum, proses peradilan dan lembaga pengadilan di Indonesia memiliki makna dan kedudukan teramat penting. Apakah suatu negara benar-benar dan tidak sebagai sebutan saja merupakan negara hukum, terutama akan diukur dengan pandangan bagaimana hukum diberlakukan dan bagaimana pengadilan dihargai serta memiliki wibawa.³⁷

Salah satu dampak dari kondisi pembangkangan pelaksanaan putusan Pengadilan TUN adalah menurunnya kepercayaan masyarakat kepada lembaga pemerintah dan lembaga peradilan pada khususnya serta aparatur negara pada umumnya.³⁸ Jika kondisi ini dibiarkan begitu saja maka sesungguhnya penegakan hukum TUN sudah kehilangan wibawanya. Padahal eksistensi pengadilan dalam konteks negara hukum memiliki peran dan kedudukan yang sangat penting. Bahkan dapat dikatakan bahwa perannya sangat vital dan dalam konteks tertentu merupakan “ruh” dari sebuah negara hukum. Eksistensi Pengadilan TUN sebagai wadah untuk melindungi hak-hak individu dan warga masyarakat dari tindakan penyalahgunaan wewenang atau tindakan sewenang-wenang³⁹ Pejabat TUN.

³⁶ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, Penyusunan Konsep KUHP Baru*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2008, h. 28-29

³⁷ Lilik Mulyadi dan Budi Suhariyanto, *Contempt of Court di Indonesia: Urgensi Norma, Praktik, Gagasan & Masalahnya*, Bandung: Alumni, 2016, h.20

³⁸ Supandi, *Op Cit*, h.318-319

³⁹ Jazim Hamidi, et.al, *Penerapan Asas-asas Umum Penyelenggaraan Pemerintah Yang Layak (AAUPL) di lingkungan Peradilan Administrasi Indonesia*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1999, h.9

Olehnya postulat moral yang menuntut adanya aturan hukum tentang *contempt of court* adalah demi tegaknya nilai keadilan yang menjadi kebutuhan pokok rohaniah masyarakat beradab.⁴⁰

Ditinjau dari aspek pembiayaan atau untung rugi dari kriminalisasi *contempt of court* atas tidak patuhan Pejabat TUN dalam melaksanakan putusan Pengadilan TUN maka sungguh akan mengefisienkan penegakan hukum. Penerapan *dwangsom* ataupun sanksi administrasi yang memakan waktu pelaksanaan yang lama sebagai upaya paksa sudah tidak diperlukan lagi. Begitu pula kesulitan-kesulitan di dalam penerapan *dwangsom* dan sanksi administrasi tidak menjadi beban⁴¹ masalah guna memenuhi kewajiban perlindungan hukum terhadap rakyat yang menuntut hak atas keadilan sebagaimana telah diputuskan peradilan TUN. Dalam konteks ini pelayanan keadilan oleh Pengadilan akan sesuai dengan asas cepat, sederhana dan berbiaya murah. Artinya dengan adanya ancaman pidana *contempt of court* maka pemberian keadilan kepada rakyat melalui pelaksanaan putusan Peradilan TUN tidak memerlukan energi dan jumlah biaya serta waktu yang lama. Sebagaimana adagium *justice delay justice denied*, maka penggunaan kebijakan hukum pidana melalui kriminalisasi terhadap Pejabat TUN yang membangkang atas pelaksanaan putusan Pengadilan TUN dapat memberikan akses keadilan yang lebih cepat pada warga negara yang telah dikabulkan gugatannya.

