



JURNAL KONSTITUSI

Volume 18 Nomor 1, Maret 2021

- ◉ Konsep Pengujian Formil Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi
Idul Rishan
- ◉ Konstitusi Desa dan Eksistensinya dalam Regulasi di Indonesia
Mohamad Rifan dan Liavita Rahmawati
- ◉ Prospek Penjatuhan Putusan Provisi dalam Perkara Pengujian Undang-Undang
Alboin Pasaribu dan Intan Permata Putri
- ◉ Konsep Regulasi Berbasis Risiko: Telaah Kritis dalam Penerapannya pada Undang-Undang Cipta Kerja
Mohamad Mova Al'afghani dan Bisariyadi
- ◉ Polemik Fungsi Sosial Tanah dan Hak Menguasai Negara Pasca UU Nomor 12 Tahun 2012 dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 50/PUU-X/2012
King Faisal Sulaiman
- ◉ Pemikiran Hukum Progresif untuk Perlindungan Hukum dan Kesejahteraan Masyarakat Hukum Adat
Made Oka Cahyadi Wiguna
- ◉ Perdebatan dan Fenomena Global Legalisasi Pernikahan Sesama Jenis: Studi Kasus Amerika Serikat, Singapura, dan Indonesia
Hamid Chalid dan Arief Ainul Yaqin
- ◉ Menimbang Model Pengujian Keputusan Pejabat Publik oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (Studi Perbandingan Indonesia dan Korea Selatan)
Yunita Nurwulantari dan Anna Erliyana
- ◉ Implikasi *Omnibus Law* terhadap Hak Konstitusional Atas Lingkungan Hidup yang Sehat
Ahmad Gelora Mahardika
- ◉ Perlindungan Hak-Hak Konstitusional Masyarakat Adat di Kabupaten Boalemo dalam Penerapan Sanksi Adat
Lisnawaty W. Badu, Julisa Aprilia Kaluku, dan Abas Kaluku

JK	Vol. 18	Nomor 1	Halaman 001 - 239	Jakarta Maret 2021	P-ISSN 1829-7706 E-ISSN 2548-1657
----	---------	---------	----------------------	-----------------------	--------------------------------------

Terakreditasi RISTEKDIKTI Nomor : 21/E/KPT/2018



MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA

JURNAL KONSTITUSI

Vol. 18 No. 1	P-ISSN 1829-7706 E-ISSN: 2548-1657	Maret 2021
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)

Anna Triningsih
Irfan Nur Rachman
Winda Wijayanti
M. Reza Winata
Sharfina Sabila
Abdul Basid Fuadi
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: jurnalkonstitusi@mkri.id

Jurnal ini dapat diunduh di OJS Jurnal Konstitusi di: jurnalkonstitusi.mkri.id
atau di menu publikasi-jurnal pada laman mkri.id

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



JURNAL KONSTITUSI

Volume 18 Nomor 1, Maret 2021

DAFTAR ISI

Pengantar Redaksi	iii - vi
Konsep Pengujian Formil Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi Idul Rishan	001-021
Konstitusi Desa dan Eksistensinya dalam Regulasi di Indonesia Mohamad Rifan dan Liavita Rahmawati	022-043
Prospek Penjatuhan Putusan Provisi dalam Perkara Pengujian Undang-Undang Alboin Pasaribu dan Intan Permata Putri	044-065
Konsep Regulasi Berbasis Risiko: Telaah Kritis dalam Penerapannya pada Undang-Undang Cipta Kerja Mohamad Mova Al'afghani dan Bisariyadi	066-090
Polemik Fungsi Sosial Tanah dan Hak Menguasai Negara Pasca UU Nomor 12 Tahun 2012 dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 50/PUU-X/2012 King Faisal Sulaiman	091-111
Pemikiran Hukum Progresif untuk Perlindungan Hukum dan Kesejahteraan Masyarakat Hukum Adat Made Oka Cahyadi Wiguna	112-137

Perdebatan dan Fenomena Global Legalisasi Pernikahan Sesama Jenis: Studi Kasus Amerika Serikat, Singapura, dan Indonesia Hamid Chalid dan Arief Ainul Yaqin	138-167
Menimbang Model Pengujian Keputusan Pejabat Publik oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (Studi Perbandingan Indonesia dan Korea Selatan) Yunita Nurwulantari dan Anna Erliyana	168-194
Perlindungan Hak Penyandang Disabilitas dalam Memperoleh Pekerjaan dan Penghidupan yang Layak bagi Kemanusiaan Implikasi <i>Omnibus Law</i> terhadap Hak Konstitusional Atas Lingkungan Hidup yang Sehat Ahmad Gelora Mahardika	195-218
Perlindungan Hak-Hak Konstitusional Masyarakat Adat di Kabupaten Boalemo dalam Penerapan Sanksi Adat Lisnawaty W. Badu, Julisa Aprilia Kaluku, dan Abas Kaluku	219-239

Biodata

Pedoman Penulisan

Dari Redaksi



Jurnal Konstitusi kembali hadir menyuguhkan 10 karya terbaru yang membahas persoalan seputar hukum dan ketatanegaraan. Pada edisi Maret 2021 ini jurnal konstitusi tetap konsisten menampilkan hasil penelitian atau kajian konseptual terkait putusan MK serta topik hangat seputar konstitusi.

Artikel pertama berjudul “Konsep Pengujian Formil Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi”, oleh Idul Rishan. Dalam tataran praktis, MK lebih dekat dengan praktik uji materil. Sampai dengan studi ini dilakukan, belum ada uji formil yang berhasil dikabulkan oleh MK. Walaupun Uji formil pernah dilakukan pada UU No 17 Tahun 2014 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (UU MD3) dan UU No 3 Tahun 2009 tentang Mahkamah Agung (UU MA), pertimbangan majelis di dua perkara sebelumnya, uji formil tidak begitu memiliki basis legitimasi yang kuat bagi MK. Kecenderungan ini terbaca karena prosedur pembentukan undang-undang tidak diatur di dalam UUD melainkan hanya melalui UU.

Artikel kedua berjudul “Konstitusi Desa dan Eksistensinya dalam Regulasi di Indonesia”, oleh Mohamad Rifan dan Liavita Rahmawati. Persoalan pencantuman Desa dalam Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 Tentang Desa memiliki bahasan tegas terkait dengan peran Desa didalamnya merupakan cerminan dari pengakuan akan Konstitusi Desa. Dalam perkembangannya pun Konstitusi desa tetap menjadi sebuah unsur yang mendasari perubahan akan hukum terhadap perkembangan dalam sebuah komunitas (Desa/Masyarakat). Hal demikian dikarenakan sifatnya (Konstitusi Desa) yang lebih fundamental, yang karena pelabelan sifat fundamentalnya

tersebut memiliki kuasa lebih tinggi dan dapat mematerialisasikan hukum baru dengan proses abstraksi karena hukum yang berada pada desa cenderung tidak tertulis atau dirangkum dalam Bahasa (symbol/makna) yang sederhana.

Artikel selanjutnya berjudul “Prospek Penjatuhan Putusan Sela dalam Perkara Pengujian Undang-Undang”, Alboin Pasaribu dan Intan Permata Putri mengupas terkait mencari dasar diajukan permohonan provisi dan pola penjatuhan putusan terhadap permohonan provisi. Berdasarkan kondisi yang diatur dalam pedoman beracara dan putusan-putusan yang permohonan provisinya dikabulkan oleh MK, ditemukan ada 3 (tiga) hal yang menjadi dasar diajukan permohonan provisi, yaitu: (i) terdapat dugaan perbuatan pidana dalam pembentukan undang-undang yang dimohonkan pengujiannya; (ii) melindungi hak-hak konstitusional pemohon yang sangat terancam dan tidak dapat dipulihkan dalam putusan akhir; dan (iii) mendesak waktu untuk segera mendapatkan putusan hakim sebelum penyelenggaraan pemilihan, khususnya berkenaan dengan hak memilih dan dipilih. Ditinjau dari penjatuhannya, terdapat 3 (tiga) pola keputusan majelis hakim atas permohonan provisi, yaitu (i) dijatuhkan tatkala proses pemeriksaan perkara sedang berlangsung dan dituangkan secara tertulis sebelum menjatuhkan putusan akhir; (ii) diucapkan secara lisan di dalam persidangan ketika proses pemeriksaan perkara sedang berlangsung dan kemudian ditegaskan kembali secara tertulis dalam putusan akhir; dan (iii) diputus secara bersamaan dengan pokok permohonan di dalam putusan akhir.

Artikel keempat berjudul “Konsep Regulasi Berbasis Risiko: Telaah Kritis dalam Penerapannya pada Undang-Undang Cipta Kerja”, oleh Mohamad Mova Al’afghani dan Bisariyadi. Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja mengatur penyederhanaan perizinan dengan beberapa mekanisme, diantaranya adalah melalui pendekatan RBR dalam perizinan berusaha dan pengawasannya serta integrasi berbagai perizinan ke dalam perizinan berusaha. Penerapan konsep RBR merupakan sebuah langkah maju dalam “pendekatan regulasi” alih-alih pendekatan tradisional yang kerap dianut dalam penyusunan UU di Indonesia, berupa “command-and-control”. Namun, penerapan RBR perlu memperhatikan kritik-kritik yang banyak dikemukakan dalam literatur RBR. Kritik tersebut belum diakomodasi dalam UUCK dan tidak masuk dalam pembahasan di Naskah Akademik UUCK.

Artikel selanjutnya berjudul “Polemik Fungsi Sosial Tanah dan Hak Menguasai Negara Pasca UU Nomor 12 Tahun 2012 dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 50/PUU-XI/2012” oleh King Faisal Sulaiman. Penafsiran “Hak Menguasai Negara (HMN)” dan fungsi sosial atas tanah, mulai berusaha diseimbangkan oleh Mahkamah Konstitusi dengan mempertegas makna HMN, tanah perseorangan dan tanah komunal dalam posisi yang lebih seimbang. HMN tidak lagi dipandang sebagai hak superior yang merupakan sumber dari segala hak atas tanah yang ada di Indonesia. Semestinya, pemaknaan hak menguasai negara atas tanah, dibatasi oleh “fungsi sosial tanah”

dan amanat konstitusi untuk mewujudkan kemakmuran yang sebesar-besarnya bagi rakyat. HMN harus diletakkan pada dimensi filosofis, yang tidak hanya memberikan kesempatan yang sama bagi setiap individu untuk menguasai tanah. Aspek prosedural pembentukan UU No. 2 Tahun 2012 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan untuk Kepentingan Umum, belum sesuai kaidah pembentukan peraturan perundangan yang berlaku. Begitu pula, konsepsi makna kepentingan umum dan proses ganti rugi atas tanah masih jauh dari spirit UUPA Jo Pasal 33 UUD 1945.

Kemudian dalam artikel, “Pemikiran Hukum Progresif Untuk Perlindungan Hukum dan Kesejahteraan Masyarakat Hukum Adat”, oleh Made Oka Cahyadi Wiguna mengkaji mengenai bagaimana mewujudkan perlindungan hukum yang progresif terhadap eksistensi masyarakat hukum adat untuk mewujudkan kesejahteraannya. Perlindungan hukum lebih banyak berfokus pada soal bagaimana kriteria mengenai masyarakat hukum adat yang akan diakui. Seharusnya Negara berani melakukan terobosan-terobosan kebijakan dan hukum untuk memberikan perlindungan hukum tersebut berbasis pada pembinaan dan pemberdayaan. Terobosan kebijakan dan hukum tersebut dapat mengacu pada pemikiran hukum progresif, yang memposisikan hukum untuk manusia dengan tujuan memberikan keadilan, kesejahteraan dan kebahagiaan bagi masyarakat hukum adat berdasarkan Pancasila dan UUD 1945.

Artikel ketujuh berjudul “Perdebatan dan Fenomena Global Legalisasi Pernikahan Sesama Jenis: Studi Kasus Amerika Serikat, Singapura, dan Indonesia” oleh Hamid Chalid dan Arief Ainul Yaqin. Isu pernikahan sesama jenis telah memperhadapkan dua kutub pemikiran yang saling bertentangan, yakni mereka yang mendukung dan menolak. Perdebatan dan pertarungan ide di antara dua kutub pemikiran itu terjadi baik intra maupun inter komunitas budaya, agama, dan negara. Faktor agama menjadi unsur dominan dalam banyak kasus penolakan LGBT dan pernikahan sesama jenis, yakni bahwa agama-agama besar di dunia ini Seperti Islam, Kristen, Hindu, dan Budha pada prinsipnya menolak LGBT dan pernikahan sesama jenis. LGBT dan pernikahan sesama jenis bukanlah suatu fenomena atau hak yang diterima dan diakui di semua negara, lingkungan budaya, dan agama. Sebab fenomena tersebut memang tidak memiliki nilai universal yang diterima pada semua ruang dan waktu layaknya hak asasi manusia yang bersifat universal lainnya seperti hak untuk hidup, hak untuk bebas bebas dari penyiksaan, hak untuk memeluk agama /keyakinan dan lain sebagainya.

Artikel kedelapan berjudul “Menimbang Model Pengujian Keputusan Pejabat Publik oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (Studi Perbandingan Indonesia dan Korea Selatan)” oleh Yunita Nurwulantari dan Anna Erliyana. Pengujian keputusan pejabat publik di Indonesia yang selama ini sepenuhnya menjadi kewenangan Peradilan Tata Usaha Negara sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman, seharusnya juga mulai dipertimbangkan untuk dapat diuji melalui mekanisme pengaduan konstitusional

(*constitutional complaint*) yang tentunya terlebih dahulu ditambahkan dalam kewenangan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MKRI). Berkaca dari sistem peradilan Korea Selatan yang juga menjadikan keputusan pejabat publik sebagai salah satu objek pengaduan konstitusional yang dapat dilakukan oleh perseorangan kepada Mahkamah Konstitusi Korea Selatan. Penambahan kewenangan untuk menguji dan memutus perkara pengaduan konstitusional ini seharusnya dimungkinkan dalam rangka menjalankan fungsi Mahkamah Konstitusi sebagai pengawal konstitusi sebagaimana diimplementasikan pada negara-negara yang menerapkan prinsip supremasi konstitusi.

Selanjutnya artikel yang berjudul “Implikasi Omnibus Law terhadap Hak Konstitusional Atas Lingkungan Hidup Yang Sehat” oleh Ahmad Gelora Mahardika menyoroti implikasi omnibus law terhadap hak konstitusional warga negara atas lingkungan hidup yang bersih dan sehat. Tindakan penghapusan kewajiban amdal pada dasarnya sebagai upaya pemerintah untuk memberikan kemudahan izin usaha (*ease of doing bussiness*). Namun upaya pemerintah tersebut bertolak belakang dengan semangat pembangunan berkelanjutan (*sustainable development and goals*) atau yang lebih dikenal dengan SDGs yang mana menempatkan lingkungan sebagai bagian integral dari pembangunan. Selain itu mengacu pada Pasal 28H ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945, hak atas lingkungan hidup yang sehat dan bersih adalah hak asasi dan hak konstitusional warga negara yang harus dijaga dan tidak boleh dikurangi sedikit pun oleh negara, baik itu melalui peraturan pemerintah ataupun melalui omnibus law. Pemerintah harus meninjau kembali Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2018 tentang Pelayanan Perizinan Berusaha Terintegrasi Secara Elektronik yang memberikan kesempatan bagi pemilik usaha untuk mendapatkan izin usaha dengan komitmen sebelum mendapatkan izin lingkungan berupa amdal dan ukl-upl, karena norma yang diatur dalam peraturan tersebut mempunyai semangat yang kontradiktif dengan perlindungan lingkungan yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang PPLH.

Artikel terakhir berjudul “Kedudukan Hukum Masyarakat Adat Serta Hak-Hak Konstitusional terhadap Sanksi Adat di Kabupaten Boalemo Provinsi Gorontalo” oleh Lisnawaty W. Badu, Julisa Aprilia Kaluku, dan Abas Kaluku. Pemberian sanksi adat terhadap masyarakat adat yang ada di Kabupaten Boalemo, Provinsi Gorontalo sering menimbulkan persoalan. Pemberian sanksi adat tanpa disertai regulasi yang jelas akan menimbulkan akibat hukum dikemudian hari. Padahal pemenuhan hak-hak konstitusional terhadap masyarakat adat sudah diberikan oleh negara sepenuhnya dalam Pasal 18B ayat (2), dan Pasal 28I ayat (3) UUD 1945, yang merupakan amanat dari negara yang diberikan kepada daerah. Ketentuan tersebut yang paling sering dirujuk ketika membicarakan mengenai keberadaan dan hak-hak masyarakat hukum adat sebagai subjek penyandang hak yang menjadi isu sentral dalam pelaksanaan perlindungan hak konstitusional masyarakat adat yang ada di Kabupaten Boalemo,

Provinsi Gorontalo. Kedudukan hukum adat beserta sanksi adatnya masihlah utuh dan teguh dipertahankan masyarakat Indonesia yang seharusnya menjadi perhatian negara terutama untuk memenuhi hak-hak konstitusional masyarakat adat. Namun, sanksi adat yang diberlakukan oleh desa ini, tidak diperkuat dalam sebuah peraturan daerah, sehingga hak-hak konstitusional yang harusnya menjadi semangat otonomi suatu daerah, untuk memberikan suatu keadilan dalam sebuah peradilan hanya diselesaikan dengan jalan musyawarah, yang tentunya tidak mendapatkan kepuasan dari Sebagian pihak yang bertikai.

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

Idul Rishan

Konsep Pengujian Formil Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi

Jurnal Konstitusi Vol. 18 No. 1 hlm. 001-021

Studi ini difokuskan pada konsep pengujian formil undang-undang di Mahkamah Konstitusi. Riset ini bertujuan untuk memperoleh dua hal. *Pertama*, alasan kebutuhan uji formil di Mahkamah Konstitusi. *Kedua*, menawarkan konsep pengujian formil undang-undang di mahkamah konstitusi. Metode riset merupakan penelitian hukum doktriner dengan basis data sekunder. Hasil penelitian menunjukkan; (1) tiga hal yang menjadi alasan faktual kebutuhan uji formil dalam praktik pengujian di Mahkamah Konstitusi. *Pertama*, alasan konsepsi pengujian, *kedua*, perkembangan demokrasi dan *ketiga*, kebutuhan praksis. (2) Hasil penelitian ini membantah persepsi yang menyatakan bahwa uji formil tidak memiliki titik koordinat yang jelas dalam undang-undang dasar. Dengan menggunakan pendekatan Rubenfeld, undang-undang dasar juga mengakomodir perlindungan hak konstitusional warga negara dalam *due process of law making*.

Kata Kunci : Uji Formil, Mahkamah Konstitusi.

Idul Rishan

The Concept of Judicial Review of the Legislative Process in the Constitutional Court

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 18 No. 1

This study focuses on the concept of judicial review of the legislative process in the Constitutional Court. There are two research objectives to be obtained. First, the reasons for the need for judicial review of the legislative process in the Constitutional Court. Second, to offer the concept of judicial review of the legislative process in the Constitutional Court. This doctrinal legal research uses secondary data. The results of this research show that there were three factual reasons for the need for judicial review of the legislative process in the Constitutional Court. First, related to the reasons for the conception of the review. Second, the development of democracy. Third, the need for praxis. The results of this research refute the perception that judicial review of the legislative process does not have an obvious coordinate point under the constitution. Using the Rubenfeld approach, the constitution also accommodates the protection of the citizens' constitutional rights in the due process of law-making.

Key Words: *Judicial Review of Legislative Process, Constitutional Court.*

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

Mohamad Rifan dan Liavita Rahmawati

Konstitusi Desa dan Eksistensinya dalam Regulasi di Indonesia

Jurnal Konstitusi Vol. 18 No. 1 hlm. 022-043

Herman Heller memaknai bahwa Konstitusi hakikatnya mengalami 3 (tiga) tahap: yakni konstitusi sebagai kenyataan; konstitusi dalam proses abstraksi; dan konstitusi dalam kodifikasi. Suatu konstitusi yang telah melewati siklus kodifikasi merupakan cermin bahwa ia telah menemukan wujud dan posisinya sebagai suatu kenyataan kehidupan sosial-politik dalam masyarakat, atau setidaknya konstitusi tersebut dapat menggambarkan konsep fundamental dari sebuah negara atas mapannya pemikiran masyarakat. Memaknai pemahaman tersebut, konteks perumusan konstitsusi sebagai abstraksi daripada nilai yang hidup dinamis di masyarakat (hukum dan perubahan masyarakat), khususnya masyarakat desa pada masa reformasi yang mengalami pergeseran signifikan karena kesalahan abstraksi pada konstitusi. Memposisikan desa sebagai salah satu sub-sistem pemerintahan yang telah eksis di masa Negara Nusantara (sebelum Indonesia), tercetus menjadikan desa telah memposisikan konstitusi pada masa tersebut tanpa melewati tahap abstraksi hingga kodifikasi. Sehingga bentuk konstitusi sebagai hukum yang terdapat didalamnya bersandar pada ketentuan ketuhanan (hukum alam) jauh dari presepsi nilai yang dibangun pada skema rasionalitas dan logika peraturan. Melalui metode penelitian yuridis normative dan 3 (tiga) pendekatan: sejarah (*Historical approach*), konseptual (*conseptual approach*), dan perundang-undangan (*statue approach*). Tujuan penelitian ini adalah untuk menelusuri makna konstitusi desa sebagai satu kesatuan kenyataan masyarakat desa dengan menganalisis konteks kesejarahan serta hal-hal yang melatarbelakangi kecenderungan presepsi masyarakat desa sebelum konstitusi melewati tahap kodifikasi dan eksistensi dari konstitusi desa itu sendiri dalam peraturan perundang-undangan yang tercermin dalam Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa.

Kata kunci: Abstraksi, Konstitusi, Desa.

Mohamad Rifan dan Liavita Rahmawati

The Village Constitution and Its Existence in Indonesian Regulation

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 18 No. 1

Herman Heller means that the constitution has 3 (three) phases: the constitution as a reality; the constitution in the abstraction process; and the constitution in codification. A constitution that has passed through the codification cycle is a mirror that it has found its existence and its position as a reality of socio-political life in society, or at least the constitution can describe the concept of Fundamental of a country's community-thinking society. To interpret the understanding, the context of the Constituent Assembly as an abstraction of the value of dynamic living in the community (law and change of society), especially the village community in the period of reform that has undergone significant shifts because of abstraction errors on the constitution. Positioning the village as one of the sub-systems governance that has existed during the state of the archipelago (before Indonesia), the village has positioned the constitution at that time without passing the abstraction to codification. Thus the form of the constitution as the law contained therein rests on the provisions of the Godhead (natural law) far from the conception of value built on the rationality schemes and regulatory logic. Through normative juridical research methods and 3 (three) approaches: Historical approach, conceptual approach, and statue approach, the purpose of this research is to trace the significance of the village constitution as a unity of the village society's reality by analyzing the context of historical and the things that are behind the trend of the conception of village society before the constitution passed the codification phase and the existence of the village constitution itself in regulations reflected in the law of the Republic of Indonesia number 6 the year 2014 about the village.

Keywords: *Abstraction, Constitution, The Village.*

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

Alboin Pasaribu dan Intan Permata Putri

Prospek Penjatuhan Putusan Provisi dalam Perkara Pengujian Undang-Undang

Jurnal Konstitusi Vol. 18 No. 1 hlm. 044-065

Permohonan provisionil atau provisi tidak lazim dalam perkara pengujian konstusionalitas undang-undang. Tulisan ini hendak mencari dasar diajukannya permohonan provisi dan pola penjatuhan putusan terhadap permohonan provisi. Hasil penelitian menunjukkan ada tiga hal yang menjadi dasar diajukannya permohonan provisi, yaitu: (i) terdapat dugaan perbuatan pidana dalam pembentukan undang-undang yang dimohonkan pengujiannya; (ii) melindungi hak-hak konstusional pemohon yang sangat terancam dan tidak dapat dipulihkan dalam putusan akhir; dan (iii) mendesaknya waktu untuk segera mendapatkan putusan hakim sebelum penyelenggaraan pemilihan, khususnya berkenaan dengan hak memilih dan dipilih. Ditinjau dari saat penjatuhannya, terdapat tiga pola putusan atas permohonan provisi, yaitu (i) dijatuhkan tatkala proses pemeriksaan perkara sedang berlangsung dan dituangkan secara tertulis sebelum menjatuhkan putusan akhir; (ii) diucapkan secara lisan di dalam persidangan ketika proses pemeriksaan perkara sedang berlangsung dan kemudian ditegaskan kembali secara tertulis dalam putusan akhir; dan (iii) diputus secara bersamaan dengan pokok permohonan di dalam putusan akhir.

Kata kunci: Permohonan Provisi, Pengujian Undang-Undang, Putusan Mahkamah Konstitusi.

Alboin Pasaribu dan Intan Permata Putri

Prospect for Granting Provisional Decisions in Judicial Review

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 18 No. 1

Provisional petition is not common in judicial review cases. This paper seeks to find the basis for submitting a provisional petition and the pattern of ruling on the provisional petition. The results showed that there were three things that became the basis for the petition for provisions, namely: (i) there were allegations of criminal acts in the formation of the law that was petitioned for review; (ii) protecting the constitutional rights which are seriously threatened and cannot be restored in the final judgment; and (iii) the urgent need for time to obtain a judge's decision before the election, especially with regard to the right to vote and be elected. There were three pattern of rendering decisions on provisional petition, namely (i) dropped when the case examination process is ongoing and stated in writing before making the final decision; (ii) pronounced orally in court when the case examination process is ongoing and then reaffirmed in writing in the final decision; and (iii) decided simultaneously with the subject matter of the petition in the final judgment.

Keywords: *Provisional Petition, Judicial Review, Constitutional Court Decision.*

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

Mohamad Mova Al'afghani dan Bisariyadi

Konsep Regulasi Berbasis Risiko: Telaah Kritis dalam Penerapannya pada Undang-Undang Cipta Kerja

Jurnal Konstitusi Vol. 18 No. 1 hlm. 066-090

Undang-Undang Cipta Kerja menekankan pada kemudahan untuk melakukan usaha. Salah satu hal yang menjadi perhatian adalah penyederhanaan perizinan berusaha. Konsep Regulasi Berbasis Risiko menarik bagi program penyederhanaan perizinan karena diasumsikan bahwa penerapannya dapat mengurangi jumlah perizinan. Namun, penerapan analisis resiko untuk menapis izin merupakan sesuatu yang berbeda dengan penerapan konsep Regulasi Berbasis Risiko di negara-negara lain. Selain itu, penerapan regulasi berbasis risiko juga perlu memperhatikan kritik yang tidak terakomodasi dalam Undang-Undang. Tulisan ini menjabarkan 4 (empat) kritik atas penerapan regulasi berbasis risiko dalam Undang-Undang Cipta Kerja, yaitu (i) format omnibus merencanakan penilaian risiko, (ii) risiko volatilitas belum dipertimbangkan, (iii) risiko sistemik belum dipertimbangkan serta (iv) potensi "regulatory capture". Secara konseptual, penerapan regulasi berbasis risiko memantik diskursus akademik mengenai pengertian regulasi secara luas yang telah jauh berkembang dari pemaknaan sempit dalam wacana akademik di Indonesia yang mendefinisikannya sebatas peraturan perundang-undangan semata.

Kata kunci: Regulasi, Regulasi Berbasis Risiko, Undang-Undang Cipta Kerja, Omnibus.

Mohamad Mova Al'afghani dan Bisariyadi

Risk Based Regulation: Critique to Its Adoption in the Job Creation Law

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 18 No. 1

The Law on Job Creation emphasizes the ease of doing business. One of the things that is of concern is the simplification of business permit. The concept of risk-based regulation is attractive to simplify the programs due to the assumption that it may cut off a number of licenses. However, the application of risk analysis to screen permits is something different from other countries. In addition, the application of risk-based regulations also needs to pay attention to the critique that is not accommodated in the Law. This paper describes 4 (four) critiques of the application of risk-based regulation in the Law, (i) the omnibus format confuses risk assessment, (ii) volatility risk has not been considered, (iii) systemic risk has not been considered and (iv) potential "regulatory capture". Conceptually, the application of risk-based regulation has sparked an academic discourse regarding the broad understanding of regulation that has evolved far from the narrow meaning in academic discourse in Indonesia which defines it only as a statutory regulation.

Keywords: Regulation, Risk Based Regulation, Job Creation Law, Omnibus.

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

King Faisal Sulaiman

Polemik Fungsi Sosial Tanah dan Hak Menguasai Negara Pasca UU Nomor 12 Tahun 2012 dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 50/PUU-X/2012

Jurnal Konstitusi Vol. 18 No. 1 hlm. 091-111

Riset ini mengkaji pertama, aspek pembentukan UU No.2/2012. Kedua, tafsir makna pembangunan untuk kepentingan umum. Ketiga, proses ganti kerugian pelepasan hak atas tanah untuk pembangunan. Terakhir, polemik putusan MK No. 50/PUU-X/2012. Temuan riset menunjukkan, aspek prosedural pembentukan UU No. 2/2012, belum sesuai kaidah pembentukan peraturan perundangan yang berlaku. Begitu pula, konsepsi makna kepentingan umum dan proses ganti rugi atas tanah masih jauh dari spirit UUPA Jo Pasal 33 UUD 1945. Pasca putusan MK, perlu *legislatif review* UU No. 2/2012, untuk mendekonstruksi makna “fungsi sosial tanah” agar sesuai falsafah Pasal 33 UUD 1945 dan UUPA. DPR harus segera menyelesaikan RUU Pembaruan dan Penataan Struktur Agraria, RUU Penyelesaian Konflik Agraria, dan RUU Pengelolaan Sumber daya Alam, sebagai amanat Tap MPR No. IX/2001 Jo Tap MPR No. V/2003. Pembangunan untuk kepentingan umum, harus diletakkan dalam spirit fungsi sosial tanah dan reformasi agraria demi mencapai kemakmuran yang sebesar-besarnya bagi rakyat.

Kata kunci : Fungsi Sosial Tanah, Hak Menguasai Negara, UU Nomor 2/ 2012, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 50/PUU-X/2012

King Faisal Sulaiman

Polemic of Land Social Function and State Control Rights Post Law Number 12 Year 2012 and Constitutional Court Decision Number 50/PUU-X/2012

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 18 No. 1

This study examines, Firstly, aspects of the formation of Law Num. 2/2012. Secondly, interpretation of the meaning of development in the public interest. Thirdly, the compensation process for the release of land rights for development. Finally, polemic of MK's Decision Num. 50/PUU-X/2012. The findings show, procedural aspects of the formation of Law Num. 2/2012, is not in accordance with the rules for the formation of applicable laws. Likewise, the meaning conception of the public interest and the process of compensation for land is still far from the spirit of the Law Num. 5 of 1960 (UUPA) Jo Article 33 of the 1945 Constitution. The Post of MK's Decision Num. 50/PUU-X/2012, there needs to be a legislative review of Law Num. 2/2012, to deconstruct the meaning of “social function of the land” to conform to the philosophy of Article 33 of the 1945 Constitution and the Law Num. 5 of 1960 (UUPA). The Parliament must immediately complete the Agrarian Structure Renewal and Arrangement Bill, the Agrarian Conflict Resolution Bill, and the Natural Resource Management Bill, as mandated by MPR Decree Num. IX/2001 Jo Tap MPR Num. V/2003. Development in the public interest, must be placed in the spirit of social and agrarian reform in order to achieve maximum prosperity for the people.

Keywords: *Social Function of Land, State Control Rights, Law Number 2 of 2012, Constitutional Court Decision Number 50/PUU-X/2012*

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

Made Oka Cahyadi Wiguna

Pemikiran Hukum Progresif untuk Perlindungan Hukum dan Kesejahteraan Masyarakat Hukum Adat

Jurnal Konstitusi Vol. 18 No. 1 hlm. 112-137

Dewasa ini masih banyak terjadi permasalahan-permasalahan terhadap eksistensi dan hak-hak tradisional masyarakat hukum adat. Berbagai permasalahan tersebut cenderung menempatkan masyarakat hukum adat pada posisi yang lemah dan termarginalkan. Bukannya tanpa sebab, hal tersebut dikarenakan tidak samanya persepsi seluruh pihak terkait, dalam memosisikan tanah adat dan masyarakat hukum adat dalam konteks hidup berbangsa dan bernegara berlandaskan Pancasila dan konstitusi. Permasalahan yang akan dibahas dalam tulisan ini adalah mengenai bagaimana mewujudkan perlindungan hukum yang progresif terhadap eksistensi masyarakat hukum adat untuk mewujudkan kesejahteraannya. Tulisan ini akan menggunakan metode pendekatan konseptual, yaitu konsep Pancasila sebagai sumber ide dalam memberikan perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat. Selanjutnya juga menggunakan pendekatan konseptual dari pemikiran hukum progresif. Adanya status *quo* dalam memberikan perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat yang cenderung bersifat statis, bersyarat dan legalistik yang selama ini dilakukan. Perlindungan hukum lebih banyak berkuat pada soal bagaimana kriteria mengenai masyarakat hukum adat yang akan diakui. Seharusnya Negara berani melakukan terobosan-terobosan kebijakan dan hukum untuk memberikan perlindungan hukum tersebut berbasis pada pembinaan dan pemberdayaan. Terobosan kebijakan dan hukum tersebut dapat mengacu pada pemikiran hukum progresif, yang memosisikan hukum untuk manusia dengan tujuan memberikan keadilan, kesejahteraan dan kebahagiaan bagi masyarakat hukum adat berdasarkan Pancasila dan UUD 1945.

Kata Kunci : Pancasila, Hukum Progresif, Masyarakat Hukum Adat

Made Oka Cahyadi Wiguna

The Thoughts of Progressive Law for Legal Protection and Welfare of Indigenous Peoples

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 18 No. 1

Today there are still many problems with the existence and traditional rights of indigenous and tribal peoples. These problems tend to place the indigenous and tribal peoples in a weak and marginalized position. Not without reason, it is due to the unequal perception of all related parties, in positioning customary land and indigenous peoples in the context of national and state life based on Pancasila and the Constitution. The issue that will be discussed in this paper is about how to realize progressive legal protection of the existence of indigenous and tribal peoples to realize their welfare. This paper will use the conceptual approach method, namely the Pancasila concept as a source of ideas in providing legal protection to indigenous and tribal peoples. Furthermore, it also uses a conceptual approach from thought of progressive law. The existence of the status quo in providing legal protection to indigenous and tribal peoples which tends to be static, conditional and legalistic which has been done so far. Legal protection is more concerned with how the criteria regarding indigenous and tribal peoples will be recognized. The state should have dared to make policy and legal breakthroughs to provide legal protection based on guidance and empowerment. These policy and legal breakthroughs can refer to thought of progressive law, which positions the law for humans with the aim of providing justice, welfare and happiness for indigenous and tribal peoples based on Pancasila and the 1945 Constitution.

Keywords : *Pancasila, Progressive Law, Indigenous Peoples*

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

Hamid Chalid dan Arief Ainul Yaqin

Perdebatan dan Fenomena Global Legalisasi Pernikahan Sesama Jenis: Studi Kasus Amerika Serikat, Singapura, dan Indonesia

Jurnal Konstitusi Vol. 18 No. 1 hlm. 138-167

Isu mengenai pernikahan sesama jenis adalah isu internasional yang sangat kontroversial dewasa ini. Isu ini telah menggiring masyarakat dunia yang berasal dari berbagai lingkungan budaya, agama, dan negara ke dalam perdebatan yang membelah pemikiran dan sikap mereka; apakah pernikahan sesama jenis harus dilegalkan atau justru dilarang? Mengenai hal itu negara-negara di dunia berbeda sikap antara yang satu dengan yang lainnya, ada yang melegalkannya, ada yang melarang dan mengkriminalisasikannya, dan ada juga negara yang tidak memiliki hukum yang tegas dan spesifik apakah melegalkan atau melarangnya. Oleh karena terdapat pandangan yang berbeda antara satu negara dengan negara lainnya dalam menyikapi fenomena pernikahan sesama jenis maka penelitian ini akan mencari jawaban dan kesimpulan atas pertanyaan krusial berikut ini: apakah pernikahan sesama jenis merupakan hak asasi manusia yang bersifat universal sehingga semua negara harus mengakui dan melegalkannya? Hasil penelitian ini ternyata menunjukkan bahwa pernikahan sesama jenis bukanlah suatu fenomena atau hak yang dapat diterima dan diakui di semua negara, lingkungan budaya, dan agama. Oleh karena itu pernikahan sesama jenis tidak memenuhi syarat untuk dikatakan sebagai hak asasi manusia yang bersifat universal yang mutlak harus diakui, diterima, dan dipenuhi oleh semua negara di dunia. Karenanya, kebijakan untuk melegalkan atau melarang pernikahan sesama jenis sepenuhnya merupakan pilihan politik hukum yang bersifat terbuka dan bebas dipilih oleh tiap-tiap negara berdaulat. Tidak ada kewajiban menurut hukum internasional untuk melegalkan atau melarangnya karena hal tersebut bukan merupakan standar hak asasi manusia dan standar moral yang bersifat universal yang dapat dipaksakan pengakuan dan pemenuhannya pada setiap negara.

Kata Kunci: Legalisasi, Kriminalisasi, Pernikahan Sesama Jenis, Hak Asasi Manusia, Universal.

Hamid Chalid dan Arief Ainul Yaqin

The Global Debate and Phenomenon of Same Sex Marriage Legalization: Case Studies of the United States, Singapore and Indonesia

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 18 No. 1

Same sex marriage is currently an international and controversial issue. The issues drive people from around the world, with different culture, religion, and countries into a dividing debate: is same-sex marriage needs to be legalized or banned? The debates brought some countries in different stances, some legalize, some ban and criminalize, and some without clear or specific rules in banning or legalizing it. Due to the differences found between countries, this research aims to provide answer and conclusion to this crucial question: is same-sex marriage is a universal human rights, in which countries should recognize and legalize it? The results of this study show that same-sex marriage is not a phenomenon or a right that can be accepted and recognized in all countries, cultural settings, and religions. Therefore same-sex marriage does not fulfill the requirements to be said as a universal human right which absolutely must be recognized, accepted, and fulfilled by all countries (without exceptional) in the world. Therefore, the policy to legalize or prohibit same-sex marriage is entirely an open legal policy which can be freely chosen by each sovereign state. There is no obligation under international law to legalize or prohibit that matter because it is not a universal human rights and moral standard which can be enforced recognition and fulfillment in every country.

Keyword: *Legalization, Criminalization, Same-Sex Marriage, Human Rights, Universal.*

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

Yunita Nurwulantari dan Anna Erliyana

Menimbang Model Pengujian Keputusan Pejabat Publik oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (Studi Perbandingan Indonesia dan Korea Selatan)

Jurnal Konstitusi Vol. 18 No. 1 hlm. 168-194

Pengujian keputusan pejabat publik di Indonesia yang selama ini menjadi kewenangan Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN) seharusnya dapat dilakukan melalui mekanisme pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) yang ditambahkan dalam kewenangan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MKRI). Hal ini disebabkan semua pejabat publik berpotensi untuk melakukan perbuatan yang melanggar atau merugikan hak-hak konstitusional warga negara yang dijamin dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Penambahan kewenangan untuk menguji dan memutus perkara pengaduan konstitusional ini seharusnya dimungkinkan dalam rangka menjalankan fungsi Mahkamah Konstitusi sebagai pengawal konstitusi sebagaimana diimplementasikan pada negara-negara yang menerapkan prinsip supremasi konstitusi, salah satunya adalah sebagaimana yang diterapkan dalam Mahkamah Konstitusi Korea Selatan. Sekalipun Korea Selatan memiliki peradilan administrasi yang juga memiliki kewenangan untuk melakukan pengujian keputusan pejabat publik, namun Korea Selatan masih membuka ruang bagi warga negaranya untuk melakukan pengaduan konstitusional di Mahkamah Konstitusi Korea apabila terdapat keputusan pejabat publik yang dinilai merugikan dan melanggar hak konstitusional warga negara yang telah dijamin dalam konstitusi. Dengan demikian, manakala seluruh upaya hukum (*legal remedy*) atas pelanggaran hak konstitusional akibat dikeluarkannya suatu keputusan pejabat publik, telah dilakukan (*exhausted*), namun pelanggaran tetap terjadi, maka adanya mekanisme pengaduan konstitusional menjadi kebutuhan untuk memberikan perlindungan yang maksimum atas hak konstitusional warga negara. Oleh karenanya, penambahan kewenangan untuk mengadili dan memutus perkara pengaduan konstitusional itupun juga tidak dapat dipisahkan dari kewenangan Mahkamah Konstitusi.

Kata kunci: *Pengujian Keputusan Pejabat Publik, Pengadilan Tata Usaha Negara, Pengaduan Konstitusional, Mahkamah Konstitusi*

Yunita Nurwulantari dan Anna Erliyana

Considering the Model of Review of Public Official Decisions by the Constitutional Court of the Republic of Indonesia (Comparative Study of Indonesia and South Korea)

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 18 No. 1

Testing public officials decision in Indonesia, which has been the authority of the State Administrative Court (PTUN) should be done through a constitutional complaint mechanism, written under the authority of the Constitutional Court of the Republic of Indonesia (MKRI). This is due to all public officials have the potential to perform acts that violate or harm the constitutional rights of citizens as guaranteed in the 1945 Constitution (UUD 1945). This additional authority to examine and decide cases of constitutional complaints should be possible in the framework of carrying out the functions of the Constitutional Court as the guardian of the constitution as implemented in countries that apply the principle of constitutional supremacy, one of which is as applied in the Constitutional Court of The South Korea. Even though South Korea has an administrative court which also has the authority to examine the decision of public officials, South Korea still open space for its citizens to file constitutional complaint in Constitutional Court of South Korea when there is a public official decision that harm and violating the constitutional rights of the citizens that have been guaranteed in constitution. Thus, when all legal remedy for violations of constitutional rights as a result of the issuance of public official decision has been exhausted, but violations still occur, then this constitutional complaint mechanism into the need to provides maximum protection and respect the constitutional rights of citizens. Therefore, the additional authority to examine and decide constitutional complaint can not be separated from the authority of the Constitutional Court.

Keywords: *Testing Public Officials Decision, State Administrative Court, Constitutional Complaint, Constitutional Court*

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

Ahmad Gelora Mahardika

Implikasi *Omnibus Law* terhadap Hak Konstitusional Atas Lingkungan Hidup yang Sehat

Jurnal Konstitusi Vol. 18 No. 1 hlm. 195-218

Salah satu tujuan dibentuknya *omnibus law* adalah untuk meningkatkan indeks kemudahan berusaha di Indonesia yang saat ini masih tertinggal jauh dengan negara lain. Salah satu upaya yang kemudian dilakukan oleh pemerintah adalah memangkas sejumlah perizinan yang salah satunya adalah izin lingkungan yaitu kewajiban untuk melengkapi dokumen amdal dan ukl-upl. Akan tetapi regulasi tersebut justru kontradiktif dengan semangat pembangunan berkelanjutan (SDGs) yang mana pembangunan harus sejalan dengan perlindungan lingkungan hidup. Tindakan tersebut juga berpotensi melanggar Pasal 28H ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 yang mewajibkan negara untuk memastikan terlindungnya hak konstitusional warga negara atas lingkungan hidup yang bersih dan sehat. Apalagi di negara-negara yang memperoleh indeks kemudahan usaha tertinggi seperti Denmark, Korea Selatan dan Amerika Serikat penerbitan dokumen amdal diwajibkan dan dilakukan secara ketat. Oleh karena itulah artikel ini akan mencoba melihat implikasi *omnibus law* terhadap hak konstitusional warga negara atas lingkungan hidup yang bersih dan sehat.

Kata kunci : Omnibus; Lingkungan; Konstitusional.

Ahmad Gelora Mahardika

Omnibus Law Implication Towards Constitutional Rights of Healthy Environment

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 18 No. 1

One of the goals of the formation of the omnibus law is to increase the index of ease of doing business in Indonesia, which is currently far behind other countries. One effort that was then carried out by the government was to cut down a number of permits, one of which was an environmental permit, namely the obligation to complete EIA and UKL-UPL documents. However, this regulation is actually contradictory to the spirit of sustainable development (SDGs) which development must be in line with environmental protection. The action also has the potential to violate Article 28H paragraph (1) of the 1945 Constitution which requires the state to ensure the protection of citizens' constitutional rights to a clean and healthy environment. Especially in countries that have the highest business ease indexes, such as Denmark, South Korea and the United States, the issuance of EIA documents is mandatory and is carried out strictly. Therefore this article will try to look at the implications of the omnibus law for citizens' constitutional rights to a clean and healthy environment.

Keywords : Omnibus; Environment; Constitutional.

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

Lisnawaty W. Badu, Julisa Aprilia Kaluku, dan Abas Kaluku

Perlindungan Hak-Hak Konstitusional Masyarakat Adat di Kabupaten Boalemo dalam Penerapan Sanksi Adat

Jurnal Konstitusi Vol. 18 No. 1 hlm. 219-239

Problematika terhadap masyarakat adat yang ada di Kabupaten Boalemo, Provinsi Gorontalo sering terjadi, terutama pada pemberian sanksi adat. Pemberian sanksi adat tanpa disertai regulasi yang jelas akan menimbulkan akibat hukum dikemudian hari. Padahal pemenuhan hak-hak konstitusional terhadap masyarakat adat sudah diberikan oleh negara sepenuhnya, sebagaimana yang terkandung dalam Pasal 18B ayat (2), dan Pasal 28I ayat (3) UUD 1945, dimana aturan ini merupakan amanat dari negara yang diberikan kepada daerah. Ketentuan tersebut yang paling sering dirujuk ketika membicarakan mengenai keberadaan dan hak-hak masyarakat hukum adat sebagai subjek penyandang hak yang menjadi isu sentral dalam pelaksanaan perlindungan hak konstitusional masyarakat adat yang ada di Kabupaten Boalemo, Provinsi Gorontalo. Berdasarkan hal tersebut, maka rumusan masalah dalam penelitian ini adalah bagaimana kedudukan hukum masyarakat adat serta pemenuhan hak-hak konstitusional terhadap sanksi adat khususnya yang terdapat di Kabupaten Boalemo, Provinsi Gorontalo yang diberikan oleh negara. Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif, sumber data utamanya adalah data sekunder, dengan menggunakan 2 metode pendekatan, yaitu *statute approach* dan *case approach*. Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa kedudukan hukum adat beserta sanksi adatnya masih utuh dan teguh dipertahankan masyarakat Indonesia yang seharusnya menjadi perhatian negara terutama untuk memenuhi hak-hak konstitusional masyarakat adat. Namun, sanksi adat yang diberlakukan oleh desa ini, tidak diperkuat dalam sebuah peraturan daerah, sehingga hak-hak konstitusional yang harusnya menjadi semangat otonomi suatu daerah, untuk memberikan suatu keadilan dalam sebuah peradilan hanya diselesaikan dengan jalan musyawarah, yang tentunya tidak mendapatkan kepuasan dari Sebagian pihak yang bertikai.

Kata Kunci: Hak Konstitusional, Masyarakat Adat, Sanksi Adat.

Lisnawaty W. Badu, Julisa Aprilia Kaluku, and Abas Kaluku

The Protection of Constitutional Rights for Indigenous People in Boalemo District in the Implementation of Customary Sanctions

The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 18 No. 1

Problems with indigenous people in Boalemo district, Gorontalo Province often occur, especially the issues about the imposition of customary sanctions. Imposing customary sanctions without clear regulations will absolutely cause legal consequences in the future. Even though constitutional rights for indigenous people is already granted by the government as stated in article 18B paragraph (2), and Article 28 I paragraph (3) of The 1945 Constitution Of Republic Indonesia. This regulation is a mandate from the state and given to the regions. This regulation is often referred when discussing the existence and rights of indigenous peoples and become a crucial issues when it comes to the implementation of the protection of the constitutional rights for indigenous peoples in Boalemo district Gorontalo Province. Therefore, This research aims to analyze the Legal standing for indigenous people and constitutional rights for customary sanctions in Boalemo district Gorontalo Province. This normative research utilized secondary data as research and used statute approach and case approach. The results of the study discover that the customary law and the imposition of customary sanctions are still maintained and implemented in Indonesia. Government should more concern about constitutional rights compliance for indigenous people. However, the imposition of customary sanctions are not regulated in a regional regulation. So the constitutional rights which should become the spirit for regional autonomy to provide justice in a judiciary are only resolved by way of deliberation, This can not give the satisfaction for some parties.

Keywords: *Legal Standing, Indigenous People, Constitutional Rights, Customary Sanctions.*

Konsep Pengujian Formil Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi

The Concept of Judicial Review of the Legislative Process in the Constitutional Court

Idul Rishan

Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia
Jl. Taman Siswa Nomor 158 Yogyakarta
E-Mail: idul.rishan@uii.ac.id

Naskah diterima: 25-04-2020 revisi: 18-07-2020 disetujui: 17-03-2021

Abstrak

Studi ini difokuskan pada konsep pengujian formil undang-undang di Mahkamah Konstitusi. Riset ini bertujuan untuk memperoleh dua hal. *Pertama*, alasan kebutuhan uji formil di Mahkamah Konstitusi. *Kedua*, menawarkan konsep pengujian formil undang-undang di mahkamah konstitusi. Metode riset merupakan penelitian hukum doktriner dengan basis data sekunder. Hasil penelitian menunjukkan; (1) tiga hal yang menjadi alasan faktual kebutuhan uji formil dalam praktik pengujian di Mahkamah Konstitusi. *Pertama*, alasan konsepsi pengujian, *kedua*, perkembangan demokrasi dan *ketiga*, kebutuhan praksis. (2) Hasil penelitian ini membantah persepsi yang menyatakan bahwa uji formil tidak memiliki titik koordinat yang jelas dalam undang-undang dasar. Dengan menggunakan pendekatan Rubinfeld, undang-undang dasar juga mengakomodir perlindungan hak konstitusional warga negara dalam *due process of law making*.

Kata Kunci : Uji Formil, Mahkamah Konstitusi.

Abstract

This study focuses on the concept of judicial review of the legislative process in the Constitutional Court. There are two research objectives to be obtained. First, the reasons for the need for judicial review of the legislative process in the Constitutional Court. Second, to offer the concept of judicial review of the legislative process in the Constitutional Court. This doctrinal legal research uses secondary data. The results of this research show that there were three factual reasons for the need for judicial review of the legislative process in the Constitutional Court. First, related to the reasons for the conception of the review. Second, the development of democracy. Third, the need for praxis. The results of this research refute the perception that judicial review of the legislative process does not have an obvious coordinate point under the constitution. Using the Rubinfeld approach, the constitution also accommodates the protection of the citizens' constitutional rights in the due process of law-making.

Key Words: *Judicial Review of Legislative Process, Constitutional Court.*

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Sejarah panjang mengenai pengujian produk legislasi oleh sebuah lembaga peradilan (*judicial review*) berawal dari Amerika Serikat dalam perkara Marbury versus Madison¹ di tahun 1803. Konsep itu kemudian dikembangkan oleh Kelsen dalam pembentukan peradilan khusus konstitusional di Austria tahun 1920. Indonesia kemudian mengimplementasikan konsep tersebut pada era transisi politik di tahun 2001² melalui perubahan ketiga Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUDNRI Tahun 1945).³ Dalam pandangan Arjomand, kedekatan hubungan antara pelembagaan Mahkamah Konstitusi (MK) dan transisi politik merupakan bentuk rekonstruksi atas percepatan kebutuhan demokrasi. MK hadir guna mewujudkan era konstitusionalisme⁴ baru yang mengedepankan aspek perlindungan Hak Asasi Manusia (HAM).⁵

¹ Dalam tradisi pengujian, Amerika Serikat tidak memberikan kewenangan judicial review secara atributif melalui konstitusinya, namun secara implisit menegaskan bahwa Mahkamah Agung mengadili berdasarkan konstitusi. Kasus ini sekaligus menjadi penanda sejarah praktik pengujian undang-undang pertama di dunia. Richard H Fallon, *The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitutional Law*, New York, Cambridge University Press, 2004, h. 10.

² Antoni Putra, "Dualisme Pengujian Peraturan Perundang-undangan", *Jurnal Legislasi* Vol 15 No.2 - Juli 2018, h. 69.

³ Lihat Pasal 24C UUDN RI Tahun 1945.

⁴ Konstitusionalisme didesain atas keinginan untuk membatasi kekuasaan pemerintah melalui pemisahan kekuasaan dan *judicial review*. Lihat Ruti Teitel, "Transitional justice and the Transformation of Constitutionalism" *Research Handbook in Comparative Constitutional Law*, Edited by Tom Ginsburg and Rosalind Dixon, USA, Edward Elgar Publishing, 2011, h. 96.

⁵ Said Amir Arjomand, "Constitutional Development and Political Reconstruction From Nation Building to New Constitutionalism" *Proceedings Constitutionalism and Political Reconstruction*, Volume 14 2007, Brill, Leiden, h. 12.

Secara singkat dapat dikatakan bahwa gagasan membentuk Mahkamah Konstitusi adalah upaya untuk menegakkan prinsip-prinsip negara hukum dan memberi perlindungan maksimum terhadap demokrasi dan hak-hak dasar warga negara.⁶ Dalam teorisasi Ginsburg, *judicial review* hadir guna membatasi besarnya kekuatan politik mayoritas yang ada di parlemen terhadap proses pembentukan undang-undang.⁷ Mekanisme *judicial review* diyakini akan mampu menjaga keseimbangan dalam pelaksanaan *checks and balances* antar cabang kekuasaan negara. Selain itu, *judicial review* menimbulkan prinsip *prudential* (kehati-hatian) bagi pembentuk undang-undang ketika membahas rancangan undang-undang.⁸

Dalam frasa lain, *judicial review* merupakan pengujian konstitusionalitas dari norma hukum yang lebih rendah terhadap norma yang lebih tinggi (*judicial review on the constitutionality of law*)⁹. Konstitusi (dalam hal ini Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia) hadir sebagai instrumen hukum yang nilainya sakral, yang berfungsi sebagai fondasi tatanan sosial dan politik bernegara.¹⁰ Sejalan dengan konsep Robert A. Carp dan Ronald Stidham yang menyatakan bahwa peran lembaga peradilan sangat signifikan dalam membenahi sistem politik guna menjaga hukum dan demokrasi.¹¹ Seperti halnya pasca transisi politik, produk legislasi DPR dan Pemerintah tidak jarang dibatalkan oleh MK akibat materi muatan undang-undang tersebut mencerminkan ketidakadilan dan ketidakpastian hukum.¹²

Dalam konsepsi pengujian, hak menguji dibagi menjadi dua bentuk. Hak menguji formal (*formele toetsubsrecht*) melihat keabsahan prosedur pembentukan rancangan undang-undang itu dilakukan. Kemudian kedua, hak menguji material (*materiele toetsingsrecht*), melihat kesesuaian materi muatan undang-undang terhadap norma yang lebih tinggi.¹³ Menariknya dalam tataran praktis, MK justru lebih dekat dengan praktik uji materil. Sampai dengan studi ini dilakukan, belum ada uji formil yang berhasil dikabulkan oleh MK. Jika merujuk preseden,¹⁴ uji formil

⁶ I Dewa G. Palguna, "Constitutional Question: Latar Belakang dan Praktik Di Negara Lain Serta Kemungkinan Penerapannya Di Indonesia", *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum*, No. 1 Vol. 17 Januari 2010, h. 3.

⁷ Tom Ginsburg, *Judicial Review in new Democracies: Constitutional Court in Asian Case*, Cambridge University Press, 2003, h. 21.

⁸ Saldi Isra, "Peran Mahkamah Konstitusi dalam Penguatan Hak Asasi Manusia Di Indonesia" *Jurnal Konstitusi*, Volume 11, Nomor 3, September 2014, h. 421.

⁹ Iwan Stariawan dan Tanto Lailam, "Open Legal Policy dalam Putusan Mahkamah Konstitusi dan Pembentukan Undang-Undang", *Jurnal Konstitusi*, Volume 16, Nomor 3, September 2019, h. 563.

¹⁰ Eoin Carolan, *The New Separation of Powers: Theory For The Modern State*, New York, Oxford University Press, 2009, h. 2

¹¹ Disarikan kembali oleh Fajar Laksono Soeroso, "Pembangkangan Terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi" *Jurnal Yudisial* Vol. 6 No. 3 Desember 2013, h. 228.

¹² Zainal Arifin Mochtar, "Antinomi dalam Peraturan Perundang-undangan di Indonesia" *Hasanuddin Law Review* Vol. 1 Issue 3, December 2015, h. 317.

¹³ Mohammad Mahrus Ali, "Konstitusionalitas dan Legalitas Norma dalam Pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar 1945", *Jurnal Konstitusi*, Volume 12, Nomor 1, Maret 2015, h. 176.

¹⁴ Dalam perkara UU MD3, Mahkamah telah berpendirian bahwa Mahkamah hanya akan menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 dan tidak dapat menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang dan Mahkamah hanya akan menggunakan UU atau peraturan perundang-undangan yang mengatur mekanisme atau formil prosedural yang mengalir dari delegasi kewenangan menurut konstitusi MK

pernah dilakukan pada UU No 17 Tahun 2014 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (UU MD3) dan UU No 3 Tahun 2009 Tentang Mahkamah Agung (UU MA). Dalam pertimbangan majelis di dua perkara sebelumnya, uji formil tidak begitu memiliki basis legitimasi yang kuat bagi MK. Kecenderungan ini terbaca karena prosedur pembentukan undang-undang tidak diatur di dalam UUD melainkan hanya melalui UU.

Dalam persepsi penulis MK telah membangun logika yang klise. Bahwa karena prosedur pembentukan UU tidak memiliki titik kordinat yang jelas dalam UUD, maka itu bukan menjadi tanggung jawab MK. Premis itu secara tidak langsung membuka lubang yang terus mengaga terhadap praktik pengujian di MK. Secara konseptual, tidak tepat kiranya jika MK menempatkan praktik pengujian formil dan materil secara diametral. Masing-masing kerangka pengujian itu tentu tidak dapat dimaknai secara terpisah.¹⁵ Meminjam istilah Bonime Blanc¹⁶ bahwa proses itu akan menentukan seberapa baik isinya.¹⁷ MK tentu dihadapkan pada dua pilihan. Bertahan pada interpretasi tekstualis, atau mendorong aktivitas penemuan hukum¹⁸ atas praktik uji formil undang-undang.

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang permasalahan yang dirumuskan oleh penulis, riset ini menawarkan dua rumusan masalah yang akan di jawab secara deskriptif analitif. Masing-masing rumusan masalah sebagai berikut: (1) Mengapa uji formil menjadi kebutuhan faktual dalam praktik pengujian di Mahkamah Konstitusi? (2) Bagaimana konsep pengujian formil undang-undang di Mahkamah Konstitusi?

C. Metode Penelitian

Studi ini merupakan penelitian hukum doktriner dengan menggunakan pendekatan perundang-undangan dan konseptual. Jenis data yang digunakan ialah data sekunder dan disajikan secara kualitatif.

memutuskan bahwa permohonan pemohon dalam pengujian formil tidak dapat diterima. Sementara dalam perkara pengujian UU MA, dalam pertimbangannya MK mengakui adanya cacat prosedur namun secara materil tidak menimbulkan persoalan hukum. Lihat Putusan MK Nomor 79/PUU- XII/2014, h. 171 dan Putusan MK Nomor 27/PUU-VII/2009, h. 93.

¹⁵ Jimly Asshiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia-Pasca Reformasi*, Jakarta, Bhuana Ilmu Populer (BIP), 2007, h. 590.

¹⁶ Bonime Blanc, kemudian diparafrese oleh Denny Indrayana, *Amandemen UUD 1945; Antara Mitos dan Pembongkaran*, Bandung, Mizan, 2007, h. 65.

¹⁷ Sebagai contoh di bidang legislasi, praktik legislasi merefleksikan begitu banyak problem terhadap kepatuhan prosedur. Mulai dari salah ketik, sampai dengan kepatuhan pemenuhan kuorum persetujuan pembentukan undang-undang. Menguat asumsi Perubahan Undang-Undang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi menabrak sejumlah aspek kepatuhan prosedur pembentukan undang-undang. Lihat permohonan Perkara Nomor 79/PUU-XVII/2019.

¹⁸ Roger Masterman, *The Separation of Power in The Contemporary Constitution*, New York, Cambridge University Press, 2011, h. 146.

PEMBAHASAN

1. Kebutuhan Uji Formil di Mahkamah Konstitusi

Ada semacam kekaburan persepsi bahwa Mahkamah Konstitusi (MK) cenderung lebih dekat dengan praktik uji materil di banding dengan uji formil. Mereka yang meyakini bersikeras bahwa praktik *judicial review* di MK lebih identik terhadap pengujian norma secara hierarkis, bukan terhadap uji validitas proses politik dalam fungsi legislasi. Tulisan ini akan memberikan preposisi ilmiah bahwa uji formil merupakan landasan bekerjanya uji materil. Ia bersifat interdeterminan, dan tidak bergerak secara diametral. Hasil penelitian menunjukkan, ada tiga hal yang menjadi alasan kebutuhan faktual uji formil di Mahkamah Konstitusi. *Pertama*, konsepsi pengujian, *kedua*, perkembangan demokrasi dan *ketiga*, kebutuhan praksis.

Pertama, alasan konsepsi pengujian. Jauh sebelum MK dibentuk, pengujian undang-undang telah menjadi wacana dalam risalah BPUPKI.¹⁹ Bahkan, studi yang pernah dilakukan Nasution terhadap aspirasi pemerintahan konstitusional di Indonesia²⁰ mencatatkan bahwa, ide *judicial review* yang dirumuskan oleh Konstituante tidak hanya merujuk pada konsepsi uji materil, melainkan juga uji formil.²¹ Sementara dalam praktik peradilan konstitusi, riset yang pernah dilakukan oleh Palguna terhadap pelanggaran hak-hak konstitusional warga negara membuktikan bahwa, negara-negara yang melembagakan peradilan konstitusi kerap memberikan jaminan perlindungan hak-hak warga negara dalam artian formil dan materil. Secara formil menilai perbuatan atau kelalaian pejabat publik dalam proses politik. Secara materil menilai isi undang-undang yang dihasilkan oleh parlemen.²²

¹⁹ Ide ini dipengaruhi oleh *the founding fathers* Indonesia dalam Sidang BPUPKI tanggal 15 Juli 1945 mendiskusikannya secara mendalam. Adalah Muhammad Yamin yang pertama sekali mengusulkan agar MA diberi kewenangan untuk "... membanding undang-undang...", demikian istilah Muhammad Yamin ketika itu. Dalam perdebatan di sidang BPUPKI, belum ada garis demarkasi apakah maksud pengujian itu merujuk pada konsep formil dan materil. Pengujian formil-materil pertama kali muncul pada sidang konstituante. Lihat Jimly Asshiddiqie, "Mahkamah Konstitusi dan Pengujian Undang-Undang" *Jurnal Ius Quia Iustum Nomor 27 Volume 11 September 2004*, h. 2

²⁰ Di saat itu, ide *judicial review* diletakkan pada kuasa Mahkamah Agung guna menjamin efektivitas jaminan HAM dalam penyelenggaraan pemerintahan. Ide itu diusulkan oleh Renda Sarengalo (Parkindo) dan Hermanu Kartodiredjo (PKI) dalam pembahasan di sidang konstituante. Lihat Adnan Buyung Nasution, 1995, *Aspirasi Pemerintahan Konstitusional di Indonesia: Studi Sosio Legal atas Konstituante 1956-1959*, Jakarta, Pustaka Utama Grafiti, 1995, h. 236.

²¹ Hak menguji formil adalah wewenang untuk menilai, apakah suatu produk legislatif seperti undang-undang telah sesuai dengan cara-cara (*procedure*) sebagaimana telah ditentukan diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku ataukah tidak. Sementara hak uji materil melihat kesesuaian substansi norma secara hierarkis. Hal tersebut dikarenakan kaidah hukum secara paralel terbagi antara kaidah formil dan materil. Lihat Sri Soemantri, *Hak Menguji Materil di Indonesia*, Bandung, Penerbit Alumni, 1986, h. 6. Kemudian dibandingkan dengan Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta, Konpres, 2006, h. 2.

²² Studi ini menunjukkan perlindungan konstitusional warga negara dapat dilakukan dengan melembagakan pengujian konstitusionalitas undang-undang maupun melalui pengaduan konstitusional. Studi ini juga memberikan garis demarkasi atas praktik dari masing-masing fungsi tersebut. Pengujian undang-undang menilai kesesuaian norma yang lebih rendah dengan norma yang lebih tinggi, sementara pengaduan konstitusional menilai perbuatan atau kelalaian pejabat publik dalam aktivitas penyelenggaraan pemerintahan. Meskipun dalam kasus di Jerman, pengujian undang-undang dapat menjadi objek pengaduan konstitusional secara bersamaan. Lihat I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan Konstitusional: Upaya Hukum Terhadap Pelanggaran Hak-Hak Warga Negara*, Jakarta, Sinar Grafika, 2013, h. 153.