Selain itu relevansi kriminalisasi *contempt of court* terhadap Pejabat TUN yang tidak patuh terhadap putusan Pengadilan TUN juga sesuai dengan asas *ultimum remedium* yaitu hukum pidana dijadikan sebagai sarana terakhir ketika upaya hukum lain (administratif dan perdata) tidak mampu lagi digunakan untuk menegakkan wibawa negara dalam pandangan rakyatnya dan lebih memberikan kepastian perlindungan hukum. Di saat aspek hukum perdata dan administrasi sudah tidak mampu dan diabaikan dalam pelaksanaannya maka sudah waktunya pula hukum pidana dipanggil untuk turun gelanggang memastikan ber"taring"nya peradilan TUN. Hal ini penting untuk menjamin hak asasi manusia warga negara yang telah dikabulkan gugatan keadilannya oleh hakim atas kesalahan Pejabat TUN merupakan bagian penting penegakan hak-hak konstitusional warga negara untuk mendapatkan keadilan dalam realisasi pelaksanaan putusan Pengadilan TUN.

⁴⁰ Artidjo Alkostar, *Hukum Pidana serta Tuntutan Tegaknya Kebenaran dan Keadilan*, Bahan Rakernas Mahkamah Agung Tahun 2012. Jakarta: Mahkamah Agung, 2012, h.1. dalam Budi Suharyanto, "Contempt of Court dalam Perspektif Hukum Progresif", *Jurnal Yudisial*, Volume 9 Nomor 2016, h.166-167.

⁴¹ Tri Cahya Indra Permana, *Op Cit*, h. 86.

Dalam konteks ini hak konstitusional warga negara dalam rangka mendapatkan kepastian hukum atas keadilan dalam berperkara di peradilan TUN perlu ditegakkan eksistensinya.

KESIMPULAN

Meskipun pelaksanaan putusan Pengadilan TUN dalam hukum positif telah diperkuat dengan instrumen upaya paksa berupa sanksi administratif dan sanksi pengenaan uang paksa (*dwangsom*). Pada praktiknya pelaksanaan putusan Pengadilan TUN ini tidak mudah dilaksanakan karena masih ada Pejabat TUN yang tidak patuh. Disamping persoalan kurangnya kesadaran hukum Pejabat TUN dan tidak adanya lembaga eksekutorial khusus untuk memaksanya, pengaturan mekanisme pelaksanaan putusan Pengadilan TUN yang masih kurang jelas dan tegas. Penggunaan hukum administratif dan perdata senyatanya kurang berdaya guna, diperlukan upaya paksa dari hukum pidana sebagaimana asas *ultimum remedium*. *Contempt of court* perlu dikriminalisasikan dan dijadikan ancaman bagi Pejabat TUN yang membangkang untuk melaksanakan putusan Pengadilan TUN. Dalam RUU tentang *Contempt of Court*, kriminalisasi tersebut telah diakomodasi. Kriminalisasi ini bertujuan mendorong efektifitas pelaksanaan putusan Pengadilan yang notabene merupakan bagian tak terpisahkan dari pelayanan keadilan kepada warga Negara dan pemberian kepastian hukum atas hak konstitusional warga Negara.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

Arief, Barda Nawawi, 2008, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, Penyusunan Konsep KUHP Baru*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group.

Bayukesumo, Damar, 2013, *Kajian Normatif Eksekusi Atas Putusan Peradilan Tata Usaha Negara*, Skripsi, Surakarta: Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret, 2010 Disiplin F Manao, *Makna Pejabat Tata Usaha Negara Dalam sengketa Tata Usaha Negara: Studi tentang Putusan Mahkamah Agung RI Tahun 2005-2011*, Jakarta: Puslitbang Hukum dan Peradilan Mahkamah Agung.

Camobell, Henry Black, 1979, *Black's Law Dictionary*, St. Paul. MINN West Publishing Co, Fifth Edition.

Jazim Hamidi, et. al, 1999, *Penerapan Asas-asas Umum Penyelenggaraan Pemerintah Yang Layak (AAUPL) di lingkungan Peradilan Administrasi Indonesia*, Bandung: Citra Aditya Bakti.

Purbopranoto, Kuntoro, 1981, *Beberapa Catatan Hukum Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara*, Bandung: Alumni.