Jika dianalisis lebih lanjut, pengujian konstusionalitas undang-undang dapat dilakukan dalam dua pola. *Pertama*, jika aktivitas proses politik dalam pembentukan undang-undang dianggap bertentangan dengan norma yang lebih tinggi (dalam hal ini UUD). *Kedua*, jika isi atau materi muatan ayat, pasal, dan atau bagian dari undang-undang bertentangan dengan norma yang lebih tinggi. Dua pola di atas melahirkan konsekuensi yang berbeda. Jika pengujian formal dikabulkan maka seluruh undang-undang tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat. Dalam logika yang paling awam, oleh karena aktivitas atau proses politik pembentukan undang-undang itu telah menabrak asas dan norma dasar konstitusi, maka undang-undang dapat dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi. Sementara dalam pengujian materil, jika dikabulkan maka hanya materi muatan pasal atau ayat yang dinyatakan bertentangan dengan konstitusi saja yang dapat dibatalkan oleh mahkamah.²³

Dalam pandangan Saldi Isra, sistem legislasi sebagaimana diatur Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 20 UUD 1945, mengatur bahwa proses pembentukan Undang-Undang (*law-making process*) merupakan rangkaian kegiatan yang terdiri dari: (1) prakarsa pengajuan rancangan Undang-Undang; (2) pembahasan rancangan Undang-Undang; (3) persetujuan rancangan Undang-Undang; (4) pengesahan rancangan Undang-Undang menjadi Undang-Undang; dan (5) pengundangan dalam lembaran negara.²⁴ Upaya ini dilakukan untuk memlimitasi aktivitas politik fungsi legislasi demi menjamin *due process of law* yang tertib dan berkeadilan. Pentingnya sebuah kaidah dan asas pembentukan undang-undang dalam fungsi legislasi ditujukan untuk meminimalisir warna kepentingan politik dalam aktivitas pembentukan rancangan undang-undang.

Dari dimensi politik, Haris mencatatkan sebagai pengawal konstitusi, tugas pokok, fungsi, dan tanggung jawab Mahkamah Konstitusi bukan sekadar menimbang dan menilai secara materil setiap produk perundang-undangan yang dihasilkan oleh DPR dan Presiden terhadap konstitusi, melainkan juga menguji validitas produk politik, apakah sebuah Undang-Undang telah memenuhi proses

²³ Meskipun dalam kasus tertentu, Palguna mencatatkan bahwa jika pasal yang diujikan merupakan "jantung" dari sebuah undang-undang sehingga satu sama lain memiliki hubungan dengan sebagian besar isi pasal, maka sangat dimungkinkan dalam uji materil juga berimplikasi dibatalkannya sebuah undang-undang. Lihat I Dewa Gede Palguna, *Mahkamah Konstitusi: Dasar Pemikiran, Kewenangan, dan Perbandingan Dengan Negara Lain*, Jakarta, Konpress, 2018, h. 162

²⁴ Dalam konteks pengujian formil, aktivitas proses politik dalam fungsi legislasi akan dinilai dalam lima hal mulai dari pengusulan, pembahasan, persetujuan, pengesahan sampai dengan tahap pengundangan. Lihat Saldi Isra, dalam Keterangan Ahli perkara uji formil Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 Tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, Salinan Putusan MK Nomor Nomor 27/PUU-VII/2009, h. 27. Kemudian bandingkan dengan Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang*, Jakarta, Rajawali Press, 2010, h. 179.

atau prosedur konstitusional sebagaimana diniscayakan dalam prinsip supremasi konstitusi dalam demokrasi konstitusional.²⁵

Dalam pandangan Yuliandri proses pembentukan undang-undang memiliki sifat *constitutional importance* sebagaimana tertuang dalam Pasal 22A UUDN RI. Tiga alasan yang mendasari. *Pertama*, keberadaan tata cara atau prosedur merupakan salah satu jalan untuk mengontrol agar kekuasaan pembentukan Undang-Undang yang dimiliki DPR dan juga Presiden tidak disalahgunakan. *Kedua*, prosedur atau tata cara dapat dijadikan indikator untuk menilai semangat atau motif apa yang ada dibalik perumusan sebuah norma. Secara kasat mata, substansi yang dimuat dalam Undang-Undang bisa saja dinilai tidak bertentangan dengan UUD 1945 karena yang diatur merupakan *open legal policy* pembentuk Undang-Undang, namun sebuah norma sangat mungkin lahir dari sebuah *moral hazard*. *Ketiga*, proses dan hasil pembentukan sebuah Undang-Undang bukanlah dua hal yang terpisah. Sekalipun keduanya dapat dibedakan, namun keduanya tidak dapat diletakkan secara dikotomis. Proses sangat menentukan hasil, Oleh karenanya, proseslah terlebih dahulu yang harus dinilai, baru kemudian hasilnya.²⁶

Analisis Mochtar menjadi relevan dalam hal ini. Bahwa dalam konsepsi pengujian, asas formil selalu berkaitan dengan asas materiil, dalam artian tidak saling meniadakan. Cukup sulit untuk membenarkan jika dalam proses pembentukan undang-undang tidak mempunyai standar atau prasyarat.²⁷ Baik di negara-negara *common law* maupun *civil law* yang menjadi akar dari tradisi sistem hukum adalah pengujian konstitusional oleh pengadilan. Namun pengujian itu tidak pernah dibatasi secara kaku antara formil dan materiil.²⁸

Tidak jauh berbeda dengan Mochtar, Harijanti memberikan penekanan atas tiga alasan pentingnya kepatuhan atas pembentukan peraturan perundang-undangan. *Pertama*, prosedur-prosedur hukum merupakan satu instrumen untuk menghasilkan putusan, dan melaksanakan proses-proses, dan dengan

²⁵ Lihat Syamsudin Haris, dalam Keterangan Ahli perkara uji formil Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, Salinan Putusan MK Nomor 27/PUU-VII/2009, h. 31-32

²⁶ Lihat Yuliandri, dalam Keterangan Ahli perkara uji formil-materil Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, Salinan Putusan MK Nomor 79/PUU-XII/2014, h. 81-88

²⁷ Lihat Keterangan Ahli Zainal Arifin Mochtar, dalam Risalah sidang Mahkamah Konstitusi Nomor 79/PUU-XVII/2019, Sidang Perkara Pengujian Formil-Materil Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2019 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, 19 Februari 2020, Jakarta, h. 15.

²⁸ Pada hakikatnya adanya pengujian yang dilakukan oleh lembaga peradilan adalah salah satu bentuk nyata negara hukum, dimana proses politik wajib diawasi. Validitas sebuah undang-undang tergantung pada proses yang benar guna mengukur keabsahan pelaksanaan wewenang tersebut. Lihat Keterangan Ahli Bivitri Susanti, dalam Risalah sidang Mahkamah Konstitusi Nomor 79/PUU-XVII/2019, Sidang Perkara Pengujian Formil-Materil Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2019 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, 19 Februari 2020, Jakarta, h. 5.

demikian, mencapai tujuan hukum. Kedua, selain mencapai suatu hasil, prosedur berfungsi pula untuk mencapai tujuan-tujuan lain selain tujuan hukum, misalkan tujuan sosial, serta menerapkan nilai-nilai yang dianut oleh masyarakat, serta pemerintah. Ketiga, prosedur membawa kita pada beberapa pertanyaan penting seperti keadilan atau fairness, transparansi, dan lain-lain. Dengan demikian, prosedur harus dilihat sebagai suatu mekanisme penting agar tidak terjadi apa yang disebut sebagai tujuan menghalalkan segala cara atau *the ends justify the myths. Procedure is the heart of law*, prosedur adalah jantungnya hukum. Oleh karenanya, *due process of law* diperlukan baik dalam membuat peraturan maupun dalam membuat keputusan.²⁹

Kedua, alasan kebutuhan demokrasi. Lev mencatatkan, proses politik kerap berjalan dalam hubungan patron klien, oleh karenanya konstitusi dibutuhkan guna memastikan proses politik itu berjalan sesuai dengan asas dan ketentuan norma. Sebagaimana abstraksi dari prinsip konstitusionalisme, dimana aktivitas politik resmi dikelilingi oleh hukum yang jelas.³⁰ Corak analisis Lev juga pernah dibangun oleh Soemantri. Suprastruktur politik bisa saja menjadi alat untuk memaksakan atau mengendalikan kehendak pembentuk undang-undang. Mereka di antaranya partai politik, kelompok kepentingan, kelompok penekan, alat komunikasi politik, dan tokoh politik.³¹ Tidak jauh berbeda dengan konsepsi Ferguson dengan teori investasi politik. Bahwa negara bisa saja dikendalikan oleh koalisi para investor yang bergabung demi kepentingan bersama. Kebijakan legislasi cenderung akan dikendalikan oleh para pebisnis, oleh karenanya pembentukan sebuah undang-undang perlu didasari dengan proses politik yang tertib dan taat hukum.³²

Preposisi yang coba ditawarkan oleh beberapa ahli di atas, menjadi kian menarik bila dikomparasikan dengan analisis Wiratraman. Akademikus ini menyebutnya dengan istilah "*Krisis Politik Legisprudensi*".³³ Bahwa ada

²⁹ Lihat Keterangan Ahli Susi Dwi Harijanti, dalam Risalah sidang Mahkamah Konstitusi Nomor 79/PUU-XVII/2019, Sidang Perkara Pengujian Formil-Materil Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2019 Tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, 4 Maret 2020, Jakarta, h. 13.

³⁰ Meskipun dalam uraiannya, Lev mengakui bahwa konstitusionalisme tidak selalu menjawab kompleksitas penyelenggaraan pemerintahan. Lev menekankan meskipun konstitusionalisme sebuah prinsip yang tidak terelakan, namun terwujudnya pemerintahan demokratis juga dipengaruhi oleh faktor lain seperti struktur ekonomi, sosial dan budaya dalam suatu negara. Daniel S Lev, *Hukum dan Politik di Indonesia, Hukum dan Politik di Indonesia, Kesenjangan dan Perubahan*, Jakarta, Cetakan Ketiga LP3ES, 2013, h. 476.

³¹ Sri Soemantri, *Hukum Tata Negara Indonesia: Pemikiran dan pandangan*, Bandung, Rosdakarya, 2014, h. 48.

³² Analisis Ferguson digunakan oleh Chomsky dalam memetakan kecenderungan negara-negara demokrasi yang telah dibajak oleh kelompok-kelompok elit dengan melibatkan pebisnis besar. Lihat Noam Chomsky, *How The World Works*, Bandung, Mizan Media Utama, 2016, h. 184.

³³ Legisprudensi merupakan sebuah pendekatan yang diperkenalkan oleh Wintgens berjudul *Legisprudence: a New Theoretical Approach to Legislation* yang menekankan studi rasionalitas legislasi secara teori dan praktikal. Cara kerjanya, menguji proses pembentukan hukum yang dengan analisis keterbukaan dan partisipasi. Dalam analisisnya Wiratraman melihat upaya DPR untuk melanjutkan pembahasan RUU Cipta Kerja merupakan langkah yang tidak sejalan dengan harapan publik, terlebih negara sedang berada pada status kedaruratan kesehatan. Lihat, Herlambang P. Wiratraman, "Krisis Politik Legisprudensi", *Kolom Opini Harian Kompas*, 14 April 2020, h. 6.

kecenderungan kondisi legislasi saat ini sangat jauh dari legitimasi dan efektivitas. Selain soal prosedur hukum formal, legitimasi dan efektivitas merupakan indikator validitas sebuah undang-undang. Pendekatan legisprudensi menekankan dan memastikan agar setiap proses legislasi mampu memperkuat level partisipasi kewargaan. Dalam falsafah etika politik, apabila undang-undang dibuat dengan sebebas-bebasnya maka sebenarnya hukum telah absen sebagai pembendung kekuasaan.³⁴

Tentu dengan logika awam, hukum akan memlimitasi proses politik. Konstitusi memang tidak selamanya memberikan jaminan atas stabilitas demokrasi. Tetapi berdasarkan tradisi kenegaraan, supremasi hukum didesain untuk mencegah pemimpin untuk mengkonsentrasikan atau menyalahgunakan kekuasaan.³⁵ Tegasnya, lembaga-lembaga politik bekerja berdasarkan supremasi hukum, untuk membendung kecenderungan otoritarian.³⁶

Ketiga, alasan kebutuhan praksis. Perkembangan legislasi saat ini merefleksikan kekhawatiran publik atas sejumlah undang-undang yang dibentuk dengan mengabaikan aspek prosedur formil undang-undang. Ketika aspek prosedur itu dilanggar maka lembaga siapa yang dapat melakukan koreksi atas kinerja legislasi pemerintah (dalam hal ini Presiden dan DPR) ? Pada titik ini perlu diidentifikasi kembali riwayat uji formil yang pernah dilakukan oleh MK.

Tabel 1: Pengujian Formil UU di Mahkamah Konstitusi

Nomor Putusan	Perkara	Pertimbangan Mahkamah	Putusan
Putusan MK No Nomor: 009-014/PUU-III/2005	Uji Formil UU No 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris	Dalil pembuktian tidak cukup beralasan	Permohonan ditolak*

* Putusan ditetapkan secara bulat oleh sembilan hakim konstitusi, lihat salinan putusan, h. 130.

³⁴ Lihat Frans Magnis Suseno, *Etika Politik*, Jakarta, Gramedia, 2016, h. 263.

³⁵ Dalam tradisi bernegara di Amerika, supermasi hukum dianggap ampuh. Kosentrasi kekuasaan di tangan Lincoln selama perang saudara Amerika di batalkan Mahkamah Agung sesudah perang berakhir. Penyadapan ilegal Nixon yang terungkap sesudah wategate 1972, memicu penyelidikan oleh kongres yang akhirnya memaksa Nixon mengundurkan diri sebelum dimakzulkan. Lihat Steven Levitsky dan Daniel Ziblatt, *How Democracies Die*, Jakarta, Kompas Gramedia, 2018, h. 79

³⁶ Sejalan dengan analisis Diamond yang mengingatkan bahwa di era modern tidak ada negara yang sempurna mengimplementasikan demokrasi. Bahkan Linz pun mengakui demokrasi merupakan *"the only game in town"* untuk mendapatkan kekuasaan. Namun konsolidasi demokrasi hanya dapat diraih apabila semua prosedur dari aturan demokrasi telah diikuti dan semua kekuatan politik menerima dan mematuhi sebagai aturan main dalam meraih kekuasaan. Disarikan kembali oleh Muhammad Najib, *Jalan Demokrasi: Pengalaman Indonesia, Turki dan Mesir*, Jakarta, Republika, 2019, h. 14.

Nomor Putusan	Perkara	Pertimbangan Mahkamah	Putusan
Putusan MK Nomor 27/PUU-VII/2009	Uji Formil UU No 3 Tahun 2009 tentang MA	Bahwa proses pembentukan Undang-Undang yang didasarkan pada Peraturan Tata Tertib dan kebiasaan DPR dianggap tidak bertentangan dengan UUD 1945. Bahwa adanya temuan oleh Mahkamah Konstitusi, berupa cacat prosedur dalam proses pembentukan UU yang dimohonkan untuk diuji oleh para Pemohon, harus dipahami sebagai koreksi atas proses pembentukan UU.	Terdapat cacat prosedural, namun demi kemanfaatan UU tetap berlaku**
Putusan MK Nomor 79/PUU-XII/2014	Uji Formil-Materil UU No 17 Tahun 2014 tentang MD3	Mahkamah tidak melakukan pengujian Undang-Undang secara formil langsung berdasarkan setiap ketentuan yang ada dalam UU 10/2004, karena apabila hal demikian dilakukan berarti Mahkamah melakukan pengujian Undang-undang terhadap Undang-Undang, dan hal tersebut bukan maksud UUD 1945.	Permohonan Formil tidak dapat diterima.***

** *Dissenting opinion* dilakukan oleh Achmad Sodiki dan Muhammad Alim. Sodiki menyatakan Meneguhi cara pandang prosedural secara kaku (*rigid*), dengan selalu berhitung secara matematis (syarat quorum), tanpa melihat situasi dan kondisi objektif kesulitan memenuhi syarat saat pengesahannya, padahal Undang-Undang *a quo* sangat penting bagi negara dalam hal ini Mahkamah Agung, dapat membahayakan aspek kemanfaatan dan keadilan yang menjadi tujuan dibentuknya hukum yang pada akhirnya akan merugikan masyarakat secara keseluruhan. Sementara Alim menyatakan andaikan prosedurnya tidak terpenuhi, sebagaimana yang didalilkan para Pemohon, tetapi substansinya sudah disetujui oleh sembilan dari sepuluh fraksi yang hadir serta Presiden, maka kalau kita konsisten dalam pendirian bahwa kita tidak boleh dipasung oleh *procedural justice* dan mengabaikan *substantive justice*, maka Undang-Undang *a quo* sudah sah. Lihat Salinan Putusan, h. 130 dan 135.

*** *Dissenting opinion* dilakukan oleh dua hakim konstitusi Arief Hidayat dan Maria Farida Indarti. Masing-masing hakim konstitusi menyatakan bahwa permohonan uji formil UU *a quo* secara nyata telah melanggar asas dan prosedur pembentukan

peraturan perundang-undangan. Menurut Hidayat, batu uji pengujian formil sudah ditentukan berdasarkan putusan MK nomor 27/PUU-VII/2009. Bahwa pengujian dapat dilakukan dengan Undang-Undang, tata tertib produk lembaga negara, dan peraturan perundang-undangan yang mengatur mekanisme atau formil-prosedural itu mengalir dari delegasi kewenangan menurut konstitusi. Sementara menurut Farida, dari fakta persidangan bahwa UU MD3 khususnya Pasal 84 tidak pernah masuk dalam Daftar Inventarisasi Masalah (DIM) sebelumnya, namun tiba-tiba masuk dalam DIM perubahan pada tanggal 30 Juni 2014 setelah diketahui komposisi hasil Pemilu, dengan demikian jika dikaitkan dengan Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 maka produk hukum tersebut dibentuk tidak berdasarkan hukum akan tetapi karena kepentingan politis semata. Apalagi dalam DIM sebelumnya serta dalam Naskah Akademik tidak pernah ada pembahasan mengenai hal tersebut, oleh karena itu secara formil UU MD3 tersebut cacat hukum dalam proses pembentukannya. Lihat salinan putusan, h. 200 dan 207.

Berdasarkan data yang disajikan di atas, belum ada satupun putusan yang membatalkan validitas undang-undang akibat cacat prosedur. Hal ini dipengaruhi oleh beberapa hal. Pertama, permohonan atas uji formil masih sangat tergantung oleh pendekatan interpretasi hakim. Hal ini dapat diidentifikasi dari pembelahan paradigma dalam setiap perkara.³⁷ Pada perkara 27/PUU-VII/2009 pertimbangan mahkamah menyatakan bahwa penggunaan tatib dan konvensi di DPR dalam menguji keabsahan prosedur dianggap tidak bertentangan dengan UUD. Namun dalam perkara 79/PUU- XII/2014 pertimbangan mahkamah justru kontraproduktif. Bahwa penggunaan UU Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang merupakan sumber delegasi tatib justru tidak dibenarkan dalam uji formil. Mengingat berdasarkan atribusi kewenangan, MK hanya menguji undang-undang secara vertikal, bukan dalam relasi horizontal. Hal ini sekaligus memberikan konfirmasi bahwa pembagian antara materiil dan formil yang telah lama dibahas oleh para pakar masih hanya menjadi sebuah pedoman, tetapi belum sampai pada aspek tujuan dari pengujian itu sendiri.

Kedua, merujuk pada analisis Falaakh, persoalan mendasar uji formil undang-undang lebih banyak disebabkan oleh pola delegasi kewenangan yang terjadi secara tidak proporsional. UUD mendelegasikan kepada UU. Namun disaat yang sama UU juga mendelegasikan pada pengaturan lebih lanjut melalui peraturan tata tertib (Pertatib) yang berlaku pada dan bagi masing-masing lembaga yang terlibat dalam pembentukan Undang-Undang (Pertatib DPR, Pertatib DPD) serta Peraturan Pemerintah (PP 65/2005).³⁸ Bisa dibayangkan, jika delegasi itu pada akhirnya diserahkan pada protokol kelembagaan, maka *conflict of interest* menjadi sesuatu hal yang sulit dihindarkan dalam proses pembentukan undang-undang.

³⁷ Pembelahan paradigma itu juga terbaca dari langgam interpretasi para hakim. Seperti pendekatan yang dibangun oleh Achmad Sodiki yang cenderung mengutamakan tujuan *legal substantive* di banding *legal procedure*. Di lain pihak pertentangan juga muncul pada aspek alat ukur uji formil, Arief Hidayat menyatakan bahwa sepanjang UU dan tatib DPR mengalir dari delegasi konstitusi maka alat ukur *a quo* tetap dipandang konstitusional. Namun di sisi lain, terdapat pertimbangan hakim yang juga menekankan bahwa kewenangan atributif MK hanya menguji undang-undang terhadap UUD, tidak secara horizontal maupun bersifat *top-down*.

³⁸ Bahwa kepatuhan prosedur sangat penting bagi negara hukum, namun masalah turunan kemudian muncul ketika delegasi itu harus mengikuti peraturan non konstitusi. Tentunya tidak tepat jikalau proses uji formil undang-undang menggunakan pertatib sebagai alat ukur validitas pembentukan undang-undang. Sebab secara teoritik, meskipun tatib memuat norma-norma, namun sesungguhnya tidak dapat disebut sebagai peraturan perundang-undangan. Lihat Fajrul Falaakh, dalam Keterangan Ahli perkara uji formil Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 Tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, Salinan Putusan MK Nomor Nomor 27/PUU-VII/2009, h. 39-42

Ketiga, kegagalan uji formil bisa disebabkan dari lemahnya kualitas pembuktian para pemohon. Tanpa cukup disadari, selain keterangan ahli, keterangan fakta sangat dibutuhkan dalam uji formil. Mengingat konsepsi pengujian secara formil bukan hanya menilai kesesuaian norma ke norma secara hierarkis, melainkan juga menilai kesesuaian fakta ke norma. Terlepas dari beberapa faktor yang memengaruhi keberhasilan uji formil di MK, secara praksis data uraian analisis di atas telah memberikan preskripsi atas pentingnya kebutuhan atas uji formil di MK.³⁹ Saldi Isra mencatatkan bahwa proses pembentukan UU merupakan masalah yang masih sering diperdebatkan dan sering diabaikan dan/atau dilanggar aturan proses pembentukan UU, yaitu dalam hal hubungan antara DPR dan DPD, partisipasi publik dalam pembentukan UU, kehadiran anggota DPR dalam proses pengambilan keputusan di Rapat Paripurna DPR, dan dalam hal terkuaknya praktik moral hazard berupa suap dan/atau korupsi dalam proses pembentukan UU.⁴⁰

2. Konsep Pengujian Formil Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi

Menguat asumsi bahwa kegagalan uji formil selama ini sebabkan karena prosedur pembentukan undang-undang tidak memiliki titik koordinat yang jelas dalam UUD. Dalam hal ini pemetaan perlu dilakukan untuk melihat persebaran norma hukum positif yang memiliki relevansi dalam *due process of law making*.

Tabel 2: *Due Process of Law Making*

UUDN RI Tahun 1945	Pasal 1 ayat (2) : Kedaulatan Rakyat
	Pasal 1 ayat (3) : Negara Hukum
	Pasal 5 ayat (1), 21, dan 22D ayat (1) : Prakarsa Pengajuan RUU
	Pasal 20 ayat (2),(3) dan 22D ayat (2) : Pembahasan dan Persetujuan <i>mutual approval</i> Presiden dan DPR atas RUU
	Pasal 20 ayat (4) : Pengesahan

³⁹ Di awal akhir tahun 2019, MK kembali menerima permohonan perkara uji formil perubahan Undang-Undang KPK yang dinilai menabrak beberapa prinsip formil pembentukan undang-undang. Sebagaimana terdaftar dalam permohonan perkara Nomor 79/PUU-XVII/2019, Sidang Perkara Pengujian Formil-Materil Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2019 Tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Disadari atau tidak, faktor lain yang menyebabkan angka permohonan uji formil terus meningkat disebabkan oleh karena kinerja buruk legislasi. Hal ini diperkuat dengan data Lembaga Survei Indonesia (LSI) per Agustus 2019 menempatkan DPR sebagai lembaga terendah atas kinerja dan tingkat kepercayaan publik di angka 40%. Dalam survei tersebut responden dipilih melalui *stratified cluster random sampling* dan terpilih 1.010 orang. *Margin of error* survei diperkirakan 3,2 persen dengan tingkat kepercayaan 95 persen. Lihat Rilis Survei Lembaga Survei Indonesia, Kepercayaan Publik Terhadap Lembaga Negara, Jakarta, Agustus, 2019.

⁴⁰ Lihat Saldi Isra, "Purifikasi Proses Legislasi Melalui Pengujian Undang-Undang", *Pidato Pengukuhan sebagai Guru Besar Tetap dalam Bidang Ilmu Hukum Tata Negara pada Fakultas Hukum Universitas Andalas, Padang, 11 Februari 2010*, h. 12-18.

	Pasal 20 ayat (5) : Pengundangan****
	Pasal 22A : Prosedur Pembentukan uu “ <i>constitutional importance due process of law making</i> ”
Undang-Undang	UU No 15/2019 Tentang P3 (Pembentukan Peraturan Perundang-undangan) a. Asas Pembentukan : Pasal 5 dan 6 b. Prakarsa Pengajuan RUU : Pasal (16-23) (43-51) dan (64) c. Pembahasan : Pasal 65-68, 71 dan 71A d. Persetujuan : Pasal 69 dan 70 e. Pengesahan : Pasal 72-74 f. Pengundangan : Pasal 81, 85 dan 87.
Pengaturan lebih lanjut/ Further Regulation	Perpres 87 Tahun 2014 tentang Peraturan Pelaksanaan P3
	Peraturan DPR Nomor 2 tahun 2018 Tentang Tata Tertib (Pertatib)

**** Pengundangan merupakan bagian dari prosedur, meskipun bukan merupakan unsur penting dalam uji formil. Kalaupun unsur ini dipersoalkan maka akan dimentahkan dengan norma prospektif pada Pasal 20 ayat (5) UUD 1945 bahwa rancangan undang-undang yang sudah disetujui bersama oleh DPR- Presiden akan serta-merta berkekuatan mengikat jika melampaui 30 hari sejak persetujuan bersama dihasilkan.

Dalam *theoretical framework* yang dibangun oleh Rubenfeld, ada tiga pendekatan fundamental dalam memahami dan mengimplementasikan teks konstitusi yakni doktrin, legitimasi, dan interpretasi. Doktrin meliputi konsep dan bekerjanya instrumen hukum. Legitimasi meliputi landasan kewenangan yang diberikan oleh konstitusi secara tekstual maupun kontekstual. Interpretasi meliputi metode atau cara hakim dalam menyelesaikan konflik kepentingan yang lahir akibat bekerjanya norma hukum.⁴¹

Tanpa perlu melakukan pengulangan pembahasan, pada sub bab sebelumnya beberapa konsep yang ditawarkan para ahli tentu telah memberikan justifikasi bahwa uji formil merupakan bagian penting dari tujuan pengujian. Dalam kerangka doktriner, rasanya tidak perlu lagi menafikkan pentingnya *due process of law making*. Hal itu diakui oleh Thusnet yang menyatakan daya kepentingan politik

⁴¹ Rubenfeld merupakan ilmuwan yang menganut paham non originalis. Ia melihat teks hukum bukan sebagai norma yang bergerak pada ruang hampa (*constitutional self government*). “How can a two hundred year old legal text, enacted by a series of majority votes under conditions very distant from our own, exert legitimate authority in the present? How can it possibly bind a majority today? A constitution of this sort is a scandal. It is an offence against reason, against democracy--against nature itself.” Bahwa penafsiran teks konstitusi mengikuti perubahan sosial dan tidak selalu sama dengan kesepakatan penyusunnya. Lihat pada *section* “the paradigm case method”. Jed Rubenfeld, *Revolution by Judiciary The Structure of American Constitutional Law*, Cambridge: Harvard University Press, 2005. Lihat juga dalam Jed Rubenfeld, *Freedom and Time: Theory of Constitutional Self Government*, London, Yale University Press, 2001, h.178. Lihat juga Saldi Isra, “Melepas Hakim Palguna”, *Opini Harian Media Indonesia*, 7 Januari 2020, h. 6.

pembentukan undang-undang merupakan hal yang sangat kompleks. Interaksi politik sangat rentan mengabaikan prosedur dan mengakomodir norma yang inkonstitusional.⁴² Kepentingan mayoritas akan menjadi simbol kekuatan dalam pengambilan keputusan politik parlemen. Pada titik ini fungsi judicial review hadir untuk melindungi kelompok minoritas yang hak-haknya dilanggar baik dari segi proses pembentukan maupun materi muatan undang-undang.⁴³ Oleh karenanya validitas sebuah undang-undang hanya dapat dibenarkan jika memenuhi syarat prosedur, moral politik, proses yang rasional dan manfaat bagi warga negara.⁴⁴

Sementara bagi MK sendiri, legitimasi uji formil telah diakomodir melalui ketentuan peraturan perundang-undangan dan jurisprudensi mahkamah.

Tabel 3 : MK dan Uji Formil Undang-Undang

UUDN RI Tahun 1945	Pasal 24C ayat (1) : menguji undang-undang terhadap UUD****
Undang-Undang	UU No 8/2011 Tentang MK : Pasal 51 ayat (3) huruf a
Pengaturan lebih lanjut/ Further Regulation	Peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK) Nomor 06/PMK/2005 Tentang Pedoman Beracara Pengujian UU : Pasal 4 ayat (3)
Yurisprudensi MK	Putusan MK Nomor 27/PUU-VII/2009

**** Dalam risalah perubahan undang-undang dasar, baik melalui original inten dan teks Pasal 24C UUDN menempatkan MK sebagai lembaga berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap UUD. Konsepsi pengujian itu dirumuskan tanpa bermaksud membedakan aspek formil dan materinya. Salah satu perdebatan yang direkap penulis terjadi pada rapat PAH I ke-17 BP MPR, 21 Februari 2000. Jakob Tobing dan Bambang Widjojanto selaku juru bicara YLBHI, dalam pemaparannya menyampaikan, "saat ini tidak ada institusi di Indonesia yang bisa mengkontes suatu produk undang-undang yang bertentangan dengan UUD". Sementara pada original inten dan teks 24C perubahan ketiga tidak memberikan pembelahan antara uji formil dan materil. Salah satunya pendapat yang disampaikan oleh Fajrul Falaakh bahwa pengujian undang-undang merupakan kanal untuk membebaskan hukum dan keadilan dari kemungkinan terjadinya tirani oleh mayoritas wakil rakyat di lembaga legislatif. Lihat Naskah Komperhensif Buku (VI) Perubahan UUD 1945, "Risalah Perubahan Kekuasaan Kehakiman", Jakarta, Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010, h. 446 dan 492. Kemudian lihat juga Pasal 24C ayat (1) UUDN RI Tahun 1945.

Sekarang tinggal merumuskan metode dan pendekatan yang akan digunakan dalam aktivitas uji formil undang-undang di MK. Kenyataan yang harus diterima ialah prosedur pembentukan undang-undang tidak diatur secara eksplisit dalam UUD. Namun perlu diingat, pada dasarnya konstitusi merefleksikan watak kontekstual. Sifat supel dan luwes itu dimaksudkan agar konstitusi mampu tumbuh dan beradaptasi dengan perubahan sosial.⁴⁵

⁴² Mark Thusnet, *Advanced Introduction Comparative Constitutional Law*, United State America, Edward Elgar Publishing, 2014, h. 59.

⁴³ Gerhard van der Schyff, *Judicial Review of Legislation: Comparative Study of United Kingdom, Netherlands, and South Africa*, New York, Springer Publishing, 2010, h. 53.

⁴⁴ Christopher F. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, New York, Cambridge University Press, 2007, h. 228.

⁴⁵ David A. Strauss, *The Living Constitution*, New York, Oxford University Press, 2010, h. 1. Lihat juga dalam David A Strauss, "Do We Have a Living Constitution?" *Drake Law Review*, Volume 59 Nomor 4, 2011, h. 975.

Sulistiyowati Irianto dalam pandangannya menyebut hakim bukanlah kaca yang secara pasif merefleksikan imaji tentang hukum. Hakim adalah seorang seniman, menciptakan gambaran tentang hukum yang lahir dari tangannya sendiri. Hakim adalah *secondary legislature*, apalagi ketika teks hukum tidak dapat mengejar perkembangan masyarakat yang cepat. Kreatifitas judicial adalah bagian dari eksistensi hukum, dan melekat sebagai tugas badan peradilan.⁴⁶ Teori *activism*⁴⁷ tentu bisa dijadikan opsi sebagai metode yang digunakan dalam aktivitas uji formil. Dalam hal ini hakim tidak membatasi diri untuk mengkreasikan teks hukum dalam melakukan aktivitas penemuan hukum.

Sementara pendekatan interpretasi akan difokuskan pada tiga wilayah yaitu struktur, prudens dan etik.⁴⁸ Melalui pendekatan struktur, Pasal 1 ayat (2) dan ayat (3) UUDN RI menjadi peletak dasar dalam aktivitas interpretasi terhadap uji formil undang-undang. Dalam kerangka konstitusi, *law making process* tidak bisa dilepaskan dari prinsip kedaulatan dan *rule of law*. Sejalan dengan analisis Wintgens, legitimasi sosial menjadi ide dasar untuk merepresentasikan rasionalitas pembentukan hukum. Partisipasi publik menjadi basis utama dalam proses pembentukan undang-undang, mulai dari prakarsa sampai pada level pengundangan. Upaya ini dilakukan guna merefleksikan *people willing* sebagai dasar bekerjanya kontrak sosial dalam praktik legislasi.⁴⁹ Begitupun dalam kategori prosedural, negara harus diatur oleh hukum, bukan oleh perseorangan dan pemerintah harus patuh pada hukum. Elemen legalitas formal mensyaratkan hukum harus jelas, berkepastian, dapat diakses, diprediksi dan diterapkan secara luas.⁵⁰

Melalui pendekatan prudens, ketentuan norma UUD yang mengatur prakarsa pengajuan RUU, pembahasan, persetujuan, pengesahan dan pengundangan⁵¹ tidak

⁴⁶ Pandangan Sulistiyowati Irianto dipengaruhi oleh konsep Barak. Lihat Sulistiyowati Irianto, "Pendidikan Hukum Untuk Masa Depan Indonesia: Sebuah Catatan Kritis", *Makalah Pada Orasi Ilmiah Sulistiyowati Irianto Dies Natalis FH UGM ke-74*, Yogyakarta, Februari 2020, h. 11. Bandingkan dengan Aharon Barak, *The Judge in a Democracy*. Oxford: Princeton University Press, 2006, h. XI

⁴⁷ Interpretasi dilakukan sebagai proses pencarian makna yang terkandung dalam teks konstitusi. Sementara *law-making* dilakukan sebagai penerobosan hukum yang dilakukan oleh hakim guna menemukan maksud dari konstitusi. Lihat Kenneth M Holland, *Judicial Activism in Comparative Perspective*, New York, Martin's Press, 1991, h. vii dan 1.

⁴⁸ Pendekatan struktur, meyakini bahwa sebuah keputusan hakim harus didasari sebuah analisa terhadap struktur hukum dan kaitannya terhadap sejarah terbentuknya hukum. Sementara pendekatan prudensial digunakan untuk melihat aspek ekonomis terhadap sebuah interpretasi hakim dengan melihat dampak untung rugi (*cost and benefit*) dalam sebuah perkara. Pendekatan yang berbau ekonomis ini perlu digunakan sebagai variabel di luar analisa yuridis dengan memperhatikan situasi politik terhadap relasi eksekutif-legislatif. Kemudian pada pendekatan etika, interpretasi dilakukan dengan memperhatikan prinsip etika dan moralitas konstitusi. Lihat, James A. Holland and Julian S. Webb, *Learning Legal Rules*, Britain, Blackstone Limited, 1991, h. 8. Kemudian lihat juga Philip Bobbitt, *Constitutional Fate, Theory of Constitution*, New York, Oxford University Press, 1982, h. 3.

⁴⁹ Meskipun kajian legisprudensi tidak menekankan pada aspek legistik atau *due process of law making*, tetapi keduanya memiliki korelasi yang kuat. Hal itu diakui Wintgens bahwa semakin baik prosesnya, maka akan mempengaruhi rasionalitas dan legitimasi sebuah undang-undang. Lihat Luc J. Wintgens, *Legisprudence Practical Reason In Legislation*, Union Road England, Ashgate publishing Limited, 2012, h. 206 dan 234.

⁵⁰ Sulistiyowati Irianto, "Reformasi Hukum Untuk Siapa?", *Opini Harian Kompas*, 9 Oktober 2019, h. 6.

⁵¹ Pasal 5 ayat (1), 21, dan 22D ayat (1), Pasal 20 ayat (2),(3) dan 22D ayat (2), Pasal 20 ayat (4) (5) UUDN RI.

dapat dimaknai sebagai tertib prosedur semata, melainkan juga kualitas proses pembentukan sebuah undang-undang. Sejalan dengan pendapat Lalana bahwa *the quality of the lawmaking process a key legisprudential concern is becoming an increasingly relevant factor in the judicial review of statutes*. Dalam pandangannya selama ini proses pembentukan undang-undang hanya dimaknai sebagai syarat tertib pembentukan undang-undang tanpa disertai dengan kualitas dan rasionalitas dalam *due making process of law*. Dalam kontruksi pengujian undang-undang, kualitas proses dan dialog para legislator dalam pembentukan undang-undang seharusnya menjadi alat ukur aktivitas interpretasi para hakim. Terutama hal-hal yang berkaitan dengan proses, cara dan intensi pembentukan undang-undang.⁵²

Dalam satu dekade terakhir, relasi Presiden dan DPR cenderung “*blended*”. Presiden membentuk sekuritas politik di DPR dengan dukungan koalisi sebesar-besarnya. Dengan relasi yang bersifat interdeterminan (Presiden-DPR), relasinya cukup kompromistis. Ancaman untuk menegasikan kualitas proses dan prosedur pembentukan undang-undang bisa datang dari aspek hulu dan hilir. Dalam prakarsa pengajuan RUU, nasakah akademik bisa saja hanya akan menjadi syarat kelengkapan. Dalam proses pembahasan, partisipasi publik bisa dibungkam. Bahkan dalam konteks persetujuan, syarat kuorum⁵³ bisa dilanggar. Beberapa anasir demikian mengonfirmasi bahwa dari sisi prudens, proses yang baik tentu akan menghasilkan produk yang baik. Mengingat *due process of law making* bukan hanya menekankan aspek pemenuhan syarat semata, melainkan juga kualitas dari porses prakarasa, pembahasan, persetujuan, pengesahan dan pengundangan.

Kemudian melalui pendekatan etik. Bahwa tata cara pembentukan undang-undang sebagaimana disebutkan sebagai bagian dari *constitutional importance* perlu dibaca dengan pendekatan moral *reading of constitution*. Meskipun sifatnya merupakan bentuk kebijakan hukum terbuka “*open legal policy*”, delegasi kewenangan yang lahir dari Pasal 22A wajib disusun dengan rasionalitas politik yang ajeg. Melalui kebijakan hukum terbuka, Presiden dan DPR sangat dimungkinkan terjebak pada konflik kepentingan. Oleh karenanya, *due process of law making* tentu harus mengacu pada supermasi hukum dan etik. Artinya, aktivitas proses legislasi tidak dapat dimaknai sebagai hal yang harus diterima begitu saja (*taking for granted*). Bahwa dalam setiap tahapannya, negara harus

⁵² A. Daniel Oliver-Lalana, “Legislative Deliberation and Judicial Review: Between Respect and Disrespect for Elected Lawmakers”, *Conception and Misconception of Legislation, Legisprudence Library, Studies on the Theory and Practice of Legislation Volume 5, 2019*, Springer Publishing, h. 207-209.

⁵³ Dworkin mencatatkan “*democratic decision-making can only lay claim to legitimacy where all voters are regarded with equal worth by their peers.*” Ronald Dworkin, *Freedom’s Law: A Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, h. 132.

hadir menyediakan fungsi kanalisasi antara warga negara dengan pemerintah untuk mengawasi dan mengoreksi setiap tahapan pembentukan undang-undang.

Kembali pada pendekatan Rubenfeld mengenai doktrin, legitimasi dan interpretasi. Analisis di atas telah memberikan preskripsi analitis bahwa pengujian formil undang-undang di mahkamah konstitusi ialah sebuah keniscayaan. Preposisi di atas telah memberikan penekanan bahwa *due process of law making* melekat secara inheren melalui norma-norma yang ada dalam konstitusi. Penulis menilai persepsi yang menyatakan bahwa uji formil undang-undang tidak memiliki titik koordinat yang jelas dalam UUD menjadi tidak tepat atau tidak dapat dibenarkan.

KESIMPULAN

Berdasarkan pembahasan dan analisis data yang telah diuraikan, hasil penelitian memetakan dua hal. *Pertama*, rasionalitas kebutuhan praktik uji formil di mahkamah konstitusi. Hasil penelitian menunjukkan, ada tiga hal yang menjadi alasan faktual kebutuhan uji formil dalam praktik pengujian di Mahkamah Konstitusi. *Pertama*, alasan konsepsi pengujian, *kedua*, perkembangan demokrasi dan *ketiga*, kebutuhan praksis. Dalam konsepsi pengujian, prinsip formil-materil bersifat interdeterminan atau saling memengaruhi. Masing-masing prinsip tersebut tidak bergerak secara diametral. Sementara dalam perkembangan demokrasi, *due process of law making* diletakkan sebagai realitas politik. Dalam proses pembentukan undang-undang, suprastruktur politik bisa menjadi alat penekan guna mengendalikan kehendak pembentuk undang-undang baik dari segi proses maupun isi. Oleh karenanya, konstitusi dibutuhkan guna memastikan proses politik itu berjalan sesuai dengan asas dan ketentuan norma. Pada tataran praksis, kondisi faktual saat ini memperlihatkan bahwa prinsip pengujian formil-materil di MK, masih berada pada tataran dogma, belum menjadi tujuan dari pengujian itu sendiri. Hasil penelitian menunjukkan, uji formil di MK belum memiliki konsep dan pendekatan yang jelas. Beberapa diantara faktor kegagalan pengujian formil di MK dipengaruhi oleh lemahnya kualitas pembuktian, paradigma hakim, dan gejala over-delegasi dalam pembentukan undang-undang.

Kedua, mengenai konsep pengujian formil undang-undang di mahkamah konstitusi. Penulis menggunakan analisis Rubenfeld dengan pendekatan doktrin, legitimasi dan interpretasi. Hasil penelitian membantah persepsi yang menyatakan bahwa uji formil tidak memiliki titik koordinat yang jelas dalam UUDN RI. Dengan

menggunakan analisis Rubinfeld, UUDN juga mengakomodir perlindungan hak konstitusional warga negara dalam *due process of law making*. Menariknya, penelitian ini juga sekaligus memberikan pandangan baru, bahwa mahkamah tidak bisa hanya meletakkan *due process of law making* hanya sebagai syarat tertib prosedural, melainkan juga pada kualitas dan rasionalitas proses pembentukan sebuah undang-undang. Pada titik ini MK memiliki peran untuk menguji dan mengadili keabsahan proses pembentukan undang-undang dengan beberapa persebaran norma yang ada di dalam UUDN.

DAFTAR PUSTAKA

Buku:

- Asshidiqqie, Jimly, 2006, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta: Konpress.
- _____, 2006, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Jakarta: Konpress.
- _____, 2007, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia-Pasca Reformasi*, Jakarta: Bhuana Ilmu Populer (BIP).
- _____, 2010, *Perihal Undang-Undang*, Jakarta: Rajawali Press.
- Barak, Aharon, 2006, *The Judge in a Democracy*. Oxford: Princeton University Press.
- Buyung, Adnan Nasution, 1995, *Aspirasi Pemerintahan Konstitusional di Indonesia: Studi Sosio Legal atas Konstituante 1956-1959*, Jakarta: Pustaka Utama Grafiti.
- Bobbitt, Philip, 1982, *Constitutional Fate, Theory of Constitution*, New York: Oxford University Press.
- Carolan, Eoin, 2009, *The New Separation of Powers: Theory For The Modern State*, New York: Oxford University Press.
- Chomsky, Noam, 2016, *How The World Works*, Bandung: Mizan Media Utama.
- Dworkin, Ronald, 1996, *Freedom's Law: A Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge: Harvard University Press.
- Fallon, H. Richard 2004, *The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitutional Law*, New York: Cambridge University Press.

- Gerhard van der Schyff, 2010, *Judicial Review of Legislation: Comparative Study of United Kingdom, Netherlands, and South Africa*, New York: Springer Publishing.
- Ginsburg, Tom, 2003, *Judicial Review in new Democracies: Constitutional Court in Asian Case*, Cambridge University Press.
- Holland, A. James and Webb, S. Julian, 1991, *Learning Legal Rules*, Britain: Blackstone Limited.
- Holland, M. Kenneth, 1991, *Judicial Activism in Comparative Perspective*, New York: Martin's Press.
- Indrayana, Denny, 2007, *Amandemen UUD 1945; Antara Mitos dan Pembongkaran*, Bandung: Mizan.
- Levitsky Steven, dan Ziblatt, Daniel, 2018, *How Democracies Die*, Jakarta: Kompas Gramedia.
- Lev, S. Daniel, 2013, *Hukum dan Politik di Indonesia, Kesinambungan dan Perubahan*, Jakarta: LP3ES.
- Masterman, Roger, 2011, *The Separation of Power in The Contemporary Constitution*, New York: Cambridge University Press.
- Najib, Muhammad, 2019, *Jalan Demokrasi: Pengalaman Indonesia, Turki dan Mesir*, Jakarta: Republika.
- Naskah Komperhensif Buku (VI) Perubahan UUD 1945, 2010, "*Risalah Perubahan Kekuasaan Kehakiman*", Jakarta: Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi.
- Oliver A. Daniel Lalana, "Legislative Deliberation and Judicial Review: Between Respect and Disrespect for Elected Lawmakers", *Conception and Misconception of Legislation, Legisprudence Library, Studies on the Theory and Practice of Legislation Volume 5*, 2019, Springer Publishing.
- Palguna, I Dewa Gede, 2013, *Pengaduan Konstitusional: Upaya Hukum Terhadap Pelanggaran Hak-Hak Warga Negara*, Jakarta: Sinar Grafika.
- _____, 2018, *Mahkamah Konstitusi: Dasar Pemikiran, Kewenangan, dan Perbandingan Dengan Negara Lain*, Jakarta: Konpress.
- Rubinfeld, Jed, 2001, *Freedom and Time: Theory of Constitutional Self Government*, London: Yale University Press.

- Rubinfeld, Jed, 2005, *Revolution by Judiciary The Structure of American Constitutional Law*, Cambridge: Harvard University Press.
- Soemantri, Sri, 1986, *Hak Menguji Material di Indonesia*, Bandung: Penerbit Alumni.
- _____, 2014, *Hukum Tata Negara Indonesia: Pemikiran dan pandangan*, Bandung: Rosdakarya.
- Strauss A. David, 2010, *The Living Constitution*, New York: Oxford University Press.
- Suseno, Frans Magnis, 2016, *Etika Politik*, Jakarta: Gramedia.
- Thusnet, Mark, 2014, *Advanced Introduction Comparative Constitutional Law*, United State America, Edward Elgar Publishing.
- Wintgens, J. Luc, 2012, *Legisprudence Practical Reason In Legislation*, Union Road England: Ashgate publishing Limited.
- Zurn F. Christopher, 2007, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, New York: Cambridge University Press.

Jurnal:

- Ali, Mahrus Mohammad, 2015, "Konstitusionalitas dan Legalitas Norma dalam Pengujian Undang- Undang Terhadap Undang-Undang Dasar 1945", *Jurnal Konstitusi*, Volume 12, Nomor 1, Maret.
- Asshidiqqie, Jimly, 2004, "Mahkamah Konstitusi dan Pengujian Undang-Undang" *Jurnal Ius Quia Iustum* Nomor 27 Volume 11 September.
- Isra, Saldi, 2014, "Peran Mahkamah Konstitusi dalam Penguatan Hak Asasi Manusia Di Indonesia" *Jurnal Konstitusi*, Volume 11, Nomor 3, September.
- Isra, Saldi, 2015, "Titik Singgung Wewenang Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Hukum dan Peradilan*, Volume 4, Nomor 1 Maret.
- Mochtar, Zainal Arifin, 2015, "Antinomi dalam Peraturan Perundang-undangan di Indonesia" *Hasanuddin Law Review* Vol. 1 Issue 3, December.
- Palguna, I Dewa Gede, 2010, "Constitutional Question: Latar Belakang dan Praktik Di Negara Lain Serta Kemungkinan Penerapannya Di Indonesia", *JURNAL HUKUM Ius Quia Iustum*, No. 1 Vol. 17 Januari.
- Putra, Antoni, 2018, "Dualisme Pengujian Peraturan Perundang-undangan", *Jurnal Legislasi* Vol 15 No.2, Juli.

Satriawan, Iwan, dan Lailam, Tanto, 2019, “*Open Legal Policy* dalam Putusan Mahkamah Konstitusi dan Pembentukan Undang-Undang”, *Jurnal Konstitusi*, Volume 16, Nomor 3, September.

Soeroso, Fajar Laksono, 2013, “Pembangkangan Terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi” *Jurnal Yudisial Vol. 6 No. 3 Desember*.

Strauss A. David, 2011, “Do We Have a Living Constitution?” *Drake Law Review*, Volume 59 Nomor 4.

Penelitian, Makalah & Artikel:

Arjomand, Said Amir, 2007, “*Constitutional Development and Political Reconstruction From Nation Building to New Constitutionalism*” *Proceedings Constitutionalism and Political Reconstruction*, Volume 14, Brill, Leiden.

Isra, Saldi, 2010, “Purifikasi Proses Legislasi Melalui Pengujian Undang-Undang”, *Pidato Pengukuhan sebagai Guru Besar Tetap dalam Bidang Ilmu Hukum Tata Negara pada Fakultas Hukum Universitas Andalas, Padang, 11 Februari*.

Isra, Saldi, 2020, “Melepas Hakim Palguna”, *Opini Harian Media Indonesia*, 7 Januari.

Irianto, Sulistiyowati, 2020, “*Pendidikan Hukum Untuk Masa Depan Indonesia: Sebuah Catatan Kritis*”, Makalah Pada Orasi Ilmiah Sulistiyowati Irianto Dies Natalis FH UGM ke-74, Yogyakarta, Februari.

Irianto, Sulistiyowati, 2019, “*Reformasi Hukum Untuk Siapa?*”, *Opini Harian Kompas*, 9 Oktober.

Rilis Survei Lembaga Survei Indonesia, 2019, “*Kepercayaan Publik Terhadap Lembaga Negara*”, Agustus, Jakarta.

Teitel, Ruti, 2011, “*Transitional justice and the Transformation of Constitutionalism*” *Research Handbook in Comparative Constitutional Law*, Edited by Tom Ginsburg and Rosalind Dixon, Edward Elgar Publishing, USA.

Wiratraman, P. Herlambang, 2020, “Krisis Politik Legisprudensi”, *Kolom Opini Harian Kompas*, 14 April.

Konstitusi Desa dan Eksistensinya dalam Regulasi di Indonesia

The Village Constitution and Its Existence in Indonesian Regulation

Mohamad Rifan dan Liavita Rahmawati

Fakultas Hukum Universitas Brawijaya

Jl. MT. Haryono No.169, Ketawanggede, Kota Malang, Jawa Timur 65145

E-mail : 12rauna@gmail.com

E-mail : liavitr@gmail.com

Naskah diterima: 06-01-2020 revisi: 25-08-2020 disetujui: 25-12-2020

Abstrak

Herman Heller memaknai bahwa Konstitusi hakikatnya mengalami 3 (tiga) tahap: yakni konstitusi sebagai kenyataan; konstitusi dalam proses abstraksi; dan konstitusi dalam kodifikasi. Suatu konstitusi yang telah melewati siklus kodifikasi merupakan cermin bahwa ia telah menemukan wujud dan posisinya sebagai suatu kenyataan kehidupan sosial-politik dalam masyarakat, atau setidaknya konstitusi tersebut dapat menggambarkan konsep fundamental dari sebuah negara atas mapannya pemikiran masyarakat. Memaknai pemahaman tersebut, konteks perumusan konstitusi sebagai abstraksi daripada nilai yang hidup dinamis di masyarakat (hukum dan perubahan masyarakat), khususnya masyarakat desa pada masa reformasi yang mengalami pergeseran signifikan karena kesalahan abstraksi pada konstitusi. Memposisikan desa sebagai salah satu sub-sistem pemerintahan yang telah eksis di masa Negara Nusantara (sebelum Indonesia), tercetus menjadikan desa telah memposisikan konstitusi pada masa tersebut tanpa melewati tahap abstraksi hingga kodifikasi. Sehingga bentuk konstitusi sebagai hukum yang terdapat didalamnya bersandar pada ketentuan ketuhanan (hukum alam) jauh dari persepsi nilai yang dibangun pada skema rasionalitas dan logika peraturan. Melalui metode penelitian yuridis normative dan 3 (tiga) pendekatan: sejarah (*Historical approach*), konseptual (*conceptual approach*), dan perundang-undangan (*statue approach*). Tujuan penelitian ini adalah untuk menelusuri makna konstitusi desa sebagai satu kesatuan kenyataan

masyarakat desa dengan menganalisis konteks kesejarahan serta hal-hal yang melatarbelakangi kecenderungan persepsi masyarakat desa sebelum konstitusi melewati tahap kodifikasi dan eksistensi dari konstitusi desa itu sendiri dalam peraturan perundang-undangan yang tercermin dalam Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa.

Kata kunci: Abstraksi, Konstitusi, Desa.

Abstract

Herman Heller means that the constitution has 3 (three) phases: the constitution as a reality; the constitution in the abstraction process; and the constitution in codification. A constitution that has passed through the codification cycle is a mirror that it has found its existence and its position as a reality of socio-political life in society, or at least the constitution can describe the concept of Fundamental of a country's community-thinking society. To interpret the understanding, the context of the Constituent Assembly as an abstraction of the value of dynamic living in the community (law and change of society), especially the village community in the period of reform that has undergone significant shifts because of abstraction errors on the constitution. Positioning the village as one of the sub-systems governance that has existed during the state of the archipelago (before Indonesia), the village has positioned the constitution at that time without passing the abstraction to codification. Thus the form of the constitution as the law contained therein rests on the provisions of the Godhead (natural law) far from the conception of value built on the rationality schemes and regulatory logic. Through normative juridical research methods and 3 (three) approaches: Historical approach, conceptual approach, and statue approach, the purpose of this research is to trace the significance of the village constitution as a unity of the village society's reality by analyzing the context of historical and the things that are behind the trend of the conception of village society before the constitution passed the codification phase and the existence of the village constitution itself in regulations reflected in the law of the Republic of Indonesia number 6 the year 2014 about the village.

Keywords: Abstraction, Constitution, The Village.

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Pita dokumentasi terkait orisinalitas sebuah Desa di Nusantara (sebelum Indonesia) dapat terlihat dalam coretan pena Van Vallenhoven dalam bukunya “*Staatsrecht Overzee*”. Mengatakan bahwa pemerintahan republik atau republik desa (secara substansial) telah ada sebelum Belanda masuk ke dalam wilayah

Nusantara, yang diceritakan dari masuknya kapal Belanda pada tahun 1596.¹ Dalam buku tersebut terdapat frasa "*Republikeken*" yang oleh Van Vallenhoven diartikan sebagai suatu pemerintahan demokratis yang mementingkan kesejahteraan rakyat yang bersifat asli dan otonom berdasarkan adat istiadat dan sistem nilai budaya masyarakat setempat. Sehingga dapat disimpulkan bahwa konsep desa (yang otonom) merupakan sifat orisinal yang bukan termasuk sifat hasil adopsi dari luar.² Sehingga Desa diyakini sebagai basis penghidupan masyarakat setempat dan kesatuan masyarakat hukum (*volkgemeenschappen*) yang menjadi cikal bakal terbentuknya suatu negara modern.³

Rentetan premis demikian memberikan garis besar bahwa sebelum terbentuknya negara modern, desa merupakan entitas sosial yang memiliki identitas dan kelengkapan budaya asli, tradisi atau pranata sosial-lokal yang beragam, pemerintahan yang demokratis, dan memiliki otonomi dalam mengelola tatakuasa dan tatakelola atas penduduk, pranata lokal, dan sumberdaya ekonomi. Hal inilah yang disebut dengan *self-governing community*.⁴ Kemudian sebutan desa sebagai kesatuan masyarakat hukum (*volkgemeenschappen*) baru dikenal pada era-kolonial Belanda, dimana desa memiliki pemerintahan sendiri yang dikelola secara otonom tanpa ikatan hirarkis-struktural dengan struktur yang lebih tinggi.⁵ Konsekuensi logis yang terjadi adalah dalam konteks orisinalitas lembaga pemerintahan dan ekonomi yang dibentuk bukan diatur atau ditentukan atas inisiatif pemerintah di atasnya, melainkan berjalan secara mandiri dalam sistem ekonomi sub-sistem, atau sistem ekonomi dimana sebuah komunitas memenuhi kebutuhannya berdasarkan produksi dan jasa yang mereka kembangkan dan hasilkan secara mandiri yang umumnya berasal dari hasil tani-mina.⁶

Presepsi terhadap pemenuhan kebutuhan ini mengakibatkan sebuah komunitas (Desa) di Indonesia melakukan penciptaan hukum menyesuaikan dengan kondisi masyarakat di sana (adat) dengan karakteristik bahasa yang fleksibel dan mudah

¹ "ketika sebuah kapal berbendera tiga warna masuk daerah Indoensia pada tahun 1596, daerah itu dalam arti kata hukum tata negara, tidaklah merupakan segudang "tanah kosong dan tandus tidak tergarap". Daerah itu penuh padat dengan lembaga-lembaga pengaturan masyarakat dan pemerintah yang dikuasai oleh atau berkekuasaan atas suku-suku bangsa, kesatuan perkampungan, republik-republik, dan kerajaan-kerajaan. Hanya sifat kesatuan sama seakli tidak ada meskipun negara majapahit dahulu tumbuh dengan kokohnya dan memegang pimpinan yang kuat, dan yang terdapat adalah justru suatu hukum tata negara asia timur yang jalin berjalin, dan tetap bersifat asli, walaupun penduduknya banyak terpengaruh oleh kebudayaan Hindu dan Islam." dalam Ateng Syafrudin, *Pengaturan Koordinasi Pemerintahan di Daerah Tarsito*, Bandung, 1976, h. 6 dikutip oleh Ni'matul Huda, *Hukum Pemerintahan Desa Dalam Konstitusi Indonesia Sejak Kemerdekaan Hingga Reformasi*, Malang: Setara Press, 2015, h. 2-3.

² Ni'matul Huda, *Ibid*, h. 4.

³ Soetardjo Kartohadikoesoemo, *Desa*, Jakarta: PN Balai Pustaka, 1984, h. 16.

⁴ HAW Widjaja, *Pemerintah Desa dan Administrasi Desa*, Jakarta: Raja Grafindo, 2003, h. 10.

⁵ HAW. Widjaja, *Otonomi Desa Merupakan Otonomi yang Asli, Bulat dan Utuh*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2008, h. 4-5.

⁶ Tani mina dalam hal ini dapat berupa penghasilan dari sawah, ladang, hutan, sungai, danau, tambak, dan laut. Bhenyamin dan Hanif Nurcholis, *Teori dan Praktek Pemerintahan dan Otonomi Daerah*, Jakarta: Gramedia, 2005, h. 11.

diterima masyarakat dalam bentuk cerita atau petuah yang tersentral oleh tradisi lisan dan penghormatan terhadap leluhur serta etika sebagai sumber hukumnya.⁷ Kondisi eksisting demikian terus berkembang bertransisi dari budaya komunal hingga mengenal konsep yang lebih spesifik seperti pemahaman hubungan individu yang melahirkan hukum tanah, hukum perkawinan, hukum waris, dan hukum pidana. Pertanyaan yang muncul berdasar pada kondisi ini adalah apa yang menjadi landasan sebuah komunitas (Desa) melakukan perubahan/perkembangan/penghapusan produk hukum mereka dengan *template* yang berbeda-beda dalam tiap komunitas? Sehingga menciptakan karakteristik pemerintahan Desa seperti pemisahan peran antara kepala desa dan/atau kepala adat.⁸ Dalam pemahaman penulis hipotesa akan jawaban atas pertanyaan tersebut tidak dapat disejajarkan antara madzab hukum formalisme atau realisme hukum dimana jalur perubahan atas perkembangan hukum yang dikeluarkan oleh Desa didasarkan atas hierarki norma.⁹ Hal demikian justru merusak preskriptif awal dimana hukum yang dibentuk oleh desa memiliki karakter yang fleksibel dan minim atas kerumitan berfikir.

Hipotesa kedua penulis mengantarkan bahwa perubahan akan hukum yang mempengaruhi kecenderungan sebuah komunitas (Desa) didasarkan pada suatu hal yang lebih fundamental, yang karena pelabelan sifat fundamentalnya tersebut memiliki kuasa lebih tinggi dan dapat mematerialisasikan hukum baru dengan proses abstraksi.¹⁰ Di lain sisi istilah konstitusi menurut Chairul Anwar adalah *fundamental laws* tentang pemerintahan suatu negara dan nilai-nilai fundamentalnya. Ketika Negara¹¹ diartikan sebagai sebuah konstruksi yang diciptakan oleh umat manusia (*Human Creation*) tentang pola hubungan antar manusia dalam kehidupan bermasyarakat yang diorganisasikan sedemikian rupa untuk maksud memenuhi kepentingan dan mencapai tujuan bersama.¹² Dalam hal

⁷ Ratno Lukito, *Tradisi Hukum Indonesia*, Cianjur: IMR Press, 2013, h. 16.

⁸ Misalnya dalam wilayah desa tengger, terdapat kepala Desa dan Kepala Adat yang keduanya sama-sama berjalan memiliki wewenang tersendiri dalam menjalankan pemerintahan desa mereka.

⁹ Muji Kartika Rahayu, *Sengketa Mazhab Hukum Sintesis Berbafai Madzhab Dalam Pemikiran Hukum*, Jakarta: Kompas, 2018, h. 90-94.

¹⁰ Hal ini menyamai paham yang dibawa Aristoteles akan pembedaan antara istilah Politea dan Nomoi, dimana Politea diartikan sebagai konstitusi dan nomoi sebagai produk atas eksistensi Politea karena hanya Politea yang memiliki kekuasaan membentuk, dan nomoi hanya materi yang harus dibentuk supaya tidak bercerai berai. Dalam Moh Kusnardi, Hermaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, Cetakan ke-5, Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 1983, h. 62.

¹¹ Sederhananya negara memiliki 4 unsur pokok, yaitu (1) a *Definite Territory*, (ii) *Popoulation*, (iii) a *Government*, (iv) *sovereignty*. Jimly Assidique, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jakarta: Rajawali Press, 2009, h. 10.

¹² A. Appadorai, *The Substance of Politics*, India: Oxford University Press, 2005, h. 11. Tetapi menurut Soehino, Timbulnya pemikiran tentang negara tidaklah setua daripada adanya negara itu sendiri, keadaan demikian ini dapat dijelaskan dengan adanya negara-negara : Babylonia, Mesir dan Assyria yang sudah berdiri sekitar abad ke XVII ebelum Masehi dengan sistem pemerintahannya yang sangat absolut. Dalam hal ini Soehino mencontohkan negara Babylonia yang dipimpin oleh raja Chammurabi yang menjamin hak-hak warganegaranya melalui UU pada tahun 1800SM. Dalam Jhr Dr. J. J. Von Schmid, *Ahli-ahli Pemikir Besar Tentang Negara dan Hukum*, terjemahan Mr. R Wiranto dan Djamaluddin Dt Singomangkuto, Jakarta: P.T Pembangunan, 1954, h.9-10 yang dikutip oleh Soehino, *Ilmu Negara*, Yogyakarta: Liberty, 2000, h. 11.

ini penulis beranggapan hal tersebut memiliki kemiripan atas karakteristik yang dibawa oleh konstitusi sebagai *factor integrase* antara masyarakat Desa, Desa, dan bahasa Hukum yang digunakan.¹³ Namun konstitusi disini masih berbentuk tradisional layaknya konstitusi sebelum abad ke-18 dimana dianggap sebagai seperangkat prinsip-prinsip yang tercermin dalam kelembagaan suatu komunitas. Sehingga peran konstitusi Desa adalah sebagai dasar hukum bagi Desa untuk melakukan perkembangan/perubahan/ penghapusan hukum yang eksis.