Mulyadi, Lilik, 2015, *Urgensi dan Prospek Pengaturan (Ius Constituendum) UU tentang Contempt of Court Untuk Menegakan Martabat dan Wibawa Pengadilan*, Jakarta: Puslitbang Hukum dan Peradilan Mahkamah Agung.

_____ dan Budi Suhariyanto, 2016, *Contempt of Court di Indonesia: Urgensi Norma, Praktik, Gagasan & Masalahnya*, Bandung: Alumni.

Lotulung, Paulus Effendie, 2003, *Mengkaji Kembali Pokok-Pokok Pikiran Pembentukan Peradilan Tata Usaha Negara di Indonesia*, Jakarta: Lembaga Penelitian dan Pengembangan Hukum Administrasi Negara.

Hadjon, Philipus M., 1987, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*, Surabaya: Bina Ilmu.

Atmosudiro, Prajudi, 1981, *Hukum Administrasi Negara*, Jakarta: Ghalia Indonesia, " Tinjauan Hukum Putusan PTUN dalam Rangka Eksekusi Putusan yang Telah Memperoleh Kekuatan Hukum Tetap" Volume II Nomor 2 April-Juni.

Sudargo Gautama, 1983, *Pengertian Tentang Negara Hukum*, Bandung: Alumni,

Supandi, 2016, *Hukum Peradilan Tata Usaha Negara*, Bandung: Alumni,

Permana, Tri Cahya Indra, 2015, *Urgensi Pengaturan (Ius Constituendum) Eksekutabilitas Putusan PTUN Yang Telah Berkekuatan Hukum Tetap Untuk Menjamin Kepatuhan Pejabat TUN*, Jakarta: Puslitbang Hukum dan Peradilan Mahkamah Agung,

Harahap, Zairin, 2005, *Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara*, Jakarta: Raja Grafindo Persada.

Jurnal dan Makalah

Alkostar, Artidjo, 2012, Hukum Pidana serta Tuntutan Tegaknya Kebenaran dan Keadilan, Bahan Rakernas Mahkamah Agung tahun 2012. Jakarta: Mahkamah Agung.

Manan, Bagir, 2014, Contempt of Court Vs Freedom of Press, Makalah disampaikan dalam rangka Seminar Peran Media, Opini Publik dan Independensi Yudisial, yang diselenggarakan Badan Penelitian dan Pengembangan Pendidikan dan Pelatihan Hukum dan Peradilan Mahkamah Agung RI (Balitbangkumdil MA) di Jakarta, pada tanggal 22 Mei. Budi Suhariyanto, 2016, "Contempt of Court dalam Perspektif Hukum Progresif", Jurnal Yudisial, Volume 9.

Simanjuntak, Enrico, 2014, "Prospek Ombudsman Republik Indonesia dalam Rangka Memperkuat Pelaksanaan Eksekusi Putusan Peradilan Tata Usaha Negara", Jurnal Hukum dan Peradilan, Volume 3 Nomor 2 Juli.

Irfan Fachruddin, Pelaksanaan Putusan Peradilan Tata Usaha Negara, Makalah disampaikan pada Rakerda Mahkamah Agung Republik Indonesia Bidang Peradilan Tata Usaha Negara Wilayah Sumatera, pada tanggal 2 November 2009 di Medan

Rumadan, Ismail, 2012, "Problematika Eksekusi Putusan Pengadilan Tata Usaha Negara", Jurnal Hukum dan Peradilan, Volume 1, Nomor 3, November.

Maisara Sunge, 2009, "Efektifitas Eksekusi Putusan Pengadilan Tata Usaha Negara", Jurnal Inovasi, Volume 6 Nomor 4 Desember.

Astomo, Putera, "Administrasi Dalam Sistem Negara Hukum Indonesia", Jurnal Masalah-Masalah Hukum, Jilid 43, Nomor 3, Juli.