Di lain sisi, prinsip utama sebuah konstitusi paling tidak harus memiliki empat fungsi penting yaitu:

- a. Fungsi Limitatif (pembatasan kekuasaan). Hal ini penting guna mencegah terjadinya kecenderungan penyalahgunaan kekuasaan oleh pihak yang memiliki kuasa dominan dan agar terjaminnya konsep perimbangan kekuasaan antara organ-organ sebuah pemerintahan di dalam negara ketika beroperasi.
- b. Fungsi Integratif. Setiap konstitusi menginginkan proses integrasi secara teritorial, yurisdiksi, maupun tata kelola dalam sebuah wilayah.
- c. Fungsi Protektif. Fungsi ini memosisikan bahwa konstitusi harus mengatur prinsip-prinsip dasar yang berkaitan dengan perlindungan terhadap hak-hak dasar kehidupan rakyat. Jaminan atas hak tersebut juga merupakan bagian dari prinsip *Majority Rule, Minority Right* juga menjadi penting untuk dilembagakan dalam sebuah konstitusi.
- d. Fungsi Transformatif. Fungsi terakhir dari sebuah konstitusi adalah kemampuannya untuk melakukan rekayasa sosial dalam level ketatanegaraan secara komprehensif-kontekstual sesuai dengan dinamika perkembangan zaman.¹⁴

Pada telaah atas sebuah konstitusi umumnya tidak berdasarkan dan berasaskan atas legitimasi kekuasaan organ negara, namun atas legitimasi masyarakat (*Constituent Power*). Hal demikian dikarenakan atas terbentuknya sebuah negara sebagai mekanisme lanjutan untuk membuat sifat konkrit dari sebuah *consensus* (*General Agreement*) dari masyarakat. Sedangkan dasar keberadaan dan kedudukan konstitusi sebagai *Constituent Act* adalah kesepakatan umum atau persetujuan bersama (*General Consensus*) sebelum munculnya sistem mekanisme yang disebut

¹³ Diluar dari bentuk konstitusi yang tertulis atau tidak tertulis (missal Inggris), Hal demikian termasuk juga nilai yang dibawa oleh konstitusi seperti nilai normatif, nilai nominal, nilai semantik.

¹⁴ Hal demikian menyesuaikan dengan sifat konstitusi yang harus selalu hidup dengan kondisi zmana (*Living Constitution*), serta legitimate karena adanya keterlibatan masyarakat dalam proses pembuatan dan perubahannya. Dalam King Faisal Sulaiman, *Teori dan Hukum Konstitusi*, Bandung: Nusamedia, 2017, h. 27-28.

negara.¹⁵ Sehingga sebelum masa transformasi dari Nusantara menuju Indonesia, keberadaan Konstitusi Desa diposisikan sebagai dasar hukum masing-masing masyarakat desa dengan karakteristik masing-masing. Hal ini dikarenakan perolehan atas kepercayaan dan penghargaan (*Mutual Trust* dan *Mutual Respect*).¹⁶

Kontinuitas atas penggunaan dasar hukum tersebut mulai sedikit bergeser atau diberi opsi antara imposisi atau akulturasi, ketika harus dibenturkan terhadap tradisi hukum sipil yang dibawa oleh Belanda pada masa penjajahan dengan percampuran nilai-nilai yang ada di masyarakat¹⁷ diluar prinsip esensialisme dan relativitas kultural guna memilih dan memilah nilai mana yang akan diambil dalam sebuah komunitas (dalam hal ini Desa). Sehingga ketika ide penciptaan hukum melalui proses yang mekanis dan formal menjadi begitu kuat, arah mentukan hukum berdasar budaya masyarakat barat yang dominan cenderung untuk melihat hukum hanya dalam dimensi legislasi dan *precedent* yang diturunkan dari sumber tertulis saja. Hukum dalam bentuknya yang lain yang dihasilkan dari tradisi lisan (oral) dan tak tertulis dalam masyarakat pada umumnya kemudian dilihat sebagai sesuatu yang “bukan hukum” tetapi sekedar “kebiasaan” sehingga kebebasan untuk mengatur proses legislasi Desa pada masa tersebut lebih sering terdike oleh pemerintah Belanda.¹⁸ Kondisi demikian terus berlangsung hingga momen lahirnya konstitusi Modern pertama di Indonesia yaitu Undang-Undang Dasar 1945, dimana Indonesia membuka porsi budaya sebagai bahan pertimbangan dalam sebuah hukum secara kontitusional. Skema yang terjadi selanjutnya adalah apakah rentetan kejadian pasca penjajahan yang disebutkan sebelumnya menghapus konstitusi desa atau tidak dan apakah pencantuman terkait dengan Desa dalam Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 Tentang Desa yang memiliki bahasan tegas terkait dengan peran Desa didalamnya merupakan cerminan dari pengakuan akan Konstitusi Desa. Untuk mencari jawaban tersebut menjadi penting perlu adanya analisis dan pembahasan tentang Konstitusi Desa dan Eksistensinya dalam Regulasi di Indonesia.

¹⁵ *Ibid*, h. 31-34

¹⁶ Kondisi atas keberagaman demikian merefleksikan kebhinnekaan yang dipersatukan dalam suatu ikatan kebangsaan dan kenegaraan yang wajib diakui dan dijamin keberadaannya, sehingga bentuk UUD NRI 1945 merupakan titik kompromi antara kesepakatan dan ketergantungan sebagai satu bangsa dan satu mekanisme yang dinamakan negara. *Ibid*, h. 33.

¹⁷ Moh Koesnoe, *Resepsi Hukum Barat di Indonesia Dewasa Ini*, 1997, Varia Perad, h. 80. Dalam Ratno Lukito, *Tradisi Hukum Indonesia*, Cianjur: IMR Press, 2013, h. 129.

¹⁸ Pandangan bahwa hukum yang tidak melalui system atau mekanisme legislasi inilah yang tampak umum dalam literatur hukum Barat sekarang ini. Sejak awalnya, para sarjana Barat senantiasa melihat aspek hukum dari adat melalui lensa pengajaran dan definisi hukum yang diterima dalam dunia Barat. Dan pandangan inilah yang saat itu mempengaruhi pemerintah kolonial Belanda ketika menghadapi fenomena Kecenderungan dalam masyarakat Desa. *Ibid*, h. 124.

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang yang telah diuraikan di atas, maka rumusan masalah dalam penelitian ini adalah “Bagaimana konstitusi desa memperoleh eksistensinya di Indonesia?”

C. Metode Penelitian

Berdasarkan pada latar belakang tersebut juga, penelitian ini dilakukan melalui metode penelitian yuridis *normative* dengan menggunakan 3 (tiga) pendekatan: sejarah (*Historical approach*), konseptual (*conseptual approach*), dan perundang-undangan (*statue approach*). Penelitian hukum normatif ini menggunakan 3 (tiga) bahan hukum yakni bahan hukum primer yang berupa peraturan perundang-undangan dan peraturan tidak tertulis (peraturan adat); bahan hukum sekunder meliputi naskah komprehensif, dokumen sejarah, literatur hukum yang meliputi teori, asas, norma dan sejarah hukum; dan bahan hukum tersier meliputi kamus-kamus bahasa. Tujuan dari penelitian ini adalah untuk menelusuri eksistensi konstitusi desa sebagai satu kesatuan kenyataan masyarakat desa dengan menganalisis konteks kesejajaran serta hal-hal yang melatarbelakangi kecenderungan persepsi masyarakat desa sebelum konstitusi melewati tahap kodifikasi dan eksistensi dari konstitusi desa itu sendiri dalam peraturan perundang-undangan yang tercermin dalam Undang-Undang Desa.

PEMBAHASAN

a. Orisinalitas Desa : Praktik Berhukum Sudah ada Sebelum Konstitusi

Sejarah perkembangan Desa tidak lepas dari kajian terhadap insting manusia, dimana tiap kali ada sejumlah manusia dengan istri dan anak-anaknya, maka lazimnya mereka memilih suatu tempat kediaman yang sama,¹⁹ dan pembawaan seorang manusia umumnya menegasi prinsip untuk hidup menyendiri perseorangan atau bertempat tinggal hanya dengan istri dan anak ataupun mengembara (nomaden) tidak dalam suatu kelompok. Atas dasar insting tersebutlah manusia menempuh hidup dengan membentuk kelompok atau kumpulan yang turun

¹⁹ Dalam sebuah pemikiran Soejono Soekamto tentang Manusia sebagai makhluk yang hidup berkelompok dikarenakan pemikiran bahwa manusia dibandingkan dengan makhluk-makhluk lainnya seperti hewan, mereka tidak dapat hidup sendiri dikarenakan keterbatasan kelengkapan penunjang (organ / sistem) pertahanan hidup. Dalam hal pertahanan hidup dalam arti materil, sejatinya manusia hanya dilengkapi oleh fikiran yang tidak dapat digunakan secara langsung sebagai alat hidup, akan tetapi sebagai katalisator pencarian alat-alat materil yang diperlukan dalam hidup. Sehingga dalam menanggapi pandangan Soejono Soekamto ini Penulis beranggapan manusia akan selalu mencari kebutuhan materilnya selama/ mereka merasa dalam tekanan pemenuhan kebutuhan. Soerjono Soekampto, *Sosiologi Suatu Pengantar*, Cetakan Keempat, Jakarta: Yayasan Penerbit Universitas Indonesia, 2005, h. 93.

temurun atas dasar memperingan, memelihara, mengusahakan, dan kepentingan bersama dalam hubungan yang erat dan teratur.²⁰ Memahami prinsip tersebut menyimpulkan bahwa timbulnya Desa diawali dari adanya seseorang yang mempunyai pengaruh besar sebagai katalisator sehingga dapat menggerakkan banyak orang untuk menjadi pengikutnya. “orang besar” kemudian mengajak “para pengikutnya” untuk membuka hutan atau lahan kosong (*bubuk alas / atau bubuk yasa*) yang dirasa mendukung kehidupan warganya²¹ yang akan menempati wilayah tersebut sebagai pemukiman baru yang kemudian disebut sebagai desa dan orang besar bersama pengikutnya menjadi masyarakat setempat (*Community*).²² Lambat laun posisi “Orang Besar” sebenarnya dapat dikatakan sebagai seorang Tokoh *Founding Fathers* dalam pembangunan dan awal mula eksistensi dari sebuah Desa. Sang tokoh setelah membangun dan membentuk desa, ia cenderung menjadi kepala desa pertama yang dibantu oleh kerabatnya.

Skema alir dalam penjelasan diatas sebenarnya telah membentuk suatu susunan pemerintahan secara sederhana yang pada umumnya terdiri atas kepala desa dan para petugas yang dibutuhkan baik petugas yang mengurus perairan, perkebunan, kerohanian, hubungan masyarakat, keamanan dan pelaksanaan tugas wilayah. Disamping itu juga dibentuk lembaga sesepuh desa yang berfungsi sebagai penasihat kepala desa dan merupakan sumber legitimasi atau kebijakan yang dibuat oleh kepala desa. Sehingga umumnya lembaga sesepuh desa ini terdiri dari orang-orang tua desa dan pendukung spiritual yang ikut dalam kegiatan membuka hutan atau lahan kosong (*bubuk alas/atau bubuk yasa*).

Model pengaturan sistem kemasyarakatan yang telah dilukiskan sebelumnya merupakan bentuk *self-goverment community*. Hal ini dikarenakan masyarakat desa berdasarkan inisiatif sendiri tanpa capur tangan dari pihak manapun mengatur dan mengurus dirinya sendiri dengan mengembangkan sistem kelembagaan sendiri sehingga mampu mengatasi masalah yang dihadapi. Sehingga sebelum berbagai tradisi hukum masuk ke kepulauan nusantara (negara sebelum transisi menjadi

²⁰ Lebih lanjut bahwa kumpulan tersebut membentuk sebuah masyarakat yang terikat pada 3 (tiga) alasan pokok yaitu untuk hidup, untuk mempertahankan hidup, dan untuk mencapai kemajuan. Dalam Soetardjo Kartohadikoesoemo, *Op cit*, h. 18.

²¹ Indikator mencukupi kebutuhan warganya sebenarnya tergantung dari proporsi lahan yang akan dibuka, seperti mencukupi untuk dijadikan pemukiman, pusat pemerintahan atau kerajaan, tanahnya relatif subur, ada sumber mata air, lahan dan potensinya bisa menjadi sumber amta pencaharian penduduknya dan sumber pembiayaan pemerintah desa. Hanif Nurcholis, *Pertumbuhan dan Penyelenggaraan Pemerintah Desa*, Jakarta: Penerbit Erlangga, 2011, h. 9-11.

²² Istilah *Community* diterjemahkan sebagai “masyarakat setempat”, istilah mana menunjuk pada warga-warga sebuah desa, sebuah kota, atau suatu bangsa. Hal ini didasarkan pada kesatuan pemikiran kelompok di suatu tempat (lokalitas dan perasaan semasyarakat) baik besar maupun kecil yang sepakat hiidup bersama-sama didasarkan pada mampunya kelompok tersebut untuk memenuhi kebutuhan utama. R. M. Mac Iver and Charles H. Page. *Society An Introductory Analysis*, New York: Rinehart and Company, Inc, 1975, h. 9 dst, dikutip oleh Soerjono Soekamto, Sosiologi Suatu Pengantar, *Ibid.*, h. 117.

Indonesia), masyarakat yang hidup di gugusan kepulauan ini dipercayai telah memiliki aturan hukum yang berasal dari nilai-nilai hukum “*Chthonic*.”

Diksi dari “*chthonic*” disini berasal dari terma Yunani *khthon* atau *khthononos*²³ yang berarti bumi. Istilah hukum “*chthonic*” akan dipakai untuk menyebut tradisi hukum adat yang dipercayai telah hidup sejak awal terbentuknya masyarakat asli di gugusan kepulauan Nusantara tersebut. Penggunaan istilah “hukum *chthonic*” untuk menyebut hukum adat asli masyarakat Indonesia tersebut dinisbahkan pada penggunaan terma “*chthonic*” itu sendiri seperti yang digambarkan oleh Edward Goldsmith ketika ia mendeskripsikan kultur kehidupan masyarakat yang harmoni dengan bumi.²⁴ Penggunaan kata *chthonic* seperti ini tidak lain sekedar merefleksikan akar kata Yunani *khthon* atau *khthononos* sebagaimana di atas: hidup dengan cara *chthonic* berarti hidup yang dekat dan akrab dengan bumi. Mendeskripsikan tradisi hukum Indonesia sebagai hukum *chthonic* Indonesia.

Dengan demikian sekedar usaha untuk memotret hukum asli masyarakat dalam wilayah ini sebagai hukum yang lahir dari bumi Indonesia dan bukan yang dilahirkan dari luarnya. Karenanya, kita ingin memahami hukum asli daerah itu dari kriteria-kriteria internal masyarakat asli Indonesia itu sendiri. Inilah tradisi hukum yang telah termanifestasi dalam masyarakat pribumi sebagai tradisi hukum yang berbeda dan memiliki karakteristik yang khas, sehingga sebagai sebuah subyek sering memunculkan “resistensi”, walaupun tidak menutup celah akan sifat tidak terstruktur²⁵ ketika nilai-nilai asing masuk dan berpengaruh menjadi unsur yang dominan di Nusantara. Sehingga jelas konstruksi demikian memiliki prinsip atas asas Relatifitas Kultural sebagai salah satu aspek yang dapat mendeskripsikan dimensi internal atas landasan ber hukum desa yang telah eksis sejak pertama kali di wilayah Nusantara dibangun.

b. Identifikasi Hukum Adat sebagai Obyek *Nomoi*

Sebagaimana dikemukakan di bagian pendahuluan, ketika Desa membuat sebuah hukum (hukum adat) esensinya merupakan suatu refleksi dari apa yang masyarakat yakini sebagai pandangan hidup yang sesuai dengan perasaan keadilan dan kepatutan. Dalam formulasinya yang tradisional, hukum adat secara

²³ Terminology demikian berarti asli (orisinil) atau yang pertama kali diketahui eksis dalam suatu wilayah/negara yang diartikan sebagai bumi dikutip dari, C.R Onions, *The Shorter Oxford English Dictionary*, Vol. 1, Edisi Ketiga, Oxford: Clarendon Press, 1975, h. 334.

²⁴ Lebih lanjut goldsmith menulis “Significantly, *chthonic* man has always recognized a hierarchical set of law governing at once his own behavior, that of his society, of his natural world and of the all encompassing cosmos itself, laws which it is his moral duty to observe as rigorously as possible.” Edward Goldsmith, *The Way: An Ecological World View*, Athens: The University of Georgia Press, 1998, h. 14.

²⁵ H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of The World*, Oxford: Oxford University Press, 2000, h. 57.

umum dicirikan oleh penyampaian yang dilakukan secara tidak tertulis dalam kehidupan masyarakat. Bentuknya yang tipikal dari hukum adat terletak dalam tradisi lisannya. Melalui tradisi inilah keaslian adat dapat dipertahankan, dimana dengan bentuknya yang semacam itu hubungan antara masa lampau, masa kekinian dan masa depan dari masyarakat dapat dijaga. Dengan begitu, karena informasi yang disampaikan dalam masyarakat dikomunikasikan secara lisan, hukum adat sangat jarang dikodifikasikan.

Adapun kodifikasi itu berlangsung, maka dia bukanlah sebuah aturan melainkan sekedar pengecualian.²⁶ Di beberapa tempat dimana kita mendapatkan sumber-sumber adat yang tertulis, seperti misalnya di Lombok atau di Bali, fungsi utama mereka secara umum terletak pada pernyataan-pernyataannya yang bersifat preskriptif. Orang-orang di tempat tersebut biasanya lebih tergantung pada daya ingat dan perasaan keadilan kolektif mereka daripada sumber hukum yang tertulis.²⁷ Memang dapat dipahami bahwa sumber adat yang lebih besar justru tersimpan dalam tradisi lisan tersebut, dimana di dalamnya ungkapan-ungkapan yang preskriptif maupun aturan hukum dapat digali.²⁸ Karenanya, banyak pihak menemukan bahwa informasi lisan dari adat justru lebih kaya ketimbang sumber tertulisnya.

Hukum adat tidak pernah secara sistematis mengikuti metode legislasi ataupun kodifikasi sebab ia merupakan manifestasi secara langsung dari perasaan keadilan dan kepatutan yang dimiliki masyarakat secara umum. Dengan demikian, baik sumber maupun perkembangannya, hukum adat terletak dalam kehidupan masyarakat dan tidak tergantung pada proses teknis dari legislasi. Sejalan dengan prinsip tradisi lisannya, adat mempunyai kecenderungan umum untuk merujuk kepada tradisi para leluhur, yang disimpan dalam berbagai bentuk cerita-cerita dan petuah-petuah, sebagai sumber hukumnya.

c. Merangkai tentang Konstitusi Desa dan Telaahnya dalam Regulasi tentang Desa

Konstitusi merupakan kaidah dalam bentuk tertulis atau tidak tertulis yang memiliki 3 nilai:

1. Nilai normatif, dimana konstitusi telah resmi diterima oleh suatu bangsa dan bagi mereka konstitusi itu bukan saja berlaku dalam arti hukum, tetapi juga

²⁶ M. Djodjodigono, *Menyandra Hukum Adat*, Yogyakarta: Jajasan Fonds Universitas Gadjah Mada, 1950, h. 6-8.

²⁷ Koesno, *Pengantar Ke Dalam Hukum Adat Indonesia*, Nijmegen: Publicaties Over Adatrecht Van De Katholieke Universiteit te Nijmegen, 1971, h. B40.

²⁸ Ratno Lukito, *Tradisi Hukum Indonesia*, *Ibid.*, h. 15.

merupakan suatu kenyataan dalam arti sepenuhnya diperlukan dan efektif. Dengan kata lain dilaksanakan secara murni dan konsekuen.

2. Nilai nominal, dalam arti konstitusi menurut hukum memang berlaku, tapi kenyataannya tidak sempurna. Sehingga peran subyek dari konstitusi merupakan variabel yang dominan mempengaruhi nominal keefektifan substansi dari konstitusi.
3. Nilai semantik, dimana konstitusi secara hukum tetap berlaku, namun dalam kenyataannya sekedar untuk memberi bentuk dari tema yang telah ada dan untuk melaksanakan kekuasaan, sehingga mobilitas kekuasaan yang dinamis untuk mengatur merupakan maksud yang esensial dari suatu konstitusi.²⁹

Di lain sisi, fungsi dan kedudukan Konstitusi adalah:

1. Konstitusi berfungsi sebagai dokumen nasional (*national document*) yang mengandung perjanjian luhur, berisi kesepakatan-kesepakatan tentang politik, hukum, pendidikan, kebudayaan, ekonomi, kesejahteraan, dan aspek fundamental yang menjadi tujuan negara.
2. Konstitusi sebagai piagam kelahiran baru (*a birth certificate of new state*). Hal ini juga merupakan bukti adanya pengakuan masyarakat internasional, termasuk untuk menjadi anggota PBB, oleh karena itu, sikap kepatuhan suatu negara terhadap hukum internasional ditandai dengan adanya ratifikasi terhadap perjanjian-perjanjian internasional.
3. Konstitusi sebagai sumber hukum tertinggi.
4. Konstitusi sebagai identitas nasional dan lambang persatuan.
5. Konstitusi sebagai alat untuk membatasi kekuasaan.
6. Konstitusi sebagai pelindung HAM dan kebebasan warga negara.
7. Konstitusi sebagai pemberi atau sumber legitimasi terhadap kekuasaan negara ataupun kegiatan penyelenggaraan kekuasaan negara.
8. Konstitusi sebagai fungsi penyalur atau pengalih kewenangan dari sumber kekuasaan yang asli (yang dalam sistem demokrasi adalah rakyat) kepada organ negara.
9. Konstitusi sebagai fungsi simbolik sebagai rujukan identitas dan keagungan kebangsaan (*identity and characteristic of nation*).
10. Konstitusi sebagai fungsi simbolik sebagai pusat upacara (*center of ceremony*).³⁰

²⁹ Moh Kusnardi, Harmaily Ibrahim, *Hukum Tata Negara Indonesia, Ibid.*, h. 74.

³⁰ Ellydar Chaidir, *Hukum dan Teori Konstitusi*, Kreasi Total Media Yogyakarta: Jogjakarta Press, 2007, h. 20-21.

Sehingga, Diluar dari sifatnya bahwa konstitusi berada pada bentuk modern³¹ maupun tidak, dapat ditarik garis besar atas motif eksistensi dari konstitusi. Dilihat dari nilai dan fungsi serta kedudukannya adalah adanya perwujudan perjanjian negara dengan masyarakat atas sebuah kepentingan (perlindungan hak dan perwujudan kewenangan) berupa pembatasan diri. Masyarakat sebagai salah satu pihak yang memberikan motif eksisnya sebuah konstitusi, dan masyarakat disini dapat diartikan sebagai masyarakat dalam sebuah lingkungan dengan sistem nilai/negara.

Apabila melihat kajian tentang “desa”³² di Indonesia sekurang-kurangnya akan menimbulkan tiga macam penafsiran atau pengertian. *Pertama*, pengertian secara sosiologis yang menggambarkan suatu bentuk kesatuan masyarakat atau komunitas penduduk yang tinggal dan menetap dalam suatu lingkungan, dimana di antara mereka saling mengenal dengan baik dan corak kehidupan di antara mereka relatif homogen, serta banyak bergantung kepada kebaikan-kebaikan alam.³³ *Kedua*, pengertian secara ekonomi, desa sebagai suatu lingkungan masyarakat yang berusaha memenuhi kebutuhan hidupnya sehari-hari dari apa yang disediakan alam di sekitarnya.³⁴ *Ketiga*, pengertian secara politik dimana “desa” sebagai suatu organisasi pemerintahan atau organisasi kekuasaan yang secara politik mempunyai wewenang tertentu karena merupakan bagian dari pemerintahan negara.³⁵ Sehingga berdasar pada penjelasan-penjelasan diatas, dapat diverifikasi bahwa landasan Desa dapat memiliki konstitusi, adalah *pertama*, sifatnya yang orisinalitas karena tidak menjasi sub-sistem dari negara Indonesia; *kedua*, kesamaan tujuan, nilai, dan perilaku yang ingin dan telah dicapai; *ketiga*, wilayah keberlakuan; *keempat*, kesepakatan penggunaan Bahasa.

Konstruksi demikian sekiranya juga telah tergambar melalui hipotesa sederhana bahwa persepsi terhadap pemenuhan kebutuhan ini mengakibatkan

³¹ Salah satu bentuk dari konstitusi modern adalah sifatnya yang tertulis seperti Piagam Madinah. Pengambilan piagam Madinah sebagai contoh konstitusi modern ini berangkat dari Peristiwa penandatanganan Piagam Madinah itu dicatat oleh banyak ahli sebagai perkembangan yang paling modern di zamannya, karena mampu mempersatukan ke-13 golongan masyarakat dalam satu kesepakatan (penyebutan sebagai kaum). sehingga mempengaruhi berbagai tradisi kenegaraan yang berkembang di kawasan yang dipengaruhi oleh peradaban Islam di kemudian hari. Lihat Bukhori Abdul Shomad, *Piagam Madinah Dan Resolusi Konflik*, Al-AdYaN/Vol.VIII, N0.2/Julii-Desember /2013, h. 69.

³² Istilah atau sebutan dari “desa” dipakai serta dikenal di Pulau Jawa, Madura dan Bali. Penyebutan lain dari “desa” ini berbeda di masing-masing daerah. Soetardjo Kartohadikoesoemo. *Ibid*, h. 15.

³³ Dalam pengertian sosiologis tersebut, desa diasosiasikan sedengan suatu masyarakat yang hidup secara sederhana, pada umumnya hidup dari sektor pertanian, memiliki ikatan sosial dan adat atau tradisi yang masih kuat, sifatnya jujur dan bersahaja, pendidikannya relatif rendah dan lain sebagainya. Mashuri Mushab, *Politik Pemerintahan Desa di Indonesia*, Cetakan 1, Yogyakarta: PolGov Fisipol UGM, 2013, h. 1-2, yang dikutip Oleh Ni'matul Huda, *Ibid*., h. 32.

³⁴ Dalam pengertian yang kedua ini, desa merupakan satu lingkungan ekonomi dimana penduduknya berusaha untuk memenuhi kebutuhan hidupnya. *Ibid*., h. 32.

³⁵ Dalam pengertian ketiga ini desa sering dirumuskan sebagai “suatu kesatuan masyarakat hukum yang berkuasa menyelenggarakan pemerintahan sendiri”. *Ibid*, h. 33.

sebuah komunitas (Desa) di Indonesia melakukan penciptaan hukum menyesuaikan dengan kondisi masyarakat disana (adat) dengan karakteristik bahasa yang fleksibel dan mudah diterima masyarakat dalam bentuk cerita atau petuah yang tersentral oleh tradisi lisan dan penghormatan terhadap leluhur serta etika sebagai sumber hukumnya.³⁶ Kondisi eksisting demikian terus berkembang bertransisi dari budaya komunal hingga mengenal konsep yang lebih spesifik seperti pemahaman hubungan individu yang melahirkan hukum tanah, hukum perkawinan, hukum waris, dan hukum pidana.

Lantas pada kondisi muncul apa yang menjadi landasan sebuah komunitas (Desa) melakukan perubahan/perkembangan/penghapusan produk hukumnya dengan *template* yang berbeda-beda dalam tiap komunitas sehingga menciptakan karakteristik pemerintahan Desa seperti pemisahan peran antara kepala desa dan/atau kepala adat.³⁷ Dalam pemahaman penulis akan jawaban tersebut tidak dapat disejajarkan antara madzab hukum formalisme atau realisme hukum dimana jalur perubahan atas perkembangan hukum yang dikeluarkan oleh Desa didasarkan atas hierarki norma.³⁸ Hal demikian justru merusak preskriptif awal dimana hukum yang dibentuk oleh desa memiliki karakter yang fleksibel dan minim atas kerumitan berfikir.

Alasan kedua penulis mengantarkan bahwa perubahan akan hukum yang mempengaruhi kecenderungan sebuah komunitas (Desa) didasarkan pada suatu hal yang lebih fundamental, yang karena pelabelan sifat fundamentalnya tersebut memiliki kuasa lebih tinggi dan dapat mematerialisasikan hukum baru dengan proses abstraksi.³⁹ Premis demikian layaknya teori klasifikasi konstitusi Jimly Asshidiqqie yang terimbangi dalam konsep Konstitusi Budaya, atau dikenal dengan konsep *Unwritten Constitution* yang secara konkrit sudah hidup di masyarakat dan mempengaruhi dinamisasi sistem hukum lainnya.⁴⁰ Di Lain sisi, istilah konstitusi menurut Chairul Anwar adalah *fundamental laws* tentang pemerintahan suatu negara dan nilai-nilai fundamentalnya. Ketika Negara⁴¹ diartikan sebagai sebuah

³⁶ Ratno Lukito, *Tradisi Hukum Indonesia, Ibid.*, h. 16.

³⁷ misal dalam wilayah desa tengger, terdapat kepala Desa dan Kepala Adat yang keduanya sama-sama berjalan memiliki wewenang tersendiri dalam menjalankan pemerintahan desa mereka.

³⁸ Muji Kartika Rahayu, *Sengketa Mazhab Hukum Sintesis Berbagai Madzhab Dalam Pemikiran Hukum*, Jakarta: Kompas, 2018, h. 90-94.

³⁹ Hal ini menyamai paham yang dibawa Aristoteles akan pembedaan antara istilah Politeia dan Nomoi, dimana Politeia diartikan sebagai konstitusi dan nomoi sebagai produk atas eksistensi Politeia karena hanya Politeia yang memiliki kekuasaan membentuk, dan nomoi hanya materi yang harus dibentuk supaya tidak bercerai berai. Dalam Moh Kusnardi, Hermaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia, Ibid.*, h. 62.

⁴⁰ Hal demikian menyesuaikan dengan konstitusi Inggris yang mengakui konstitusi tidak tertulis. Oleh Wheare ditulis bahwa "*Constitution in Britain both legal and non-legal rules, written or non-written, are blended together to form the system of government.*" Dalam I Dewa Gede Atmaja, *Teori Konstitusi dan Negara Hukum*, Malang: Setara Press, 2015, h. 21-22.

⁴¹ Sederhananya negara memiliki 4 unsur pokok, yaitu (1) a *Definite Territory*, (ii) *Popoulation*, (iii) a *Government*, (iv) *sovereignty*. Jimly Assidiqqie, *Ibid.*, h. 10.

konstruksi yang diciptakan oleh umat manusia (*Human Creation*) tentang pola hubungan antar manusia dalam kehidupan bermasyarakat yang diorganisasikan sedemikian rupa untuk maksud memenuhi kepentingan dan mencapai tujuan bersama.⁴²

Pemahaman atas bentuk-bentuk konstitusi demikian setidaknya akan merujuk pada beberapa teori terkait dengan klasifikasi konstitusi. Yang setidaknya dikemukakan oleh KC.Wheare serta Maarseveen dan Tang dengan prespektif yang berbeda yang mengarahkan pada pandangan bahwa konstitusi dapat berbentuk tertulis dan tidak tertulis dan diletakkan berdasarkan orisinalitas sistem hukum yang dibangun (dipengaruhi unsur kesejarahan), maupun berdasarkan pemaksaan keberlakuan dan perumusan konstitusi. Dalam pendapatnya terhadap teori klasifikasi konstitusi oleh KC. Wheare yang mengklasifikasikan bahwa konstitusi dapat berbentuk *written* atau *unwritten*. Layaknya pengakuan atas norma tertulis dan tidak tertulis dan klasifikasi konstitusi ini kemudian dikembangkan atas teori pembagian kekuasaan secara vertikal yang dilakukan oleh sebuah negara sehingga melahirkan teori klasifikasi konstitusi negara serikat (Federal), maupun klasifikasi konstitusi negara kesatuan yang bertitik pada Kewenangan (*Authority*) atas produk legislasi. Di lain sisi Teori Klasifikasi Konstitusi oleh Hench van Maarseven dan Ger van de Tang juga disebutkan beberapa klasifikasi seperti Klasifikasi Formil, maupun Klasifikasi Materil.⁴³ Dalam hal klasifikasi materil setidaknya ditemuka sub-klasifikasi seperti *Autochthonous Constitution* yang berarti konstitusi tersebut bersifat original berasaskan pada perjalanan sejarah dan sistem hukum sebuah negara, serta *Allochthonous Constitution* yang berarti konstitusi tersebut dipaksakan keberadaannya atas sebuah negara diluar dari konteks kesejarahan dan orisinalitas sistem hukum yang dibangun.⁴⁴ Sehingga relasi atas kedua telaah teori diatas mengarahkan pada bahwa meski secara teori bentuk klasifikasi konstitusi dapat berupa tertulis/tidak tertulis, tetap menyesuaikan dengan konsensus atas pemilihan sistem hukum yang berangkat dari nilai eksisting yang ada pada tahap pembentukan negara.