Biodata

Warih Anjari, lahir di Semarang, 15 April 1969. Penulis menyelesaikan S1 di Fakultas Hukum Universitas Diponegoro dan S2 di Pascasarjana Ilmu Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Jakarta. Saat ini Penulis merupakan staf Pengajar di Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Jakarta (1995- sekarang).

Aan Eko Widiarto, lahir di Lumajang, 17 April 1976. Penulis menyelesaikan S-1 Bidang Ilmu Hukum di Universitas Brawijaya Malang (1999), S-2 Ilmu Hukum di Universitas Brawijaya Malang (2004), dan S-3 Ilmu Hukum di Universitas Padjadjaran Bandung (2017). Saat ini Penulis merupakan Dosen di Fakultas Hukum Universitas Brawijaya.

Novendri M. Nggilu, lahir di Gorontalo, 27 November 1989. Penulis menamatkan Sarjana Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Gorontalo, Magister Hukum pada Program Pascasarjana Mahister Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta. Dosen pada Fakultas Hukum Universitas Negeri Gorontalo (2013-sekarang).

Titon Slamet Kurnia, lahir di Tuban, 29 November 1978. Lulus Sarjana Hukum dari Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana (2001) dan Magister Hukum dari Program Pascasarjana Universitas Airlangga (2005). Kemudian meraih gelar Doktor Ilmu Hukum dari Fakultas Hukum Universitas Airlangga (2014). Penulis menjadi Dosen di Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana sejak tahun 2006 s/d sekarang.

Enrico Simanjuntak, lahir di Dolok Sanggul, 27 Januari 1981. Penulis menyelesaikan S-1 di Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara (2004), S-2 di Fakultas Hukum Universitas Indonesia (2014), dan saat ini menempuh Program Doktor Ilmu Hukum di Universitas Indonesia. Penulis pernah menjadi Hakim PTUN Serang (2012-2015). Hakim PTUN Yogyakarta (2016), dan saat ini menjadi Hakim Yustisial Ditjenbadilmiltun Mahkamah Agung RI.

Nuriyanto Ahmad Daim, meraih gelar Sarjana Hukum dari Fakultas Hukum Universitas Darul Ulum Jombang. Kemudian memperoleh gelar Magister Hukum dari Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 (Untag) Surabaya. Gelar Doktor Ilmu Hukum diraih setelah menamatkan pendidikan doktoral di Universitas 17 Agustus 1945 (Untag) Surabaya. Saat ini menjadi Dosen di Pasca Sarjana Universitas Wijaya Putra (UWP) Surabaya.

Luthfi Widagdo Eddyono, adalah peneliti Mahkamah Konstitusi. Aktif pada Center for Democratization Studies (cedes.or.id). Mendapatkan pendidikan sarjana hukum Universitas Gadjah Mada (2005) dan master hukum Universitas Indonesia (2009). Luthfi adalah penulis Memaknai Konstitusionalisme Indonesia (Aura Publishing, 2018). Email: luthfi_we@yahoo.com.

Marthen B. Salinding, lahir di Palangi, 15 Juni 1968. Penulis meraih gelar Sarjana Hukum di Fakultas Hukum Universitas Tadulako Palu (1992), Magister Hukum Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya (2010), Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya (2016). Penulis merupakan Dosen di Universitas Borneo Tarakan (2002-sekarang).

Hwian Christianto, lahir di Magelang, 28 Mei 1983. Penulis meraih gelar Sarjana Hukum dan gelar Magister Hukum dari Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya. Penulis merupakan Dosen di Fakultas Hukum Universitas Surabaya dan saat ini sedang menempuh Program Doktor Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta.

Budi Suhariyanto, lahir di Jember, 2 Mei 1983. Menempuh pendidikan Sarjana Hukum di Fakultas Hukum Universitas Jember dan Magister Hukum di Pascasarjana Ilmu Hukum Universitas Padjadjaran. Penulis merupakan Peneliti di Puslitbang Hukum dan Peradilan Mahkamah Agung.