⁴² A.Appadorai, *The Substance of Politics (India: Oxford University Press, 2005)*, h.. 11. Tetapi menurut Soehino, Timbulnya pemikiran tentang negara tidaklah setua daripada adanya negara itu sendiri, keadaan demikian ini dapat dijelaskan dengan adanya negara-negara : Babylonia, Mesir dan Assyria yang sudah berdiri sekitar abad ke XVII ebelum Masehi dengan sistem pemerintahannya yang sangat absolut. Dalam hal ini Soehino mencontohkan negara Babylonia yang dipimpin oleh raja Chammurabi yang menjamin hak-hak warganegaranya melalui UU pada tahun 1800SM. Jhr Dr. J. J. Von Schmid, *Ahli-ahli Pemikir Besar Tentang Negara dan Hukum*, terjemahan Mr. R Wiranto dan Djamiluddin Dt Singomangkuto, Djakarta: P.T Pembangunan, 1954, h. 9-10 yang dikutip oleh Soehino, Ilmu Negara, *Ibid.*, h. 11.

⁴³ I Dewa Gede Atmadja, *Ibid.*, h. 21-27.

⁴⁴ *Ibid.*, h. 52-53.

Tahap pembentukan negara atas kontrak sosial dan klasifikasi konstitusi tertulis dan masuk dalam klasifikasi *Allochthonous Constitution* yang berarti konstitusi tersebut dipaksakan keberadaannya dan menegasi /mengevaluasi beberapa nilai yang irrelevan sehingga meminimalisir konflik sosial merupakan salah satu dari latar belakang teoritis atas pembentukan Konstitusi. Maka telaah terkait dengan eksistensi konstitusi desa dapat juga berupa penelusuran dari nilai-nilai yang eksis di masyarakat dan tercantum pula dalam peraturan perundang-Undangan/kebijakan yang berlaku di masyarakat. Dalam hal ini penulis beranggapan hal tersebut memiliki kemiripan atas karakteristik yang dibawa oleh konstitusi sebagai factor integrasi antara masyarakat Desa, Desa, dan bahasa Hukum yang digunakan.⁴⁵ Namun konstitusi disini masih berbentuk tradisional layaknya konstitusi sebelum abad ke-18 dimana dianggap sebagai seperangkat prinsip-prinsip yang tercermin dalam kelembagaan suatu komunitas. Sehingga peran konstitusi Desa adalah sebagai dasar hukum bagi Desa untuk melakukan perkembangan/perubahan/penghapusan hukum yang eksis.

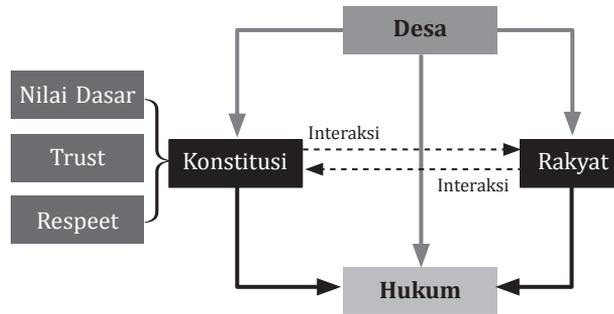
Pada telaah atas sebuah konstitusi umumnya tidak berdasarkan dan berasaskan atas legitimasi kekuasaan organ negara, namun atas legitimasi masyarakat (*Constituent Power*). Hal demikian dikarenakan atas terbentuknya sebuah negara sebagai mekanisme lanjutan untuk membuat sifat konkrit dari sebuah konsensus (*General Agreement*) dari masyarakat, sedangkan dasar keberadaan dan kedudukan konstitusi sebagai *Constituent Act* adalah kesepakatan umum atau persetujuan bersama (*General Consensus*) sebelum munculnya sistem yang mekanisme yang disebut negara.⁴⁶ Sehingga sebelum masa transformasi dari Nusantara menuju Indonesia, keberadaan Konstitusi Desa diposisikan sebagai dasar hukum masing-masing masyarakat desa dengan karakteristik masing-masing yang terasumsi pada bagian pendahuluan, sebagai nilai tertinggi dalam mengubah beberapa norma tertulis dalam skala komunitas Desa, dikarenakan perolehan atas kepercayaan dan penghargaan (*Mutual Trust* dan *Mutual Respect*).⁴⁷ kerangka demikian tercermin dalam beberapa kewilayahan di luar dari Konstitusi Majapahit sebagai bagian dari konstitusi modern, dimana masih menganut pada Konstitusi atas konsep *mutual trust* antara masyarakat dengan konstitusinya yang dapat tergambar dalam bagan berikut:

⁴⁵ Diluar dari bentuk konstitusi yang tertulis atau tidak tertulis (missal Inggris), Hal demikian termasuk juga nilai yang dibawa oleh konstitusi seperti nilai normative, nilai nominal, nilai semantic.

⁴⁶ *Ibid*, h. 31-34.

⁴⁷ Kondisi atas keberagaman demikian merefleksikan kebhinnekaan yang dipersatukan dalam suatu ikatan kebangsaan dan kenegaraan yang wajib diakui dan dijamin keberadaannya . sehingga bentuk UUDNRI 1945 merupakan titik kompromi antara kesepakatan dan ketergantungan sebagai satu bangsa dan satu mekanisme yang dinamakan negara. *Ibid*, h. 33.

Tabel. Kerangka Mutual Trust antara Konstitusi



Sumber: Bahan Hukum Sekunder, diolah Tahun 2019

Kontinuitas atas penggunaan dasar hukum tersebut mulai sedikit bergeser atau diberi opsi antara imposisi atau akulturasi, ketika harus dibenturkan terhadap tradisi hukum sipil yang dibawa oleh Belanda pada masa penjajahan dengan pencampurbauran nilai-nilai yang ada di masyarakat⁴⁸ di luar prinsip esensialisme dan relativitas kultural guna memilih dan memilah nilai mana yang akan diambil dalam sebuah komunitas (dalam hal ini Desa). Sehingga ketika ide penciptaan hukum melalui proses yang mekanis dan formal menjadi begitu kuat, arah menentukan hukum berdasar budaya masyarakat barat yang dominan cenderung untuk melihat hukum hanya dalam dimensi legislasi dan preseden yang diturunkan dari sumber tertulis saja. Hukum dalam bentuknya yang lain yang dihasilkan dari tradisi lisan (oral) dan tak tertulis dalam masyarakat pada umumnya kemudian dilihat sebagai sesuatu yang “bukan hukum” tetapi sekedar “kebiasaan” sehingga kebebasan untuk mengatur proses legislasi Desa pada masa tersebut lebih sering terdikte oleh pemerintah Belanda.⁴⁹ Kondisi demikian terus berlansung hingga momen lahirnya konstitusi modern pertama di Indonesia yaitu Undang-Undang Dasar Tahun 1945, dimana Indonesia membuka porsi budaya sebagai bahan pertimbangan dalam sebuah hukum secara konstitusional.

Kerangka sebelumnya terkait dengan konstitusi desa yang berangkat dari premis atas eksistensi hukum adat juga merupakan hukum yang dinamik dalam hubungannya dengan perkembangan masyarakat. Dengan demikian, eksistensi

⁴⁸ Moh Koesnoe, *Resepsi Hukum Barat di Indonesia Dewasa Ini*, 1997, Varia Perad, h. 80.

⁴⁹ Pandangan bahwa hukum yang tidak melalui system atau mekanisme legislasi inilah yang tampak umum dalam literatur hukum Barat sekarang ini. Sejak awalnya, para sarjana Barat senantiasa melihat aspek hukum dari adat melalui lensa pengajaran dan definisi hukum yang diterima dalam dunia Barat. Dan pandangan inilah yang saat itu mempengaruhi pemerintah kolonial Belanda ketika menghadapi fenomena Kecenderungan dalam masyarakat Desa. *Ibid*, h. 124.

hukum adat esensinya berakar dalam rasa keadilan masyarakat, karakter hukum di dalamnya mengikuti pemikiran masyarakat dalam kasus-kasus tertentu. Dengan pemikiran seperti ini, dapatlah dikatakan bahwa hukum adat pada dasarnya merupakan *case-law system*, karena detail hukum itu dibangun berdasar perkembangan opini masyarakat terhadap suatu kasus tertentu. Di sini hukum adat menyerupai sekali sistem hukum terbuka yaitu, segala sesuatu dalam hukum tersebut akan dilihat sebagai sesuatu yang diderivasikan dari ide filosofis umum tentang keseimbangan dan harmoni dari masyarakat. Sementara aspek detail substansi aturan-aturannya akan diputuskan berdasarkan proses dialog dan diskusi yang panjang dengan melibatkan seluruh bagian masyarakat. Hal inilah yang digambarkan dalam berbagai maksim dan petuah adat dimana hukum pada kenyataannya seperti kehidupan manusia: ia dilahirkan, kemudian tumbuh dewasa dan pada akhirnya mati.

Hukum dari masyarakat adat bukanlah sesuatu yang kaku dan tidak mampu berubah melainkan senantiasa berkembang sejalan dengan keinginan dan perubahan waktu dan keadaan dimana masyarakat berada.⁵⁰ Namun, ini tidak berarti bahwa fleksibilitas adat tidak mempunyai ruang untuk prinsip-prinsip hukum yang tetap. Walaupun aspek-aspek substantif hukum secara konstan berubah sejalan dengan kebutuhan sosial, aspek fundamental dari hukum pada dasarnya kekal. Dalam mengekspresikan ide filosofis dari hukum adat ini, masyarakat Minangkabau senantiasa mengatakan bahwa adat "*tidak lekang karena panas, tidak lapuk karena hujan*."⁵¹ Dengan kata lain, hukum adat itu kekal tetapi elastis dalam penampilannya. Taksonomi hukum adat orang Minangkabau juga memudahkan kita dalam memberikan gambaran yang jelas mengenai ide kontinuitas dan perubahan dalam hukum adat ini. Ini mirip dengan definisi yang sudah dikemukakan di depan tentang *adat nan sabana adat* (adat yang sesungguhnya adat) yang menjelaskan bagian yang tidak berubah dari adat tersebut, yaitu, adat yang rigid dan tidak berubah yang tidak berhubungan sama sekali dengan perubahan waktu dan tempat. Ia juga merupakan adat yang universal, dalam arti adat dilihat sebagai prinsip-prinsip hukum dasar yang menginspirasi semua aturan dan norma yang diaplikasikan dalam masyarakat.

Dari kategori adat yang permanen muncul adat yang lain yang menerima perubahan dan perkembangan. Dalam preskriptif penulis sebelumnya menyebutkan

⁵⁰ Ratno Lukito, *Tradisi Hukum Indonesia, Ibid.*, h. 40.

⁵¹ Koesnoe, *Dasar-Dasar Formal Ilmu Hukum Adat, Ibid.*, h. 49.

antara presepsi Nomoi dan Politiea, dimana dimana Politiea diartikan sebagai konstitusi dan Nomoi sebagai produk atas eksistensi Politiea karena hanya Politiea yang memiliki kekuasaan membentuk, dan nomoi hanya materi yang harus dibentuk supaya tidak bercerai berai.⁵² Karena itu banyak sumber hukum adat dideskripsikan sebagai hukum yang selalu mengalir, menggambarkan kepermanenan dan perubahan dari aliran air. Mengkarakterkan hukum adat laksana air di sini sangat sesuai karena ia menggambarkan bagaimana orang berpikir tentang hukum itu sendiri. Jika hukum harus sesuai dengan perubahan sosial, maka ia harus secara konstan mengalir, seperti aliran air sungai, dan dalam waktu yang sama aliran air tidak berubah pula. Sehingga dapat disimpulkan bahwa karakter umum dari hukum *cthonie* sebagai tradisi hukum yang bersifat supelan dan dinamis telah mampu memfasilitasi Desa untuk memberikan perilaku yang positif terhadap sebuah tradisi, dimana dengannya proses pertukaran dan transformasi dapat dilakukan demi meningkatnya keseimbangan, kedamaian dan harmoni di dalam masyarakat.⁵³

Di lain sisi porsi bagi desa untuk mengatur perilaku mereka telah dilindungi oleh pemerintah melalui peraturan perundang-undangan. Meskipun istilah Desa telah dihapuskan di dalam UUD 1945 amandemen ke-2, klausul *“Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya...”* berarti mengharuskan negara melakukan rekognisi terhadap kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat, yang di dalamnya mencakup Desa, nagari, mukim, huta, soso, kampung, marga, negeri, parangiu, pakraman, lembang dan seterusnya. Desa mulai dipertimbangkan kembali dalam ketatanegaraan Indonesia dengan konsep yang minimalis dan sederhana di dalam undang-undang akibat dari penafsiran Pasal 18B ayat (2) UUD NRI 1945:

“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.”

Dari pasal inilah kemudian lahir gagasan untuk membentuk UU tentang Desa yang ditujukan untuk membangun instrumen serta visi menuju kehidupan

⁵² Contoh penulis ambil pada Orang Minangkabau karenanya percaya bahwa ada bagian dari adat yang kekal dan ada pula bagian lain yang tidak kekal, yang terakhir ini senantiasa menerima perubahan karena ia diderivasikan dari nilai adat yang universal. Dengan kata lain, adat universal berisi nilai-nilai hukum yang jeneral dan mendasar yang menurunkan hukum yang kekal, berlanjut dan tidak mengenal perubahan, sementara dalam adat yang spesifik dan lokal nilai-nilai seperti perubahan, perkembangan dan perubahan.

⁵³ Ratno Lukito, *Tradisi Hukum Indonesia*, *Ibid.*, h. 47.

baru Desa yang mandiri dengan berfondasi pada inisiatif lokal, demokratis, dan sejahtera baik penyediaan layanan dasar maupun pengembangan ekonomi desa berbasis pada potensi lokal.⁵⁴ Dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia melalui Undang-Undang Negara Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 2014 Tentang Desa Dan Undang-Undang Negara Republik Indonesia Nomor 9 Tahun 2015 Tentang Pemerintah Daerah, desa diartikan sebagai "*kesatuan masyarakat hukum yang memiliki batas wilayah yang berwenang untuk mengatur dan mengurus urusan pemerintahan, kepentingan masyarakat setempat berdasarkan prakarsa masyarakat, hak asal usul, dan/atau hak tradisional yang diakui dan dihormati dalam sistem pemerintahan Negara Kesatuan Republik Indonesia.*" Kewenangan desa dalam penyelenggaraan pemerintah desa yang mulanya menjadi bagian politik desentralisasi berubah menjadi asas rekognisi dan subsidiaritas berdasarkan penjelasan Undang-Undang Negara Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 2014 Tentang Desa, bahwa pengaturan Desa berasaskan 13 (tiga belas) poin yang diantaranya adalah rekognisi, subsidiaritas, keberagaman, dan lain sebagainya.⁵⁵ Sehingga pelaksanaan pemerintah desa diidealkan melalui perundang-undangan sebagai salah satu sub-sistem dari tata kelola pemerintahan. Sehingga, pengakuan atas konstitusi desa yang telah eksis sejak sebelum masa penjajahan telah diakui dan diakomodir oleh pemerintah dengan pencantuman hak asal usul dan terlabel asas rekognisi dan subsidiaritas⁵⁶ yang sebelumnya dalam UU No. 32/2004 dan PP No. 72/2005 hanya mengenal asas Desentralisasi-residualitas.

Rekognisi merupakan pengakuan dan penghormatan terhadap Desa, sesuai dengan semangat UUD 1945 Pasal 18B ayat 2 yang memberikan pengakuan dan penghormatan terhadap kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya. Sedangkan subsidiaritas memiliki tiga makna: *Pertama*, subsidiaritas adalah lokalisasi penggunaan kewenangan dan pengambilan keputusan tentang

⁵⁴ Naskah Akademik Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa. h. 9-11.

⁵⁵ Dalam pengertian lengkapnya "1. rekognisi, yaitu pengakuan terhadap hak asal usul; 2. subsidiaritas, yaitu penetapan kewenangan berskala lokal dan pengambilan keputusan secara lokal untuk kepentingan masyarakat Desa; 3. keberagaman, yaitu pengakuan dan penghormatan terhadap sistem nilai yang berlaku di masyarakat Desa, tetapi dengan tetap mengindahkan sistem nilai bersama dalam kehidupan berbangsa dan bernegara; 4. kebersamaan, yaitu semangat untuk berperan aktif dan bekerja sama dengan prinsip saling menghargai antara kelembagaan di tingkat Desa dan unsur masyarakat Desa dalam membangun Desa; 5. kegotongroyongan, yaitu kebiasaan saling tolong-menolong untuk membangun Desa; 6. kekeluargaan, yaitu kebiasaan warga masyarakat Desa sebagai bagian dari satu kesatuan keluarga besar masyarakat Desa; 7. musyawarah, yaitu proses pengambilan keputusan yang menyangkut kepentingan masyarakat Desa melalui diskusi dengan berbagai pihak yang berkepentingan; 8. demokrasi, yaitu sistem pengorganisasian masyarakat Desa dalam suatu sistem pemerintahan yang dilakukan oleh masyarakat Desa atau dengan persetujuan masyarakat Desa serta keluhuran harkat dan martabat manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa diakui, ditata, dan dijamin; 9. kemandirian, yaitu suatu proses yang dilakukan oleh Pemerintah Desa dan masyarakat Desa untuk melakukan suatu kegiatan dalam rangka memenuhi kebutuhannya dengan kemampuan sendiri; 10. partisipasi, yaitu turut berperan aktif dalam suatu kegiatan; 11. kesetaraan, yaitu kesamaan dalam kedudukan dan peran; 12. pemberdayaan, yaitu upaya meningkatkan taraf hidup dan kesejahteraan masyarakat Desa melalui penetapan kebijakan, program, dan kegiatan yang sesuai dengan esensi masalah dan prioritas kebutuhan masyarakat Desa; dan 13. keberlanjutan, yaitu suatu proses yang dilakukan secara terkoordinasi, terintegrasi, dan berkesinambungan dalam merencanakan dan melaksanakan program pembangunan Desa."

⁵⁶ Ni'matul Huda, *Opcit*, h. 20.

kepentingan masyarakat setempat kepada Desa. *Kedua*, negara bukan menyerahkan kewenangan seperti asas desentralisasi, melainkan menetapkan kewenangan lokal berskala Desa menjadi kewenangan Desa melalui undang-undang. *Ketiga*, pemerintah tidak melakukan campur tangan (intervensi) dari atas terhadap kewenangan lokal Desa, melainkan melakukan dukungan dan fasilitasi terhadap Desa.⁵⁷

Berdasar pada penjelasan di atas jelas kiranya atas hipotesa kedua penulis di awal bahwa Konstitusi desa merupakan unsur yang mendasari perubahan akan hukum yang mempengaruhi kecenderungan sebuah komunitas (Desa) didasarkan karena sifatnya yang lebih fundamental, yang karena pelabelan sifat fundamentalnya tersebut memiliki kuasa lebih tinggi dan dapat mematerialisasikan hukum baru dengan proses abstraksi.⁵⁸ Dilain sisi Istilah konstitusi menurut Chairul Anwar adalah *fundamental laws* tentang pemerintahan suatu negara dan nilai-nilai fundamentalnya. Ketika Negara⁵⁹ diartikan sebagai sebuah konstruksi yang diciptakan oleh umat manusia (*Human Creation*) tentang pola hubungan antar manusia dalam kehidupan bermasyarakat yang diorganisasikan sedemikian rupa untuk maksud memenuhi kepentingan dan mencapai tujuan bersama.⁶⁰ Dalam hal ini penulis beranggapan hal tersebut memiliki kemiripan atas karakteristik yang dibawa oleh konstitusi sebagai faktor integrasi antara masyarakat Desa, Desa, dan bahasa Hukum yang digunakan.⁶¹ Sehingga peran konsititusi Desa adalah sebagai dasar hukum bagi Desa untuk melakukan perkembangan/perubahan/penghapusan hukum yang eksis.

KESIMPULAN

Preskriptif atas Konstitusi Desa di Indonesia telah memperoleh eksistensinya melalui Dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia, yaitu melalui

⁵⁷ Dekki Umamur Ra'is, *Kebijakan Pemberdayaan Masyarakat Dalam Perspektif Asas Rekognisi Dan Subsidiaritas Undang-undangdesa Nomor 6 Tahun 2014*, Jurnal *Reformasi*, Vol. 7 No. 1, 2017, h. 36-37.

⁵⁸ Hal ini menyamai paham yang dibawa Aristoteles akan pembedaan antara istilah Politia dan Nomoi, dimana Politia diartikan sebagai konstitusi dan nomoi sebagai produk atas eksistensi Politia karena hanya Politia yang memiliki kekuasaan membentuk, dan nomoi hanya materi yang harus dibentuk supaya tidak bercerai berai. Dalam Moh Kusnardi, Hermaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia, Ibid.*, h. 62.

⁵⁹ Sederhananya negara memiliki 4 unsur pokok, yaitu (1) a Definite Territory, (ii) Popoulation, (iii) a Government, (iv) sovereignty. Jimly Assidique, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara, Ibid.*, h. 10.

⁶⁰ A.Appadorai, *The Substance of Politics, India: Oxford University Press*, 2005, h. 11. Tetapi menurut Soehino, Timbulnya pemikiran tentang negara tidaklah setua daripada adanya negara itu sendiri, keadaan demikian ini dapat dijelaskan dengan adanya negara-negara : Babylonia, Mesir dan Assyria yang sudah berdiri sekitar abad ke XVII ebelum Masehi dengan sistem pemerintahannya yang sangat absolut. Dalam hal ini Soehino mencontohkan negara Babylonia yang dipimpin oleh raja Chammurabi yang menjamin hak-hak warganegaranya melalui UU pada tahun 1800SM. Jhr Dr. J. J. Von Schmid, *Ahli-ahli Pemikir Besar Tentang Negara dan Hukum*, terjemahan Mr. R Wiranto dan Djamaluddin Dt Singomangkuto, Djakarta: P.T Pembangunan, 1954, h. 9-10 yang dikutip oleh Soehino, *Ilmu Negara, Ibid.*, h. 11.

⁶¹ Diluar dari bentuk konstitusi yang tertulis atau tidak tertulis (missal Inggris), Hal demikian termasuk juga nilai yang dibawa oleh konstitusi seperti nilai normative, nilai nominal, nilai semantic.

Undang-Undang Negara Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa Dan Undang-Undang Negara Republik Indonesia Nomor 9 Tahun 2015 tentang Pemerintahan Daerah yang telah menganulir semangat atas nilai-nilai hukum yang bersifat “*chthonic*” sebelum negara ini bernama Indonesia. Pola demikian secara kontekstual ini terlaksana pada tahun 2014 sejak teranulirnya prinsip rekognisi dan subsidiaritas melalui UU Desa. Dalam perkembangannya pun Konstitusi desa tetap menjadi sebuah unsur yang mendasari perubahan akan hukum terhadap perkembangan dalam sebuah komunitas (Desa/Masyarakat). Hal demikian dikarenakan sifatnya (Konstitusi Desa) yang lebih fundamental, yang karena pelabelan sifat fundamentalnya tersebut memiliki kuasa lebih tinggi dan dapat mematerialisasikan hukum baru dengan proses abstraksi karena hukum yang berada pada desa cenderung tidak tertulis atau dirangkum dalam Bahasa (*symbol/makna*) yang sederhana.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Bhenyamin dan Hanif Nurcholis, 2005, *Teori dan Praktek Pemerintahan dan Otonomi Daerah*, Jakarta: Gramedia.
- Edward Goldsmith, 1998, *The Way: An Ecological World View*, Athens, GA, The University of Georgia Press.
- Ellydar Chaidir, 2007, *Hukum dan Teori Konstitusi*, Kreasi Total Media Yogyakarta, Jogjakarta Press.
- H. Patrick Glenn, 2000, *Legal Traditions of The World*, Oxford, Oxford University Press.
- Hanif Nurcholis, 2011, *Pertumbuhan dan Penyelenggaraan Pemerintah Desa*, Jakarta: Penerbit Erlangga.
- HAW. Widjaja, 2008, *Otonomi Desa Merupakan Otonomi yang Asli, Bulat dan Utuh*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada
- Jimly Assidique, 2009, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jakarta: Rajawali Press.
- Koesno, 1971, *Pengantar Ke Dalam Hukum Adat Indonesia*, Nijmegen: Publicaties Over Adatrecht Van De Katholeke Universiteit te Nijmegen.

- M. Djodjodigono, 1950, *Menjandra Hukum Adat*, Yogyakarta: Jajasan Fonds Universitas Gadjah Mada.
- Moh Kusnardi, 1983, Hermaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia, Cetakan ke-5*, Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia.
- Muji Kartika Rahayu, 2018, *Sengketa Mazhab Hkum Sintesis Berbagai Madzhab Dalam Pemikiran Hukum*, Jakarta: Kompas.
- Ni'matul Huda, 2015, *Hukum Pemerintahan Desa Dalam Konstitusi Indonesia Sejak Kemerdekaan Hingga Reformasi*, Malang: Setara Press.
- Ratno Lukito, 2013, *Tradisi Hukum Indonesia*, Cianjur: IMR Press.
- Soehino, 2000, Ilmu Negara, Yogyakarta: Liberty.
- Soerjono Soekamto, 2015, *Sosiologi Suatu Pengantar*, Jakarta: Yayasan Penerbit Universitas Indonesia.
- Soetardjo Kartohadikoesoemo, 1984, *Desa*, Jakarta: PN Balai Pustaka.
- Widjaja, 2003, *Pemerintah Desa dan Administrasi Desa*, Jakarta: Raja Grafindo.

Jurnal

- C.R Onions, *The Shorter Oxford English Dictionary*, Vol. 1, Edisi Ketiga, Oxford, Clarendon Press, 1975.
- Dekki Umamur Ra'is, *Kebijakan Pemberdayaan Masyarakat Dalam Perspektif Asas Rekognisi Dan Subsidiaritas Undang-undangdesa Nomor 6 Tahun 2014, reformasi*, Vol. 7 No. 1 2017.

Lain-Lain

- Naskah Akademik Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa.

Peraturan Perundang-Undangan

- Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945
- Undang-Undang Negara Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 2014 Tentang Desa
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintahan Daerah sebagaimana yang telah diubah oleh Undang-Undang Negara Republik Indonesia Nomor 9 Tahun 2015 Tentang Pemerintah Daerah

Prospek Penjatuhan Putusan Provisi dalam Perkara Pengujian Undang- Undang

Prospect for Granting Provisional Decisions in Judicial Review

Alboin Pasaribu dan Intan Permata Putri

Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara, dan Pengelolaan Perpustakaan
Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia
Jl. Medan Merdeka Barat 6 Jakarta Pusat
E-mail: alboinpasaribu@gmail.com; intanpermatap@gmail.com

Naskah diterima: 26-08-2020 revisi: 07-09-2020 disetujui: 22-02-2021

Abstrak

Permohonan provisionil atau provisi tidak lazim dalam perkara pengujian konstitusionalitas undang-undang. Tulisan ini hendak mencari dasar diajukannya permohonan provisi dan pola penjatuhan putusan terhadap permohonan provisi. Hasil penelitian menunjukkan ada tiga hal yang menjadi dasar diajukannya permohonan provisi, yaitu: (i) terdapat dugaan perbuatan pidana dalam pembentukan undang-undang yang dimohonkan pengujiannya; (ii) melindungi hak-hak konstitusional pemohon yang sangat terancam dan tidak dapat dipulihkan dalam putusan akhir; dan (iii) mendesakny waktu untuk segera mendapatkan putusan hakim sebelum penyelenggaraan pemilihan, khususnya berkenaan dengan hak memilih dan dipilih. Ditinjau dari saat penjatuhannya, terdapat tiga pola putusan atas permohonan provisi, yaitu (i) dijatuhkan tatkala proses pemeriksaan perkara sedang berlangsung dan dituangkan secara tertulis sebelum menjatuhkan putusan akhir; (ii) diucapkan secara lisan di dalam persidangan ketika proses pemeriksaan perkara sedang berlangsung dan kemudian ditegaskan kembali secara tertulis dalam putusan akhir; dan (iii) diputus secara bersamaan dengan pokok permohonan di dalam putusan akhir.

Kata kunci: Permohonan Provisi, Pengujian Undang-Undang, Putusan Mahkamah Konstitusi.

Abstract

Provisional petition is not common in judicial review cases. This paper seeks to find the basis for submitting a provisional petition and the pattern of ruling on the provisional petition. The results showed that there were three things that became the basis for the petition for provisions, namely: (i) there were allegations of criminal acts in the formation of the law that was petitioned for review; (ii) protecting the constitutional rights which are seriously threatened and cannot be restored in the final judgment; and (iii) the urgent need for time to obtain a judge's decision before the election, especially with regard to the right to vote and be elected. There were three pattern of rendering decisions on provisional petition, namely (i) dropped when the case examination process is ongoing and stated in writing before making the final decision; (ii) pronounced orally in court when the case examination process is ongoing and then reaffirmed in writing in the final decision; and (iii) decided simultaneously with the subject matter of the petition in the final judgment.

Keywords: *Provisional Petition, Judicial Review, Constitutional Court Decision.*

PENDAHULUAN

Beberapa waktu terakhir, permohonan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) yang diajukan kepada Mahkamah Konstitusi (MK) sering memuat permohonan atau tuntutan provisi. Permohonan pengujian konstitusionalitas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum, misalnya, banyak diminta oleh beberapa pemohon agar pemeriksaan perkaranya diprioritaskan dan segera diputus oleh majelis hakim.¹ Alasan yang sering dikemukakan adalah mepetnya jadwal penyelenggaraan pemilihan umum (pemilu) serentak tahun 2019.

Permohonan provisionil atau provisi, yang putusannya disebut sebagai putusan provisi (sela), sesungguhnya tidak lazim dalam perkara pengujian konstitusionalitas undang-undang (*judicial review*). Hukum acara MK yang termuat dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2020 (UU MK) hanya memungkinkan penggunaan 'putusan sela' dalam penyelesaian sengketa kewenangan konstitusional lembaga negara yang juga menjadi salah satu kewenangan MK. Ketentuan Pasal 63 UU MK menyatakan, "*Mahkamah*

¹ Lihat, antara lain, dalam beberapa perkara yang diregistrasi dengan Nomor 58/PUU-XVII/2018, Nomor 93/PUU-XVII/2018, Nomor 19/PUU-XVII/2019, Nomor 20/PUU-XVII/2019, Nomor 25/PUU-XVII/2019, Nomor 26/PUU-XVII/2019, Nomor 36/PUU-XVII/2019, Nomor 55/PUU-XVII/2019, Nomor 56/PUU-XVII/2019, dan Nomor 75/PUU-XVII/2019.

Konstitusi dapat mengeluarkan penetapan yang memerintahkan pada pemohon dan/atau termohon untuk menghentikan sementara pelaksanaan kewenangan yang dipersengketakan sampai ada putusan Mahkamah Konstitusi.”

Meskipun terminologi yang digunakan adalah ‘penetapan’, bukan ‘putusan’,² namun di dalam Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 08/PMK/2006 tentang Pedoman Beracara Dalam Sengketa Kewenangan Konstitusional Lembaga Negara dengan tegas menggunakan istilah ‘putusan sela’. Putusan sela merupakan produk yang dikeluarkan MK yang berupa perintah kepada pemohon atau termohon untuk menghentikan sementara pelaksanaan kewenangan yang dipersengketakan sampai ada putusan (akhir) dari majelis hakim konstitusi. Lebih jauh, regulasi ini juga mengatur prosedur dan parameter untuk menjatuhkan putusan sela.³

Dalam perkembangannya, praktek penggunaan istilah ‘putusan sela’ menjadi lazim dipakai dalam perkara perselisihan hasil pemilihan, baik pemilu Presiden dan Wakil Presiden, pemilu legislatif, maupun pemilihan kepala daerah (pilkada). Meskipun tidak dirumuskan secara tegas di dalam UU MK, namun berbagai regulasi internal yang mengatur tentang tata beracara dalam perkara perselisihan hasil pemilu dan pemilihan kepala daerah mencantumkan landasan penjatuan putusan sela.⁴ Dengan diaturnya putusan sela dalam regulasi internal yang diterbitkan oleh MK, maka terdapat landasan hukum yang kuat dan beralasan bagi para hakim untuk menjatuhkan putusan sela dalam penyelesaian perkara perselisihan hasil pemilu dan pilkada.

Kembali pada perkara pengujian undang-undang, praktek permohonan provisi pertama kali terdapat dalam perkara yang diajukan oleh K.H. Abdurrahman Wahid dan Dr. Alwi Abdurrahman Shihab mengenai persyaratan calon Presiden dan Wakil Presiden. Keduanya meminta agar sebelum memeriksa pokok perkara, MK terlebih dahulu menanggguhkan sementara keberlakuan Pasal 6 UU Nomor 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden hingga adanya putusan yang final dan berkekuatan hukum tetap. Namun, menurut majelis hakim, oleh karena lembaga provisi tidak dikenal dalam hukum acara pengujian undang-undang, maka permohonan provisi tersebut dinyatakan tidak dapat diterima.⁵

² Bisariyadi, “Putusan Sela Dalam Perkara Perselisihan Hasil Pemilihan Umum”, *Jurnal Hukum & Pembangunan*, Vol. 49, No. 2, 2019, h. 398.

³ Lihat Pasal 12 dan Pasal 13 Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 08/PMK/2006 tentang Pedoman Beracara Dalam Sengketa Kewenangan Konstitusional Lembaga Negara.

⁴ Secara historis, pengaturan putusan sela mulai dituangkan ke dalam regulasi MK sejak tahun 2008, yakni melalui Peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK) Nomor 14 Tahun 2008 tentang Pedoman Beracara Dalam Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, serta PMK Nomor 15 Tahun 2008 tentang Pedoman Beracara Dalam Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah.

⁵ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 008/PUU-II/2004, bertanggal 23 April 2004, perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden terhadap UUD 1945, h. 24-25.

Hingga tahun 2009, setiap kali terdapat permohonan provisi dari para pemohon dalam perkara pengujian undang-undang, MK tidak pernah mengabulkannya. Majelis hakim konstitusi telah melakukan terobosan besar dengan mengabulkan permohonan provisi dalam perkara pengujian UU Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (UU KPK) yang dimohonkan oleh Bibit S. Rianto dan Chandra M. Hamzah selaku pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) kala itu. Pertimbangannya adalah untuk mencegah kemungkinan kerugian konstitusional para pemohon apabila menjadi terdakwa karena diberhentikan secara tetap oleh Presiden padahal pasal undang-undang yang dijadikan dasar hukumnya sedang diperiksa oleh MK.⁶ Terobosan yang dimuat dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 133/PUU-VII/2009 ini dinilai sebagai salah satu putusan progresif karena berani keluar dari kerangka pemikiran legal positivisme atau legisme dan mencerminkan keadilan substantif.⁷

Sejak saat itu, permohonan provisi yang memohonkan penundaan berlakunya suatu norma undang-undang yang diuji semakin sering diajukan dalam berbagai perkara pengujian undang-undang. Namun, sejak saat itu pula MK tidak pernah lagi mengabulkan permohonan provisi yang menunda keberlakuan suatu norma undang-undang sampai hari ini. Pertimbangan hukum yang berulang kali digunakan, yaitu: (i) MK hanya menguji norma abstrak, bukan kasus konkret; (ii) putusan tentang norma dalam pengujian undang-undang bersifat *erga omnes*; dan (iii) putusan MK bersifat prospektif sesuai dengan Pasal 58 UU MK serta Pasal 38 dan Pasal 39 Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang.⁸

Dalam kesempatan berikutnya, MK mengabulkan permohonan provisi yang menyangkut pemeriksaan prioritas agar perkara yang diajukan segera diputus. Perkara-perkara yang dikabulkan pemeriksaannya secara cepat adalah pengujian undang-undang terkait pemilu dan pilkada sebagaimana ditemukan dalam 4 (empat) putusan, yakni Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 19/PUU-XVII/2019, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-XVII/2019, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 56/PUU-XVII/2019, dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 75/PUU-XVII/2019.

⁶ Putusan (Sela) Mahkamah Konstitusi Nomor 133/PUU-VII/2009, bertanggal 29 Oktober 2009, perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi terhadap UUD 1945, h. 32.

⁷ Pusat Studi Konstitusi FH Universitas Andalas, "Perkembangan Pengujian Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Konstitusi*, Volume 7 Nomor 6 Desember 2010, h. 177.

⁸ Lihat, misalnya, dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 37-39/PUU-VIII/2010.

Diskusi mengenai putusan provisi (sela) di lembaga peradilan konstitusi Indonesia, khususnya dalam perkara pengujian undang-undang, belum banyak mendapat perhatian dan diteliti secara akademis. Topik serupa pernah diulas oleh Elsa Sagala, “Tinjauan Yuridis Putusan Sela dalam Permohonan Pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 (Studi Perkara Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 133/PUU-VII/2009)” yang merupakan skripsi pada Fakultas Hukum Universitas Esa Unggul, Jakarta. Sedangkan uraian yang lebih komprehensif, khususnya dari sisi kewenangan yang berbeda, tampak pada artikel yang ditulis oleh Bisariyadi, berjudul “Putusan Sela dalam Perkara Perselisihan Hasil Pemilihan Umum” yang diterbitkan dalam *Jurnal Hukum dan Pembangunan* (2019). Menyadari masih minimnya kajian serupa, tulisan ini bermaksud untuk memantik wacana dan mengisi celah dalam hukum acara pengujian undang-undang yang dijalankan oleh MK.

PEMBAHASAN

1. Tuntutan dan Putusan Provisi

Tuntutan provisionil atau provisi biasanya dikenal dalam praktek beracara pada perkara perdata. Istilah ‘*provisioneel*’ dalam bahasa Belanda yang berarti “sementara”⁹ juga memiliki arti yang sama dalam kamus bahasa Indonesia.¹⁰ Merujuk ketentuan Pasal 180 *Het Herzien Inlandsch Reglement* (HIR), Pasal 191 *Rechtsreglement voor de Buitengewesten* (RBg), dan Pasal 53 *Reglement op de burgerlijke rechtsvordering* (Rv), putusan yang dijatuhkan oleh hakim dalam hal ini bersifat sementara.

Dalam praktik persidangan perdata banyak kepentingan hukum yang sangat mendesak dan memerlukan penanganan sangat segera serta seketika dari hakim perdata. Kepentingan hukum yang sangat mendesak ini dikenal dengan lembaga “*provisionile eisch*” atau “*voozopige maatregelen*” (tindakan-tindakan sementara). Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) Nomor 4 Tahun 1965, SEMA Nomor 16 Tahun 1969, SEMA Nomor 3 Tahun 2000, dan SEMA Nomor 4 Tahun 2001 juga menggunakan istilah ‘*provisionile eis*’ untuk tuntutan provisionil.¹¹

⁹ Istilah yang digunakan adalah *provisional*, bukan provisionil. Lihat Marjanne Termorshuizen, *Kamus Hukum Belanda – Indonesia*, cet. 2, Jakarta: Djambatan, 2002, h. 323.

¹⁰ Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, ed. 3, cet. 3, Jakarta: Balai Pustaka, 2007, h. 900.

¹¹ Mulyadi, Lilik (a). *Putusan Hakim dalam Hukum Acara Perdata Indonesia: Teori, Praktik, Teknik Membuat, dan Permasalahannya*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2009, h. 41.

Gugatan provisi biasanya diajukan bersama-sama dengan gugatan pokok sebab tanpa gugatan pokok, gugatan provisi tidak mungkin diajukan. Tuntutan yang dimintakan tindakan sementara harus menjelaskan urgensi dan relevansinya.¹² Isinya berupa tuntutan agar hakim menjatuhkan putusan yang sifatnya segera dan mendesak dilakukan terhadap salah satu pihak dan bersifat sementara di samping adanya tuntutan pokok dalam surat gugatan.¹³ Misalnya meminta agar pengurusan yang dilakukan oleh tergugat dihentikan sementara atau melarang diteruskannya pembangunan di atas tanah dalam sengketa.

RUU Hukum Acara Perdata tahun 2006 memuat putusan tentang provisi sebagai salah satu putusan sela. Begitu pula dalam Naskah Akademik RUU Hukum Acara Perdata yang disusun pada tahun 2015. Di dalam naskah akademik disebutkan bahwa putusan provisionil merupakan putusan yang karena adanya hubungan dengan pokok perkara menetapkan suatu tindakan sementara bagi kepentingan salah satu pihak berperkara.¹⁴ Sebagai keputusan yang bersifat sementara (*interim award* atau *temporary disposal*), putusan ini berisi tindakan sementara menunggu sampai putusan akhir mengenai pokok perkara dijatuhkan.¹⁵ Oleh karena itu, dipandang dari perspektif saat penjatuhannya, putusan tentang provisi termasuk sebagai putusan sela atau putusan antara (*tussen vonnis*) yang dijatuhkan sebelum hakim memutuskan pokok perkaranya dalam putusan akhir (*eind vonnis*). Selain putusan provisi, varian lain putusan sela dapat berupa putusan *preparatoir*, putusan *interlocutoir*, dan putusan insidentil.

Melihat begitu banyaknya istilah yang digunakan dalam praktek, para penggugat/kuasanya seperti sepakat hanya menggunakan frasa “Dalam Provisi” dalam gugatannya.¹⁶ Adapun proses pemeriksaannya dalam praktek di pengadilan dapat dikategorisasikan dalam 3 formulasi pemeriksaan, yaitu:¹⁷

- a. Apabila hakim melihat dari esensi gugatan provisionil tersebut sifatnya mendesak dan segera, maka hakim sebelum memeriksa pokok perkara dapat menjatuhkan putusan sela terlebih dahulu;
- b. Apabila majelis hakim berpandangan bahwa tuntutan provisionil tersebut pada hakikatnya tidak bersifat mendesak dan segera atau majelis hakim

¹² Harahap, M. Yahya. *Hukum Acara Perdata tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian, dan Putusan Pengadilan*, Jakarta: Sinar Grafika, 2005, h. 885.

¹³ Mulyadi, Lilik (a). *Op.cit.*, h. 43.

¹⁴ Badan Pembinaan Hukum Nasional, *Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang tentang Hukum Acara Perdata*, Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional, 2015, h. 168.

¹⁵ Harahap, M. Yahya. *Op.cit.* h. 884.

¹⁶ Mulyadi, Lilik (b). *Tuntutan Provisionil dalam Hukum Acara Perdata pada Praktik Peradilan*, Jakarta: Djambatan, 1996, h. 24.

¹⁷ *Ibid.*, h. 65-74.

beranggapan bahwa tuntutan provisionil tersebut baru dapat diputus bersama-sama dengan pemeriksaan pokok perkara, maka majelis hakim tetap menjatuhkan putusan sela akan tetapi dengan amar menanggihkan tuntutan provisionil tersebut dan akan dipertimbangkan bersama-sama pertimbangan putusan akhir;

- c. Tuntutan provisionil oleh majelis hakim tidak diputus dengan putusan sela akan tetapi dipertimbangkan secara selintas bersama-sama dengan pertimbangan pokok perkara. Terhadap formulasi ketiga ini biasanya dalam amar putusan dipertimbangkan sebagai “Dalam Provisi”, kemudian “Dalam Konvensi”, dan “Dalam Rekonvensi”.

2. Putusan Provisi (Sela) dalam Praktik Beracara di MK

2.1. Pengujian Undang-Undang

Dari tahun 2003 hingga tahun 2019, Mahkamah Konstitusi telah memeriksa perkara pengujian undang-undang berjumlah 1.321 perkara, dimana jumlah putusan Pengujian Undang-Undang tersebut lebih besar dari putusan penanganan perkara konstitusi lainnya.¹⁸ Dalam penulisan artikel ini penulis mengklasifikasi perkara pengujian undang-undang yang memiliki amar kabul, tolak, dan tidak dapat diterima untuk permohonan provisi. Dari pengelompokan data tersebut diperoleh data terkait putusan provisi sebagai berikut:

Dari data tersebut hingga tahun 2020 terdapat 88 putusan Pengujian Undang Undang terhadap Undang Undang Dasar 1945 yang mengakomodir terkait putusan provisi. Data yang terkumpul permohonan provisi pemohon tersebut terdapat 5 provisi yang dikabulkan, 36 provisi yang ditolak, 19 provisi yang tidak dapat diterima, serta 28 provisi yang tidak di respons oleh Mahkamah.¹⁹ Terdapat 28 putusan provisi yang tidak dipertimbangkan oleh MK tersebut memiliki beberapa alasan yakni permohonan kehilangan objek, permohonan gugur, pemohon tidak memiliki *legal standing*, dan permohonan salah objek.

Berdasarkan penelusuran data perkara dan putusan pengujian undang-undang yang diteliti, dari 88 putusan yang memuat permohonan provisi. Data tersebut dapat dilihat sebagai berikut: 008/PUU-II/2004; 057/PUU-

¹⁸ Laporan Tahunan Mahkamah Konstitusi RI Tahun 2019, *Mengawal Demokrasi Konstitusional Pemilu Serentak 2019*, Jakarta: Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi, 2020, h. 9.

¹⁹ Data dari website resmi Mahkamah Konstitusi dan diolah oleh penulis diambil hingga Maret 2020.

II/2004; 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan 008/PUU-III/2005; 026/PUU-III/2005; 003/PUU-IV/2006; 013-022/PUU-IV/2006; 21/PUU-VI/2008; 133/PUU-VII/2009; 142-146/PUU-VII/2009; 144/PUU-VII/2009; 145/PUU-VII/2009; 152/PUU-VII/2009; 11/PUU-VIII/2010; 18/PUU-VIII/2010; 31/PUU-VIII/2010; 36/PUU-VIII/2010; 37-39/PUU-VIII/2010; 40/PUU-VIII/2010; 42/PUU-VIII/2010; 49/PUU-VIII/2010; 50/PUU-VIII/2010; 60/PUU-VIII/2010; 77/PUU-VIII/2010; 81/PUU-VIII/2010; 11/PUU-IX/2011; 18/PUU-IX/2011; 21/PUU-IX/2011; 26/PUU-IX/2011; 29/PUU-IX/2011; 48/PUU-IX/2011; 75/PUU-IX/2011; 81/PUU-IX/2011; 82/PUU-IX/2011; 1/PUU-X/2012; 19/PUU-X/2012; 31/PUU-X/2012; 43/PUU-X/2012; 103/PUU-X/2012; 10/PUU-XII/2014; 24/PUU-XII/2014; 25/PUU-XII/2014; 32/PUU-XII/2014; 79/PUU-XII/2014; 82/PUU-XII/2014; 117/PUU-XII/2014; 118-119-125-126-127-129-130-135/PUU-XII/2014; 120/PUU-XII/2014; 123/PUU-XII/2014; 30/PUU-XIII/2015; 46/PUU-XIII/2015; 57/PUU-XIII/2015; 135/PUU-XIII/2015; 2/PUU-XIV/2016; 29/PUU-XIV/2016; 35/PUU-XIV/2016; 85/PUU-XIV/2016; 71/PUU-XIV/2016; 75/PUU-XIV/2016; 109/PUU-XIV/2016; 36/PUU-XV/2017; 40/PUU-XV/2017; 60/PUU-XV/2017; 71/PUU-XV/2017; 14/PUU-XVI/2018; 33/PUU-XVI/2018; 35/PUU-XVI/2018; 48/PUU-XVI/2018; 49/PUU-XVI/2018; 58/PUU-XVI/2018; 68/PUU-XVI/2018; 93/PUU-XVI/2018; 95/PUU-XVI/2018; 100/PUU-XVI/2018; 3/PUU-XVII/2019; 5/PUU-XVII/2019; 19/PUU-XVII/2019; 20/PUU-XVII/2019; 25/PUU-XVII/2019; 26/PUU-XVII/2019; 36/PUU-XVII/2019; 47/PUU-XVII/2019; 48/PUU-XVII/2019; 55/PUU-XVII/2019; 56/PUU-XVII/2019; 57/PUU-XVII/2020; 58/PUU-XVII/2019; 69/PUU-XVII/2019; dan 75/PUU-XVII/2019.

2.2. Sengketa Kewenangan Lembaga Negara

Sebagaimana telah dikemukakan sebelumnya, UU MK secara tegas hanya membuka peluang adanya penetapan penghentian sementara dalam perkara sengketa kewenangan lembaga negara. Perintah majelis hakim untuk menghentikan pelaksanaan kewenangan yang dipersengketakan didasarkan pada ketentuan Pasal 63 UU MK. Hal ini kemudian dijabarkan kembali dalam Pasal 12 dan Pasal 13 Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 08/PMK/2006 tentang Pedoman Beracara Dalam Sengketa Kewenangan Konstitusional Lembaga Negara.

Terhitung sejak awal berdirinya MK hingga tahun 2019 terdapat sebanyak 26 perkara sengketa kewenangan lembaga negara yang telah diputus.²⁰ Dari jumlah tersebut, pengajuan permohonan putusan sela untuk menangguhkan kewenangan yang dipersengketakan setidaknya tampak dalam 7 perkara, yakni perkara yang diregistrasi dengan Nomor 068/SKLN-II/2004, Nomor 004/SKLN-IV/2006, Nomor 5/SKLN-IX/2011, Nomor 1/SKLN-X/2012, Nomor 3/SKLN-X/2012, Nomor 2/SKLN-XI/2013, dan Nomor 1/SKLN-XVII/2019.

Namun demikian, MK menjatuhkan putusan sela hanya terhadap 4 perkara, yakni dalam perkara Nomor 068/SKLN-II/2004, Nomor 004/SKLN-IV/2006, Nomor 1/SKLN-X/2012, dan Nomor 3/SKLN-X/2012. Status putusan sela dalam perkara Nomor 1/SKLN-X/2012 dan Nomor 3/SKLN-X/2012 dikuatkan dalam putusan akhir, sedangkan putusan sela dalam perkara Nomor 068/SKLN-II/2004 dan Nomor 004/SKLN-IV/2006 tidak lagi relevan karena tidak sejalan dengan amar putusan akhir.

Norma Pasal 13 ayat (5) Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 08/PMK/2006 sesungguhnya telah mengatur dalam kondisi apa putusan sela dapat dijatuhkan. Pasal ini menyatakan, "*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*". Berdasarkan ketentuan tersebut dan praktek dalam penanganan perkara sengketa kewenangan konstitusional lembaga negara, penghentian sementara melalui putusan sela (provisi) berkenaan dengan penerapan peristiwa hukum yang bersifat spesifik dan konkret, serta perlunya langkah taktis untuk kepentingan hukum yang mendesak.

2.3. Perselisihan Hasil Pemilu dan Pilkada

MK paling banyak menjatuhkan putusan sela dalam perkara perselisihan hasil pemilihan. Secara statistik, dari tahun 2003 hingga tahun 2019, MK mendaftarkan dan memutus sebanyak 982 perkara perselisihan hasil pemilihan kepala daerah (PHP Kada), 671 perkara perselisihan pemilihan umum (PHPU) Legislatif, dan 5 perkara PHPU Presiden dan Wakil Presiden.²¹ Pada tahun

²⁰ Laporan Tahunan Mahkamah Konstitusi RI Tahun 2019, *loc.cit.*

²¹ *Ibid.*

2019 MK dalam penanganan Pemilu memutus sebanyak 218 perkara dengan rincian untuk Ketetapan sebanyak 33 Putusan yang menyatakan Gugur dan 10 Putusan yang menyatakan Ditarik. Sedangkan amar Putusan yaitu 12 Putusan menyatakan dikabulkan sebagian, 61 putusan menyatakan ditolak seluruhnya, dan 40 putusan menyatakan ditolak sebagian (terdapat dapil yang tidak diterima, gugur, dan ditarik), serta 104 putusan yang menyatakan tidak dapat diterima.²²

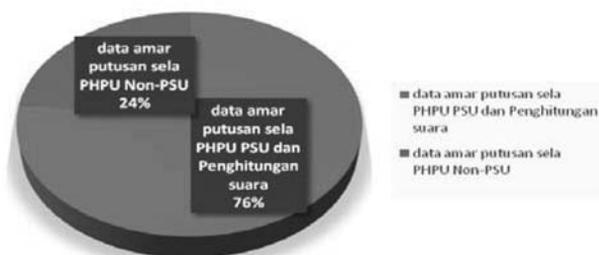
Hingga tahun 2018 Mahkamah telah mengeluarkan putusan sela sebanyak 86 putusan, sedangkan pada tahun 2019 perkara PHPU Legislatif yang melalui Penundaan sementara sebanyak 58 perkara.

Putusan sela 2008 hingga 2019



Diagram di atas menggambarkan prosentase putusan sela dalam perkara Pilkada sebanyak 68 Putusan dan Pemilu Legislatif sebanyak 34 Putusan. Bahwa secara keseluruhan putusan sela tersebut (baik pilkada maupun pileg) berdasarkan amar putusannya terdiri dari 61 putusan yang berbicara terkait Pemungutan dan penghitungan suara ulang; serta 19 putusan yang amarnya berbicara di luar pemungutan dan penghitungan suara ulang.

data amar putusan sela PHPU



²² *Ibid.*, h. 30.

Melihat lebih dalam 19 Putusan PHPU yang tersaji dalam diagram di atas, adresat dari putusan sela memiliki beberapa tujuan yakni: memperbaiki ketidak-akuratan DPT (Daftar Pemilih Tetap), Penetapan Calon Kepala Daerah, dan Verifikasi Calon Kepala Daerah. Kembali putusan sela yang dijatuhkan Mahkamah menetapkan suatu peristiwa hukum yang spesifik dan konkret.

3. Putusan Provisi dalam Pengujian Undang-Undang

Parameter diambilnya tindakan penghentian sementara pada perkara pengujian undang-undang terbatas dalam hal terdapat dugaan perbuatan pidana dalam pembentukan undang-undang yang sedang diuji. Penundaan pemeriksaan dan pengambilan keputusan dimaksudkan agar dugaan perbuatan pidana yang disertai dengan bukti-bukti ditindaklanjuti oleh pejabat yang berwenang dan diproses secara hukum. Ketentuan Pasal 16 Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005 menyatakan:

- (1) Dalam hal Pemohon mendalilkan adanya dugaan perbuatan pidana dalam pembentukan undang-undang yang dimohonkan pengujiannya, Mahkamah dapat menghentikan sementara pemeriksaan permohonan atau menunda putusan.*
- (2) Dalam hal dalil mengenai dugaan perbuatan pidana yang dimaksud pada ayat (1) disertai dengan bukti-bukti, Mahkamah dapat menyatakan menunda pemeriksaan dan memberitahukan kepada pejabat yang berwenang untuk menindaklanjuti adanya persangkaan tindak pidana yang diajukan oleh Pemohon.*
- (3) Dalam hal dugaan perbuatan pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) telah diproses secara hukum oleh pejabat yang berwenang, untuk kepentingan pemeriksaan dan pengambilan keputusan, Mahkamah dapat meminta keterangan kepada pihak-pihak berwenang yang melakukan penyidikan dan/atau penuntutan.*

Berdasarkan penelusuran data putusan sejak tahun 2003, permohonan provisi yang pertama kali muncul dalam perkara pengujian undang-undang sangat tidak berkaitan dengan dugaan perbuatan pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 16 Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005. Permohonan provisi dalam perkara Nomor 008/PUU-II/2004 memuat permintaan penangguhan keberlakuan Pasal 6 UU Nomor 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden hingga diperolehnya putusan akhir yang berkekuatan hukum tetap. Majelis hakim berpendapat bahwa lembaga provisi tidak dikenal dalam

hukum acara pengujian undang-undang, sehingga permohonan provisi tersebut dinyatakan tidak dapat diterima.²³

Ihwal tidak dikenalnya lembaga provisi dalam hukum acara pengujian undang-undang kembali menjadi alasan MK untuk menolak penundaan berlakunya UU mengenai anggaran pendapatan dan belanja negara tahun 2006. Majelis hakim menambahkan, selain tidak dikenal dalam UU MK, substansi Pasal 58 UU MK²⁴ secara tegas tidak memperkenankan hal demikian. Andai hal itu dikabulkan, maka putusan yang demikian sesungguhnya merupakan pokok atau substansi permohonan padahal putusan provisi yang menyangkut tindakan-tindakan sementara yang diambil oleh MK tidak boleh menyangkut pokok perkara.²⁵

Hingga saat ini, tercatat sebanyak 5 (lima) perkara pengujian undang-undang yang permohonan provisinya dikabulkan oleh MK. Permohonan provisi yang dikabulkan oleh majelis hakim tidak selalu selaras dengan dikabulkannya pokok permohonan pengujian undang-undang sebagaimana dapat dilihat dalam tabel berikut:

Nomor Putusan	Amar Putusan	
	Dalam Provisi	Dalam Pokok Permohonan
133/PUU-VII/2009	Mengabulkan permohonan provisi untuk sebagian	Mengabulkan permohonan untuk sebagian
19/PUU-XVII/2019	Mengabulkan provisi untuk sebagian sepanjang berkenaan dengan percepatan pemeriksaan permohonan	1. Menyatakan permohonan sepanjang berkenaan dengan Pasal 210 ayat (1) UU Pemilu tidak dapat diterima 2. Menolak permohonan untuk selain dan selebihnya.
20/PUU-XVII/2019	Mengabulkan permohonan provisi	Mengabulkan permohonan untuk sebagian
56/PUU-XVII/2019	Mengabulkan permohonan provisi untuk seluruhnya	Mengabulkan permohonan untuk sebagian

²³ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 008/PUU-II/2004, *loc.cit.*

²⁴ Ketentuan Pasal 58 UU MK 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 Republik Indonesia Tahun 1945.” Ketentuan ini berkenaan dengan asas praduga keabsahan (*praesumptio iustae causa*) atau praduga konstitusional (*presumption of constitutionality*).

²⁵ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 026/PUU-III/2005, tanggal 22 Maret 2006, perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2005 tentang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara Tahun Anggaran 2006 terhadap UUD 1945, h. 80. Lebih spesifik, penolakan MK atas permohonan provisi dalam perkara pengujian undang-undang didasarkan atas 5 (lima) alasan sebagaimana termuat dalam pertimbangan hukum paragraf [3.11] dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21/PUU-VI/2008, tanggal 21 Oktober 2008, perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 2/ Pnps/1964 tentang Tata Cara Pelaksanaan Pidana Mati yang Dijatuhkan oleh Pengadilan di Lingkungan Peradilan Umum dan Militer terhadap UUD 1945, h. 52

Nomor Putusan	Amar Putusan	
	Dalam Provisi	Dalam Pokok Permohonan
75/PUU-XVII/2019	Mengabulkan permohonan provisi	Menolak permohonan untuk seluruhnya

Menilik pertimbangan majelis hakim atas permohonan provisi yang dikabulkan, terdapat perbedaan yang esensial dari kelima putusan tersebut. Penjatuan putusan provisi di dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 133/PUU-VII/2009 didasarkan atas pertimbangan yang ekstra hati-hati dengan bersandarkan pada aspek keadilan, keseimbangan, kehati-hatian, kejelasan tujuan, dan penafsiran yang dianut dan telah berlaku tentang kewenangan dalam menetapkan putusan sela.²⁶ Sebagai satu-satunya putusan yang tercatat pernah “menunda” penerapan suatu norma sepanjang sejarah berdirinya MK, majelis hakim memberikan penjelasan yang cukup panjang dalam menjatuhkan putusan provisi (sela) tersebut. Hal utama yang dipertimbangkan majelis hakim adalah perlindungan hak konstitusional para pemohon sebagaimana dijamin dalam Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945 yang sangat terancam dan tidak dapat dipulihkan dalam putusan akhir, sementara sidang pemeriksaan permohonan masih berjalan. Para hakim konstitusi berpandangan: *“dalam perkara a quo putusan sela diperlukan untuk mencegah kemungkinan kerugian konstitusional para Pemohon apabila menjadi terdakwa karena diberhentikan (tetap) oleh Presiden padahal dasar hukum atau pasal undang-undang tentang itu sedang diperiksa dalam pengujian terhadap UUD 1945 di Mahkamah.”*²⁷

Untuk diketahui, perkara ini diajukan oleh dua orang pimpinan Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (KPK) yang diberhentikan sementara berdasarkan Keputusan Presiden (Keppres) Nomor 74/P Tahun 2009 karena telah dinyatakan sebagai tersangka oleh penyidik Kepolisian Republik Indonesia (Polri). Keppres Nomor 74/P Tahun 2009 diterbitkan sebagai implementasi ketentuan Pasal 32 ayat (2) dan ayat (3) UU Nomor 30 Tahun 2002 tentang

²⁶ Putusan Sela Nomor 133/PUU-VII/2009, h. 31.

²⁷ *Ibid.*, h. 32. Alasan yang mendesak dan mengancam hak konstitusional pemohon sebagai dasar penjatuan putusan provisi ditegaskan kembali melalui Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 77/PUU-VIII/2010, tanggal 17 Januari 2012, perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 12 Tahun 1985 tentang Pajak Bumi dan Bangunan sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 1994 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 12 Tahun 1985 tentang Pajak Bumi dan Bangunan terhadap UUD 1945, h. 129-130.

Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (UU KPK).²⁸ Sedangkan obyek dalam pokok permohonan adalah Pasal 32 ayat (1) huruf c UU KPK.²⁹

Sekalipun permohonan yang diajukan memuat beberapa tuntutan provisi, namun tidak seluruhnya dikabulkan majelis hakim. Permohonan provisi yang dikabulkan terbatas hanya menunda penerapan Pasal 32 ayat (1) huruf c *juncto* Pasal 32 ayat (3) UU KPK oleh Presiden, yakni tindakan administratif berupa pemberhentian pimpinan KPK yang menjadi terdakwa karena melakukan tindak pidana kejahatan.³⁰ Hal inilah yang dirumuskan dalam amar dalam Putusan Sela Nomor 133/PUU-VII/2009 yang berbunyi,

“Sebelum menjatuhkan Putusan Akhir, menyatakan menunda pelaksanaan berlakunya Pasal 32 ayat (1) huruf c dan Pasal 32 ayat (3) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, yakni pemberhentian Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi yang menjadi terdakwa karena melakukan tindak pidana kejahatan, sampai ada putusan akhir Mahkamah terhadap pokok permohonan a quo.”

Di dalam putusan akhir, dengan mempertimbangkan *due process of law* dan hak atas praduga tidak bersalah (*presumption of innocence*) yang merupakan prinsip utama dalam negara hukum yang demokratis, majelis hakim mengukuhkan putusan sela yang dijatuhkan sebelumnya dengan menyatakan Pasal 32 ayat (1) huruf c UU KPK bertentangan dengan UUD 1945 secara bersyarat (*conditionally unconstitutional*).³¹ Oleh karena keduanya sejalan dan tidak bertentangan, maka putusan sela tersebut menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari putusan akhir.³²

Setelah permohonan provisi dalam perkara pengujian UU KPK dikabulkan, banyak permohonan pengujian undang-undang yang memohonkan permohonan provisi yang serupa. Namun, MK tidak pernah lagi mengabulkan permohonan provisi demikian. Setidaknya ada 3 (tiga) alasan utama yang berulang kali digunakan. *Pertama*, dalam pengujian undang-undang (*judicial review*), putusan Mahkamah hanya menguji norma abstrak, tidak mengadili kasus konkret. *Kedua*,

²⁸ Pasal 32 ayat (2) menyatakan, “Dalam hal Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi menjadi tersangka tindak pidana kejahatan, diberhentikan sementara dari jabatannya.” Sedangkan ayat (3) menyatakan, “Pemberhentian sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) ditetapkan oleh Presiden Republik Indonesia.”

²⁹ Pasal 32 ayat (1) huruf c menyatakan, “Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi berhenti atau diberhentikan karena: c. menjadi terdakwa karena melakukan tindak pidana kejahatan.”

³⁰ Pertimbangan hukum paragraf [3.16] dalam Putusan Sela Nomor 133/PUU-VII/2009, h. 32.

³¹ Pascaputusan MK, Pasal 32 ayat (1) huruf c kini menjadi, “Pimpinan KPK berhenti atau diberhentikan secara tetap setelah dijatuhi pidana berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap.”

³² Lihat pertimbangan hukum paragraf [3.22] dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 133/PUU-VII/2009, bertanggal 25 November 2009, perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi terhadap UUD 1945, h. 75.

putusan Mahkamah tentang norma dalam kasus pengujian undang-undang (*judicial review*) bersifat *erga omnes*. Ketiga, putusan Mahkamah bersifat prospektif sesuai dengan ketentuan Pasal 58 UU MK serta Pasal 38 dan Pasal 39 Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005.³³

Selain menggunakan ketiga alasan tersebut, majelis hakim juga menambahkan pertimbangan lain yang sifatnya kasuistis sehingga sangat mungkin berbeda antara satu putusan dengan putusan lainnya. Misalnya kewenangan menghentikan proses penyidikan³⁴ dan pencegahan³⁵ dalam suatu perkara pidana bukanlah merupakan kewenangan MK. Atau dalam kesempatan berikutnya, MK menolak permohonan provisi karena tidak berwenang menunda penetapan calon wakil kepala daerah menjadi kepala daerah.³⁶

Oleh karena permohonan provisi ada karena adanya pokok perkara, maka tidak ada putusan provisi tanpa adanya permohonan terhadap pokok perkara yang dipersengketakan.³⁷ Dalam praktek beracara, sekalipun turut dimuat dalam sebuah permohonan pengujian undang-undang, tuntutan provisi yang diajukan tidak selalu mendapat respons atau tanggapan oleh majelis hakim. Hal ini dapat disebabkan karena tidak terpenuhinya syarat-syarat formal pengajuan permohonan atau permohonan dinyatakan kehilangan obyek.