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 Parleментар 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

Abstract Constitutional Judicial Review 63, 64
Academic Exercise 62
Actual Existence 160
Actual Loss 4, 6, 13-15
Afrika Selatan 122
Allgemeine Rechtslehre 38
Amerika Serikat 111, 117, 120
Anglo Saxon 93
Anselm Von Feurbach 8
Antitese 7
A quo 171, 172
Argentina 122
Arrest Hoge Raad 87

B

Badan Pembinaan Hukum Nasional 84, 88, 89, 94, 102
Badan Pemeriksa Keuangan 132, 134, 144
Beccaria 7
Belanda 88-90, 99-101, 117, 120, 122
Beslag 203
Bestuurorgaan=Administratief Orgaan 197
Bestuur Organ 116
Binding Precedent 92, 100
Blanc-Jouvan 90
Bonum Commune 150
Boulouis 90
Brain Storming 140

C

Case-Law 83, 84, 90, 92, 97, 98
Cassation Court 97
Check And Balance 118, 122, 123
Civil
 Contempt 206
 Law 83-85, 88-90, 97, 100
 Society 106
Codified-Law 83
Common Law 83-85, 87, 88, 90-92, 99, 100
Compact Disk 135
Conceptual Approach 23, 24, 29
Concrete Constitutional Judicial Review 63, 64
Concretenorm 36
Concurring Opinion 141
Condemnatoir 56, 141, 142, 144, 147
Conditionally
 Constitutional 98
 Unconstitutional 98

Conditio Sine Quanon 193
Constitutional
 Conventions 86
 Review 55
Constitutief 56
Constitution 111, 112
Constitutional
 Complaint 121
 Court 47-49
 Disputes 25
Constitutionalisme 111
Constitutional Justice Delay 44, 57, 59
Constitution Disobedience 43, 47, 48, 52, 59
Constitutioneele Geschil 25
Constitution Justice Value 43
Contempof Court 58
Contempt of Court 192, 193, 196, 204-210
Contra Legem 95
Council of State 120
Crime Control Model 171, 172, 185, 186
Criminal
 Contempt 206
 Justice System 172, 182, 190
Crimine Extra Ordinaria 6

D

Declaratoir 55, 56
De Facto 156, 160
De Jure 156
Denmark 122
Dewan Perwakilan Daerah 130, 132, 134, 144
Dewan Perwakilan Rakyat 129, 130, 132, 134, 143, 144
Dignity 184
Dissenting Opinion 141
Distribution of Power 25
Drafting 140
Due Process of Law Model 185, 186
Dwang Middelen 208
Dwangsom 44, 58, 208, 209

E

Ecclesiastical Province 111
Equal 184
Equality 193
Erga Omnes 3
Eropa Barat 6
Ethic Values 10
European Court of Justice 90, 97
Expressiv Verbis 176
Expressis Verbis 134, 145
External Scrutiny 122

F

Fairness 87
Fatsoen 87
Filipina 122
Final and Binding 45, 51, 76, 142, 144
Finlandia 122
Floating Execution 39
Formele Zin 87
Forum Privilegiatum 174
Founding Fathers 113, 123
Fundamentum Petendi 133

G

Galang Asmara 115, 116
Generallennorm 36
Gezag 93
Goede Trouw 87
Goldsworthy 98, 102
Good Governance 120, 122
Grondnorm 36
Guardian 185

H

Het Herziene Inlandsch Reglement 172
Hierarki 23, 33, 34, 36, 37, 40
Hukum

Adat 148, 149, 151, 157, 158, 160-162, 167, 168
Formil 11, 17
Kebiasaan 5-7, 9, 10, 12, 17-20
Materiil 4, 5, 10, 11, 15-17
Nasional 36
Objektif 39
Pidana 1, 6-9, 12, 17-21
Primer 29
Privat 37
Publik 37
Sekunder 29
Yurisprudensi 87
Resources 107
Rights 193

I

Ijma 89
Impeachment 131
In Concreto 100
Indonesia 43-51, 53, 56-60, 84, 85, 88-90, 92-98, 100-104
Inggris 112
Institutional Structure 37
Integrated Criminal Justice System 190
Investigator Ombudsman 118
Israel 112
Iura Curia Novit 90
Ius Commisionis Opinio Doctorum 86

Ius Constituendum 2-6
Ius Non Scripta 88
Iustitia

Distributive 150
Legalis 150

J

Judex

Facti 77
Juris 77

Judge Made Law 83, 84, 88, 92
Judicial Review 25, 48
Jurisprudence 84, 88
Jurisprudentie 88
Jurisprudentierecht 83, 84

K

Komisi Pemberantasan Korupsi 3

L

Landmark Decision 94, 101
Law As Interpretation 98
Legal

Certainty 7
Culture 9
Justice 178
Material 64
Research 64
Standing 121, 134, 135, 141

Legitimate 105, 106, 113, 124

Lex

Certa 13, 30, 39
Scripta 13
Specialis 30, 40, 206
Strica 13

Living Law 167

Lon L. Fuller 32

L. Pospisil 50

M

Machtsstaat 109

Mahkamah Agung 44-48, 52, 53, 57,
61- 69, 75-80, 82, 84, 88, 92,
94-96, 102-104, 129, 132, 134,
138, 144

Mahkamah Konstitusi 1, 3, 60, 43-68,
70, 74, 76-82, 127-147

Majelis Permusyawaratan Rakyat 132,
134, 144

Mandamus 70

Materieele Toetsingrecht 25

Materiele Zin 87

Meksiko 122

Montesquie 7, 8

Moral Justice 178

Mutatis Mutandis 118

N

Nachtwachterstaat 109
National Audit Office 120

O

Obiter Dicta 97
Objectum Litis 134, 145
Ombudsman 105, 106, 109, 110,
115-126

Openbaar Gezag 197

Orde

Baru 65, 105, 151

Lama 105

Reformasi 151

Ordinary Court 97

P

Papua Nugini 120

Parliamentary Ombudsman 122

Parliament Ombudsman 118

Participatory Government 109

Petition 133

Philippines 120

Politeia 111

Political Will 202

Potensial Loss 4

Power 200

Francis 90, 100

Prasarat 28

Precedent 90-92, 100

Presumption of Guilt 180

Presumption of Innocence 174, 180

Primary Legislature 99

PTTUN 202

Public

Authorities 37

Discourse 68, 72, 76

Policy 109

R

Ratio

Deciendi 97

Legis 35, 173

Rechtsbeginselen 87

Rechtskracht 37

Rechtsmatig 24, 40

Rechtsorde 30, 39

Rechtsordnung 39

Rechtsschepping 95

Rechtsstaat 193

Rechtstaats 83

Rechtstersrecht 83, 84

Rechts Zekerheids 193

Redelijkheid 87

Rights-Bearer 163

Roman Empire 111

Romawi 6

S

Secondary Legislature 99

Self Respect 194, 200

Separation of Power 25

Similia Similibus 95

Social Justice 178

Soehino 39

Sociological Jurisprudence 9

Stare Decisis 88, 91, 92, 95, 100

State 106-109, 121, 123

Statute 84, 85

Approach 28

Stufenbau Des Recht 36

T

Thailand 122

The Constitutionality of Legislation 65

The Guardian of Constitution 45, 47,

49, 57, 85

The Interpreter of Constitution 49

The Legality of Regulation 65

The Living Law 9

Theoretical Approach 23, 24, 29

The Sole Interpreter of the Constitution 65

The State Auxiliary Bodies 119, 120

The Supreme of Law 59

Toetsing 26

Tool of Social Engineering 154

Triangular Concept of Legal Pluralism

9, 10, 12

Trias Politica 107, 109, 117, 119

Tussenorm 36

U

Ubi Societas Ibi Ius 50

Ulltimum 209

Remedium 195, 208

Remidium 20, 21

Ursprungnorm 36

Utilitarianisme 152

Utrecht 92, 93, 104

W

Welfare State 108, 109, 121

Werner Menski 9, 10, 12

Wet 85

in Formele Zin 26

in Materiele Zin 26

Y

Jurisprudensi 1, 5, 6, 11-13, 17, 20

Indeks Pengarang

A

Aan Eko Widiarto 23
Achmad Roestandj 140
Adolf Merkl 36, 37
A. Hamid S. Attamimi 39
Alexander Hamilton 69, 72
Alexander M. Bickel 69, 70
Andras Sajo 66
Aristoteles 150

B

Bagir Manan 204, 205
Benny Riyanto 93
Benjamin Akzin 37
Bismar Siregar 89
Blanc-Jouvan 90
Brian Thompson 112
Budhi Masthuri 121
Bung Hatta 163

D

Daniel S. Lev 108
Douglas E. Edlin 75

E

Edward Simarmata 88, 91, 94
Enrico Simanjuntak 83

F

Friedrich Julius Stahl 193

G

Galang Asmara 115, 116
Gunarto 173, 184, 191
Gustav Radbruch 75

H

Hans Kelsen 35-38, 48, 63, 66, 98,
99, 101
Hans Nawiasky 38
Harjono 112, 125

H.C. Kelmen 50
Hendra Nurtjahjo 122, 123
H.R. Purwoto Gandasubrata 92

J

Jack M. Beermann 116, 117
J.A. Frontier 87
Jazim Hamidi 91
Jean Jacques 7
Jeremy Bentham 152
J. H. A. Logemann 39
Jimly Asshiddiqie 50, 64, 65, 86, 106,
107, 113, 121, 129, 136, 137,
140, 141

K

Kuntoro Purbopranoto 197

L

Lon L. Fuller 32
Luthfi Widagdo Eddyono 127, 135,
136, 138, 139

M

Made Darma Weda 94
Mahfud MD 110, 114
Marthen B. Salinding 148
Maruarar Siahaan 131, 132
M. Hatta Ali 94, 95
Mohamad Anis 164
Mohammad Yamin 25
M. Yahya Harahap 90, 91, 95

N

Novendri M. Nggilu 43
Nuriyanto Ahmad Daim 105

O

Oly Viana Agustine 84

P

Paulus Effendi Lotulung 199
Prajudi Atmosudirdjo 194
Purnadi Purbacaraka 88

R

redelijkheid 87
Richard A. Posner 99
Robert J. Reinstein 70, 72
Ronald Dworkin 98
Ronny Hantijo Soemitro 154
R. Subekti 89

S

Satjipto Rahadjo 35
Soehino 39
Soenaryati Hartono 93
Soepomo 25
Soerjono Soekanto 88
Soetandyo Wingjosoebroto 107
sociological jurisprudence 9
Steven G. Clabresi 73
Sudikno Mertokusumo 94
Surojo Wignjodipuro 87, 89

T

Teguh Satya Bhakti 94, 96
Thomas Aquinas 150
Titon Slamet Kurnia 61, 65, 74, 78, 79

U

Urip Santoso 158

W

Warih Anjari 1, 3, 5, 10
Winahyu Erwiningsih 91, 102

Y

Yamin 25

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/2018, Tanggal 9 Juli 2018
Tentang Hasil Akreditasi Jurnal Ilmiah Periode 1 Tahun 2018

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 Modern dan Terpercaya.

Misi:

- Membangun Sistem Peradilan Konstitusi Yang Mampu Mendukung Penegakan Konstitusi.
- Meningkatkan Pemahaman Masyarakat Mengenai Hak Konstitusi Warga Negara.

ISSN 1829-7706



9 771829 770696