Persyaratan formal yang tidak terpenuhi dalam pengajuan permohonan pengujian undang-undang antara lain menyangkut kedudukan hukum (*legal standing*) pemohon³⁸ atau adanya kesamaan materi muatan yang sudah pernah diuji (*ne bis in idem*),³⁹ sehingga permohonan provisi tidak dipertimbangkan lebih lanjut. Sedangkan permohonan dinyatakan kehilangan obyek ketika terdapat fakta hukum baru atas pokok permohonan selama masa pemeriksaan perkara oleh MK. Misalnya peraturan pemerintah pengganti undang-undang (Perpu) yang sedang

³³ Lihat, misalnya, dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 50/PUU-VIII/2010, tanggal 21 November 2011, perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional terhadap UUD 1945, h. 88. Ketiga alasan serupa juga dapat ditemukan dalam putusan-putusan lainnya seperti Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 37-39/PUU-VIII/2010, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 77/PUU-VIII/2010, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 48/PUU-IX/2011, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 82/PUU-IX/2011, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 31/PUU-X/2012, dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 43/PUU-X/2012.

³⁴ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 42/PUU-VIII/2010, tanggal 24 September 2010, perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban terhadap UUD 1945, h. 74-76.

³⁵ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 49/PUU-VIII/2010, tanggal 22 September 2010, perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan Republik Indonesia terhadap UUD 1945, h. 124-125.

³⁶ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 11/PUU-IX/2011, tanggal 18 Juli 2011, perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah terhadap UUD 1945, h. 17-18.

³⁷ Miftakhul Huda, "Putusan Provisi", *Majalah Konstitusi*, Nomor 33, Oktober 2009, h. 79.

³⁸ Lihat dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 057/PUU-II/2004, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 142-146/PUU-VII/2009, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 145/PUU-VII/2009, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 18/PUU-VIII/2010, dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 18/PUU-IX/2011.

³⁹ Lihat dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 60/PUU-VIII/2010, tanggal 20 Januari 2011, perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi terhadap UUD 1945, h. 24.

diuji telah ditetapkan menjadi undang-undang selagi proses pemeriksaan masih berlangsung, sehingga terjadi perubahan status hukum Perpu tersebut.⁴⁰

Dibandingkan dengan perkara Nomor 133/PUU-VII/2009, sebanyak 4 (empat) perkara lainnya yang permohonan provisinya dikabulkan oleh MK tidaklah menyangkut penundaan penerapan suatu norma, melainkan berkenaan dengan pemeriksaan prioritas. Maksud dari permohonan provisi atas pemeriksaan prioritas adalah agar majelis hakim mempercepat dan mendahulukan pemeriksaan perkara tersebut ketimbang perkara lainnya karena mendesaknya waktu untuk segera mendapatkan putusan hakim. Dalam hal ini permohonan provisi pada masing-masing perkara tersebut berkenaan dengan penyelenggaraan pemilu dan pilkada.

Mencermati dasar pertimbangan dikabulkannya permohonan provisi, majelis hakim dalam perkara Nomor 19/PUU-XVII/2019 berpandangan agar tidak menghambat pelaksanaan tahapan Pemilu Tahun 2019 yang diselenggarakan oleh penyelenggara Pemilu.⁴¹ Adapun di dalam perkara 20/PUU-XVII/2019, para hakim konstitusi menganggap bahwa permohonan tersebut memiliki implikasi terhadap penggunaan hak pilih dalam pemungutan suara⁴² dalam Pemilu Tahun 2019, sehingga mengabulkan percepatan pemeriksaannya.

Sementara itu, dikabulkannya permohonan provisi dalam perkara Nomor 56/PUU-XVII/2019 didasarkan pada pertimbangan bahwa pokok permohonan yang diajukan memiliki keterkaitan erat dengan tahapan pelaksanaan pemilihan kepala daerah tahun 2020 yang secara faktual tahapan yang berkaitan dengan pencalonan kepala daerah yang akan segera dimulai sehingga semua pihak dapat mempersiapkan diri dengan sebaik-baiknya, khususnya mereka yang akan mencalonkan diri dalam pemilihan kepala daerah.⁴³ Pertimbangan atas adanya keterkaitan dengan tahapan pelaksanaan pemilihan kepala daerah pada tahun 2020 juga menjadi alasan utama majelis hakim mengabulkan permohonan provisi dalam perkara Nomor 75/PUU-XVII/2019.⁴⁴

⁴⁰ Misalnya seperti yang terdapat dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 118-119-125-126-127-129-130-135/PUU-XII/2014.

⁴¹ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 19/PUU-XVII/2019, tanggal 28 Maret 2019, perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum terhadap UUD 1945, h. 62.

⁴² Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-XVII/2019, tanggal 28 Maret 2019, perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum terhadap UUD 1945, h. 71.

⁴³ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 56/PUU-XVII/2019, tanggal 11 Desember 2019, perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2016 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2015 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2014 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota Menjadi Undang-Undang terhadap UUD 1945, h. 42.

⁴⁴ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 75/PUU-XVII/2019, tanggal 29 Januari 2020, perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2015 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2015 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2014 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota Menjadi Undang-Undang terhadap UUD 1945, h. 29-30.

Memang benar majelis hakim mempercepat pemeriksaan 4 (empat) perkara tersebut. MK menggelar persidangan sebanyak 4 (empat) kali untuk perkara Nomor 19/PUU-XVII/2019 dan Nomor 20/PUU-XVII/2019. Oleh karena obyek permohonan yang diajukan sama, maka pemeriksaan persidangan pada kedua perkara ini digabung. Sedangkan pada perkara Nomor 56/PUU-XVII/2019 dan Nomor 75/PUU-XVII/2019, MK menggelar persidangan masing-masing sebanyak 3 (tiga) kali. Setelah melalui sidang pemeriksaan pendahuluan dan sidang perbaikan permohonan, agenda persidangan berikutnya dalam perkara Nomor 56/PUU-XVII/2019 dan Nomor 75/PUU-XVII/2019 adalah sidang pleno pengucapan putusan. Adapun pemeriksaan perkara Nomor 19/PUU-XVII/2019 dan Nomor 20/PUU-XVII/2019 terlebih dahulu mendengarkan keterangan Presiden, Komisi Pemilihan Umum dan Badan Pengawas Pemilihan Umum sebelum diputus dalam sidang pleno pengucapan putusan.

Jauh sebelum adanya permohonan pemeriksaan prioritas pada keempat perkara tersebut, MK sesungguhnya telah mencatatkan rekor penyelesaian perkara tercepat di tahun 2004 dan 2009. Perkara Nomor 008/PUU-II/2004 diputus hanya dalam waktu 5 (lima) hari,⁴⁵ sedangkan perkara Nomor 102/PUU-XII/2009 diputus dalam tempo 13 (tiga belas) hari sejak diregistrasi oleh Kepaniteraan.⁴⁶ Meskipun tidak diminta dalam permohonan agar diputus secara cepat, namun majelis hakim ketika itu memandang perlu untuk mempercepat penyelesaian keduanya demi perlindungan hak konstitusional para pemohon.

Mendapati kenyataan perbedaan perspektif di kalangan para hakim konstitusi ketika menjabat, penting untuk dicermati pertimbangan majelis hakim pada keempat perkara permohonan provisinya dikabulkan. Majelis hakim berpendapat pemeriksaan prioritas dilakukan dengan tetap berpegang pada hukum acara yang berlaku dalam tahapan proses penyelesaian perkara pengujian undang-undang. Dalam hal ini, tampak bahwa majelis hakim menganggap perlu sebuah permohonan yang diregistrasi di MK melewati setiap tahapan pemeriksaan perkara, khususnya sidang pemeriksaan pendahuluan dan sidang perbaikan permohonan.

Perbedaan lain yang menjadi temuan adalah pemuatan pendapat majelis hakim atas permohonan provisi. Jika permohonan provisi dalam perkara Nomor 133/PUU-VII/2009 diputus melalui putusan sela secara tertulis yang dikeluarkan di tengah berlangsungnya proses pemeriksaan oleh MK, maka keempat perkara

⁴⁵ Permohonan dalam perkara Nomor 008/PUU-II/2004 diregistrasi pada tanggal 19 April 2004 dan diputus pada tanggal 23 April 2004.

⁴⁶ Permohonan dalam perkara Nomor 102/PUU-XII/2009 diregistrasi pada tanggal 24 Juni 2009 dan diputus pada tanggal 6 Juli 2009.

lain yang permohonan provisinya dikabulkan justru diputus secara bersamaan dalam putusan akhir. Sementara itu, tiada pertanda dari majelis hakim dalam sidang pemeriksaan pendahuluan maupun sidang perbaikan permohonan akan menerima permohonan provisi demikian atau tidak.

Pertanyaannya kemudian apakah keputusan majelis hakim atas permohonan provisi perlu dinyatakan lebih dulu dalam masa pemeriksaan perkara sebelum menjatuhkan putusan akhir? Terkait hal ini, ditemukan adanya perbedaan penjatuhan keputusan atas permohonan provisi. Beberapa kali ketua majelis hakim menyatakan secara lisan pendapat resmi para hakim konstitusi atas permohonan provisi para pemohon di dalam persidangan terbuka untuk umum ketika proses pemeriksaan perkara sedang berlangsung. Misalnya dalam perkara pengujian UU Nomor 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan Republik Indonesia;⁴⁷ pengujian UU Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban;⁴⁸ dan pengujian UU Nomor 17 Tahun 2014 tentang MPR, DPR, DPD, dan DPRD.⁴⁹ Keputusan majelis hakim atas permohonan provisi yang disampaikan secara lisan di dalam persidangan tersebut merupakan hasil rapat permusyawaratan hakim. Selanjutnya keputusan penolakan permohonan provisi yang diajukan para pemohon ditegaskan kembali secara tertulis dalam putusan akhir.

Merujuk pada ketentuan hukum acara dan perkara-perkara yang permohonan provisinya diterima oleh MK sebagaimana dikemukakan di atas, maka dasar diajukannya permohonan provisi dalam perkara pengujian undang-undang dapat dirumuskan sebagai berikut:

1. Terdapat dugaan perbuatan pidana dalam pembentukan undang-undang yang dimohonkan pengujiannya;
2. Melindungi hak-hak konstitusional pemohon yang sangat terancam dan tidak dapat dipulihkan dalam putusan akhir;
3. Mendesaknya waktu untuk segera mendapatkan putusan hakim sebelum penyelenggaraan pemilihan, khususnya berkenaan dengan hak memilih dan dipilih.

Ketiga hal ini sangat mungkin berkembang di masa mendatang. Bersandar pada keyakinan hakim konstitusi dalam memeriksa dan menggali keterangan dari pihak yang mengajukan permohonan, dikabulkannya permohonan provisi

⁴⁷ Risalah Sidang Perkara Nomor 49/PUU-VIII/2010 tanggal 6 Agustus 2010, h. 13-14.

⁴⁸ Risalah Sidang Perkara Nomor 42/PUU-VIII/2010 tanggal 19 Agustus 2010, h. 25-26.

⁴⁹ Risalah Sidang Perkara Nomor 36/PUU-XV/2017, Nomor 37/PUU-XV/2017, Nomor 40/PUU-XV/2017, dan Nomor 47/PUU-XV/2017 tanggal 13 September 2017, h. 2-3.

sudah semestinya dilandasi pertimbangan rasional dan obyektif. Oleh karenanya, alasan-alasan yang diajukan oleh pemohon harus dapat menggambarkan bahwa hal-hal yang dimintakan dalam permohonan provisi adalah penting dan mendesak (*hoe drigend*).

Sementara itu, meskipun putusan provisi (sela) dan putusan akhir dalam suatu perkara merupakan rangkaian kesatuan yang tidak terpisahkan, namun temuan atas data perkara dan putusan sejak 2003 hingga Juni 2020 menunjukkan adanya 3 (tiga) pola penjatuhan putusan provisi dalam perkara pengujian undang-undang,⁵⁰ yaitu:

1. Putusan provisi yang dijatuhkan tatkala proses pemeriksaan perkara sedang berlangsung dan dituangkan secara tertulis sebelum menjatuhkan putusan akhir. Hal ini tercermin dari Putusan (Sela) Nomor 133/PUU-VII/2009 dalam pengujian UU KPK.
2. Putusan provisi yang diucapkan secara lisan di dalam persidangan ketika proses pemeriksaan perkara sedang berlangsung dan ditegaskan kembali secara tertulis dalam putusan akhir. Model ini dapat ditemukan antara lain dalam perkara Pengujian UU Nomor 13 Tahun 2005 tentang APBN Tahun Anggaran 2006;⁵¹ Pengujian UU Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana telah diubah dengan UU Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Atas UU Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi;⁵² Pengujian UU Nomor 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan Republik Indonesia; Pengujian UU Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban; dan Pengujian UU Nomor 17 Tahun 2014 tentang MPR, DPR, DPD, dan DPRD.
3. Putusan provisi yang diputus secara bersamaan dengan pokok permohonan di dalam putusan akhir. Beberapa di antaranya dapat dilihat dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 11/PUU-VIII/2010, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21/PUU-IX/2011, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 26/PUU-IX/2011, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 29/PUU-IX/2011, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14/PUU-XVI/2018, dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 25/PUU-XVII/2019.

Mengamati kecenderungan saat ini, MK lebih sering memutus permohonan provisi secara bersamaan dengan pokok permohonan di dalam putusan akhir.

⁵⁰ Bandingkan ketiga pola ini dengan 3 formulasi pemeriksaan tuntutan provisi yang dijabarkan dalam Mulyadi, Lilik (b)., *loc.cit*.

⁵¹ Risalah Sidang Perkara Nomor 026/PUU-III/2005 tanggal 7 Februari 2006.

⁵² Risalah Sidang Perkara Nomor 003/PUU-IV/2006 tanggal 18 April 2006, h. 9-12.

Urgensi dan relevansi menjadi tolok ukur penentuan kapan saat yang tepat dijatuhkannya keputusan atas permohonan provisi.⁵³

KESIMPULAN

Putusan sela yang dijatuhkan oleh MK lebih sering ditemukan pada perkara sengketa kewenangan lembaga negara dan perkara perselisihan hasil pemilihan, baik Pemilu maupun Pilkada. Selain memang diatur dalam hukum acara, putusan sela pada kedua perkara tersebut banyak berkembang dalam praktek. Namun demikian, dalam perkara pengujian undang-undang, penjatuhan putusan provisi (sela) juga dapat dikembangkan.

Berdasarkan kondisi yang diatur dalam pedoman beracara dan putusan-putusan yang permohonan provisinya dikabulkan oleh MK, ditemukan ada 3 (tiga) hal yang menjadi dasar diajukannya permohonan provisi, yaitu: (i) terdapat dugaan perbuatan pidana dalam pembentukan undang-undang yang dimohonkan pengujiannya; (ii) melindungi hak-hak konstitusional pemohon yang sangat terancam dan tidak dapat dipulihkan dalam putusan akhir; dan (iii) mendesaknyanya waktu untuk segera mendapatkan putusan hakim sebelum penyelenggaraan pemilihan, khususnya berkenaan dengan hak memilih dan dipilih. Ditinjau dari penjatuhannya, terdapat 3 (tiga) pola keputusan majelis hakim atas permohonan provisi, yaitu (i) dijatuhkan tatkala proses pemeriksaan perkara sedang berlangsung dan dituangkan secara tertulis sebelum menjatuhkan putusan akhir; (ii) diucapkan secara lisan di dalam persidangan ketika proses pemeriksaan perkara sedang berlangsung dan kemudian ditegaskan kembali secara tertulis dalam putusan akhir; dan (iii) diputus secara bersamaan dengan pokok permohonan di dalam putusan akhir.

Mengingat keberadaan putusan provisi sangat bergantung pada urgensi dan relevansinya, pengaturan lebih tegas perlu dirumuskan dalam hukum acara MK. Hukum acara perlu memberi kepastian dengan membuka ruang yang lebih leluasa bagi majelis hakim untuk menjatuhkan putusan sela demi mencegah terjadinya pelanggaran hak konstitusional yang lebih besar.

⁵³ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 36/PUU-XVII/2019, tanggal 23 September 2019, perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum terhadap UUD 1945, h. 16. Lihat juga dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 1/PUU-X/2012 dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 48/PUU-XVII/2019.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Badan Pembinaan Hukum Nasional, 2015, *Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang tentang Hukum Acara Perdata*, Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional.
- Harahap, M. Yahya, 2005, *Hukum Acara Perdata tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian, dan Putusan Pengadilan*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Laporan Tahunan Mahkamah Konstitusi RI Tahun 2019, *Mengawal Demokrasi Konstitusional Pemilu Serentak 2019*, Jakarta: Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi.
- Mulyadi, Lilik, 1996, *Tuntutan Provisionil dalam Hukum Acara Perdata pada Praktik Peradilan*, Jakarta: Djambatan.
- _____, 2009, *Putusan Hakim dalam Hukum Acara Perdata Indonesia: Teori, Praktik, Teknik Membuat, dan Permasalahannya*. Bandung: Citra Aditya Bakti.
- Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, 2007, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Edisi 3. Cetakan 3, Jakarta: Balai Pustaka.
- Termorshuizen, Marjanne, 2002, *Kamus Hukum Belanda – Indonesia*, Cet. 2, Jakarta: Djambatan.

Jurnal

- Ali, Mohammad Mahrus, 2015, "Konstitusionalitas dan Legalitas Norma dalam Pengujian Undang Undang Terhadap Undang-Undang Dasar 1945." *Jurnal Konstitusi*. Vol. 12, No. 1, Maret, h. 172-195.
- Bisariyadi, 2019, "Putusan Sela Dalam Perkara Perselisihan Hasil Pemilihan Umum", *Jurnal Hukum & Pembangunan*, Vol. 49, No. 2, h. 397-424.
- Pusat Studi Konstitusi FH Universitas Andalas, 2010, "Perkembangan Pengujian Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Konstitusi*, Volume 7, Nomor 6, Desember, h. 147-224.

Peraturan Perundang-undangan

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang.

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

Konsep Regulasi Berbasis Risiko: Telaah Kritis dalam Penerapannya pada Undang-Undang Cipta Kerja

Risk Based Regulation: Critique to Its Adoption in the Job Creation Law

Mohamad Mova Al'afghani

Fakultas Hukum Universitas Ibn Khaldun
Jl. Sholeh Iskandar, Kedungbadak, Kota Bogor, 16162
E-mail: movanet@gmail.com

Bisariyadi

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia
Jl. Medan Merdeka Barat No. 6, Jakarta Pusat 10110
E-mail: bisariyadi@mahkamahkonstitusi.go.id

Naskah diterima: 16-11-2020 revisi: 26-03-2021 disetujui: 29-03-2021

Abstrak

Undang-Undang Cipta Kerja menekankan pada kemudahan untuk melakukan usaha. Salah satu hal yang menjadi perhatian adalah penyederhanaan perizinan berusaha. Konsep Regulasi Berbasis Risiko menarik bagi program penyederhanaan perizinan karena diasumsikan bahwa penerapannya dapat mengurangi jumlah perizinan. Namun, penerapan analisis resiko untuk menapis izin merupakan sesuatu yang berbeda dengan penerapan konsep Regulasi Berbasis Risiko di negara-negara lain. Selain itu, penerapan regulasi berbasis risiko juga perlu memperhatikan kritik yang tidak terakomodasi dalam Undang-Undang. Tulisan ini menjabarkan 4 (empat) kritik atas penerapan regulasi berbasis risiko dalam Undang-Undang Cipta Kerja, yaitu (i) format omnibus merencanakan penilaian risiko, (ii) risiko volatilitas belum dipertimbangkan, (iii) risiko sistemik belum dipertimbangkan serta (iv) potensi "*regulatory capture*". Secara konseptual, penerapan regulasi berbasis risiko memantik diskursus akademik mengenai pengertian regulasi secara luas yang telah jauh berkembang dari pemaknaan

sempit dalam wacana akademik di Indonesia yang mendefinisikannya sebatas peraturan perundang-undangan semata.

Kata kunci: Regulasi, Regulasi Berbasis Risiko, Undang-Undang Cipta Kerja, Omnibus.

Abstract

The Law on Job Creation emphasizes the ease of doing business. One of the things that is of concern is the simplification of business permit. The concept of risk-based regulation is attractive to simplify the programs due to the assumption that it may cut off a number of licenses. However, the application of risk analysis to screen permits is something different from other countries. In addition, the application of risk-based regulations also needs to pay attention to the critique that is not accommodated in the Law. This paper describes 4 (four) critiques of the application of risk-based regulation in the Law, (i) the omnibus format confuses risk assessment, (ii) volatility risk has not been considered, (iii) systemic risk has not been considered and (iv) potential “regulatory capture”. Conceptually, the application of risk-based regulation has sparked an academic discourse regarding the broad understanding of regulation that has evolved far from the narrow meaning in academic discourse in Indonesia which defines it only as a statutory regulation.

Keywords: Regulation, Risk Based Regulation, Job Creation Law, Omnibus.

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Pemaknaan istilah “regulasi” di Indonesia masih secara sempit terbatas pada sekedar peraturan perundang-undangan. Terkadang istilah regulasi juga berkelindan dengan legislasi dimana kemudian antara keduanya dibuat pemisahan. Legislasi dimaknai sebagai produk hukum dari pembentuk Undang-Undang sementara regulasi adalah peraturan perundang-undangan yang berada di bawah UU. Dalam wacana akademik dengan kacamata global, konsep regulasi tidak lagi diartikan sebatas peraturan perundang-undangan semata. Regulasi dianggap sebagai “alat” untuk mencapai tujuan sosial, selain juga tujuan ekonomi. Sebagai contoh, konsep “*networked regulation*” dipandang mampu mengatasi permasalahan pelanggaran hak asasi manusia di negara berkembang.¹ Selain itu, teori tentang regulasi dipandang bisa memperbaiki sistem hak asasi manusia internasional,²

¹ Tim Connor dan Fiona Haines, “Networked Regulation as a Solution to Human Rights Abuse in Global Supply Chains? The Case of Trade Union Rights Violations by Indonesian Sports Shoe Manufacturers”, *Theoretical Criminology*, Vol. 17, 2013, h. 197.

² Hilary Charlesworth, “A Regulatory Perspective on the International Human Rights System”, *Regulatory Theory*, 2017, h. 357.

termasuk juga dalam hal perlindungan konsumen.³ Di Indonesia, para sarjana masih memperdebatkan mengenai gagasan negara kesejahteraan (*welfare state*).⁴ Sementara, gagasan itu telah berkembang kearah negara regulasi (*regulatory state*).⁵ Meskipun, dikotomi antara negara regulasi dan negara kesejahteraan ditolak oleh Levi-Faur yang mempopulerkan konsep "*regulatory welfare state*". Menurut Levi-Faur, regulasi adalah alat sedangkan kesejahteraan adalah tujuan, "*(w)elfare is a desired aim; regulation is an instrument.*"⁶

Seiring dengan diterbitkannya Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja (selanjutnya disebut dengan UUCK), batasan mengenai konsep regulasi yang tidak sekedar peraturan perundang-undangan mulai berkembang. Salah satunya adalah dengan diadopsinya "regulasi berbasis risiko" (selanjutnya disebut dengan RBR). Dalam UUCK, penyederhanaan perizinan dilakukan dengan beberapa mekanisme, diantaranya adalah melalui pendekatan RBR dalam perizinan berusaha dan pengawasannya serta integrasi berbagai perizinan ke dalam perizinan berusaha. Berdasarkan pendekatan risiko, "perizinan berusaha" dibuat berjenjang dimana "izin" hanya diperlukan untuk usaha dengan resiko tinggi sedangkan untuk tingkat resiko menengah dan rendah tidak diperlukan izin (*lihat Gambar 1*).⁷

Gambar 1. Pendekatan Berbasis Risiko dalam UUCK



³ John TD Wood, "Consumer Protection: A Case of Successful Regulation", *Regulatory Theory*. 2017, h. 633

⁴ I Dewa Gede Palguna, *Welfare State vs Globalisasi: Gagasan Negara Kesejahteraan di Indonesia*, Depok, Rajawali Pres, 2019, h. 224

⁵ Giandomenico Majone, "From the Positive State to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in Modes of Governance", *Journal of Public Policy*, Vol. 17, Mei 1997, h. 139; Bisariyadi, "Pergulatan Paham Negara Kesejahteraan (Welfare State) dan Negara Regulasi (Regulatory State) dalam Perkara Konstitusional", *Ius Quia Iustum*, No. 4, Vol. 23, Oktober 2016, h. 531

⁶ David Levi-Faur, "The Welfare State: A Regulatory Perspective", *Public Administration*, 2014, h.92.

⁷ Istilah "perizinan berusaha" berbeda dengan "izin". "Perizinan Berusaha" adalah legalitas yang diberikan kepada Pelaku Usaha untuk memulai dan menjalankan usaha dan/atau kegiatannya (Pasal 1 angka 4 UUCK). Sementara "izin" merupakan persetujuan Pemerintah Pusat atau Pemerintah Daerah untuk pelaksanaan kegiatan usaha yang wajib dipenuhi oleh Pelaku Usaha sebelum melaksanakan kegiatan usahanya (Pasal 10 ayat 92) UUCK). Untuk memahami konteks keseluruhan mengenai perizinan berusaha lihat Pasal 6 s.d. 12 UUCK.

Diadopsinya konsep RBR dalam program penyederhanaan perizinan karena diasumsikan bahwa penerapan RBR diperkirakan dapat mengurangi jumlah perizinan yang ada.⁸ Selain itu, kegiatan pengawasan juga diharapkan dapat lebih efisien, karena sumber daya pengawasan hanya akan dikerahkan untuk kegiatan yang beresiko tinggi. Ditambah dengan format omnibus yang diharapkan dapat mengatasi permasalahan hiperregulasi.⁹

Konsep RBR memang sudah banyak dilaksanakan di beberapa negara, seperti Amerika Serikat dan negara-negara Uni Eropa, terutama Inggris, dan secara internasional lewat standarisasi seperti yang tertuang dalam *Basel Framework*.¹⁰ Namun demikian, penerapan analisis risiko untuk menapis izin merupakan sesuatu yang relatif baru dan berbeda dengan penerapan RBR di negara-negara lain.

Penerapan RBR perlu memperhatikan kritik-kritik yang banyak dikemukakan dalam literatur RBR. Kritik tersebut belum diakomodasi dalam UUCK dan tidak masuk dalam pembahasan di Naskah Akademik UUCK. Sebagai contoh mengenai penapisan perizinan berusaha yang dilakukan dengan pengelompokan berdasarkan Klasifikasi Baku Lapangan Usaha Indonesia (KBLI).¹¹ Setelah dilakukan penyaringan maka beberapa KBLI yang tadinya memerlukan izin menjadi tidak perlu.

Pembahasan utama dalam tulisan ini akan mengkritisi dari sudut teoretis atas penerapan RBR dalam UUCK yang terdiri atas 4 (empat) kritik, yaitu (i) format omnibus yang diterapkan pada UUCK hanya akan merancukan penilaian risiko, (ii) belum dipertimbangkannya risiko volatil, (iii) risiko sistemik juga belum dipertimbangkan serta (iv) potensi kemunculan “*regulatory capture*”. Namun, sebelum membahas keempat kritik tersebut penting untuk terlebih dahulu menjelaskan konsep “regulasi” dan “regulasi berbasis risiko” sebagai batasan konseptual dalam tulisan ini.

⁸ CNN Indonesia, “6 Aturan Investasi Yang Diubah UU Cipta Kerja” (*ekonomi*) <https://www.cnnindonesia.com/ekonomi/20201008143243-92-555996/6-aturan-investasi-yang-diubah-uu-cipta-kerja> diakses pada 7 November 2020; Rahma Tri, “UU Omnibus Law Cipta Kerja: Beda Risiko Bisnis, Beda Izinnya” (*Tempo*, 6 October 2020) <https://bisnis.tempo.co/read/1393453/uu-omnibus-law-cipta-kerja-beda-risiko-bisnis-beda-izinnya> diakses pada 7 November 2020.

⁹ Muhamad Azhar, “Omnibus Law sebagai Solusi Hiperregulasi Menuju Sonkronisasi Peraturan Per-Undang-undangan di Indonesia”, *Administrative Law and Governance Journal*, Vol. 2, 2019, h. 170; Muhammad Choirul, “Airlangga: UU Ciptaker Rampingkan Obesitas Regulasi” (*news*) <<https://www.cnbcindonesia.com/news/20201021184711-4-196133/airlangga-uu-ciptaker-rampingkan-obesitas-regulasi>> diakses pada 8 November 2020.

¹⁰ “Basel Framework”, https://www.bis.org/basel_framework/index.htm diakses pada 7 November 2020.

¹¹ Lihat misalnya beberapa paparan presentasi dari Kementerian ESDM: “Bahan Rapat Perizinan Berusaha Berbasis Risiko Pada Subsektor Ketenagalistrikan (Kementerian ESDM)” (Jakarta, 13 Oktober 2020); “Analisis Risiko Perizinan Berusaha Sub Sektor Energi Baru, Terbarukan Dan Konservasi Energi (Kementerian ESDM)” (Jakarta, 13 Oktober 2020).

PEMBAHASAN

1. Perluasan Makna dari Konsep Regulasi

Regulasi, dalam penelaahan beragam sumber, disimpulkan dalam pengertian sebagai “(a) sustained effort to change behavior through: information-gathering, standard setting and enforcement.”¹² Dengan definisi demikian, regulasi adalah suatu disiplin tersendiri yang berbeda dengan disiplin hukum.

Morgan dan Yeung memberikan contoh beberapa instrumen regulasi, yaitu hukuman/perintah (*command/legal rule*); kompetisi; konsensus (misalnya: *self-regulation*); komunikasi/transparansi (aturan keterbukaan informasi); dan kode (*code*).¹³ Sebagai contoh dari regulasi yang berbasis “kode” adalah platform seperti Go-Jek, Grab, Amazon atau AirBnB. Platform tersebut bertujuan mengubah perilaku konsumen dan mitranya melalui pengumpulan informasi (yaitu data *Global Positioning System*, sistem *rating*), penerapan standar (misalnya, kewajiban memakai helm) dan penegakan aturan (contohnya, supir yang melanggar aturan bisa terkena *suspend* atau bahkan dikeluarkan dari aplikasi). Contoh dari regulasi yang berbasis konsensus misalnya adalah kode etik yang diterapkan dalam sebuah organisasi profesi seperti organisasi advokat atau Ikatan Dokter Indonesia. Sedangkan contoh dari regulasi yang berbasis transparansi adalah sistem “Proper” (*Public Disclosure Program for Environmental Compliance*) yang dikembangkan oleh Kementerian Lingkungan Hidup dan Kehutanan.

Pengertian regulasi dalam diskursus akademik di dunia telah berkembang jauh dari pemaknaan istilah yang sama di Indonesia. Di Indonesia, regulasi identik dengan “peraturan perundang-undangan”. Badan Perencanaan Pembangunan Nasional (Bappenas) menganggap regulasi sebagai peraturan perundang-undangan. Buku “reformasi regulasi” yang dikeluarkan Bappenas melihat “regulasi” sebagai “peraturan perundang-undangan”.¹⁴ Bambang Brodjonegoro, Menteri Bappenas, dalam salah satu sambutannya memandang

¹² Terjemahan bebas: “Suatu usaha yang berkelanjutan untuk mengubah perilaku melalui pengumpulan informasi, penerapan standar dan penegakan aturan”. Kesimpulan ini didapat berdasarkan pengertian yang diberikan dalam Bronwen Morgan dan Karen Yeung, *An Introduction to Law and Regulation Text and Materials*, Cambridge University Press 2007, h. 3; Robert Baldwin, Martin Cave dan Martin Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, 2nd ed, Oxford University Press, 2012, h. 40-67; Mohamad Mova Al'Afghani, *Legal Frameworks for Transparency in Water Utilities Regulation: A Comparative Perspective*, Routledge, 2016, h. 67-121.

¹³ Morgan dan Yeung, *Ibid*.

¹⁴ Diani Sadiawati dkk, *Strategi Nasional Reformasi Regulasi, Mewujudkan Regulasi Yang Sederhana Dan Tertib*, 2015, h. 3.

reformasi regulasi sebagai reformasi “fungsi dan kelembagaan sistem peraturan perundangan Indonesia”.¹⁵

Pengertian regulasi yang terbatas pada peraturan perundang-undangan semata pun dianut oleh Mahkamah Konstitusi (MK) ketika menjelaskan fungsi negara:

“Rakyat secara kolektif itu dikonstruksikan oleh UUD 1945 memberikan mandat kepada negara untuk mengadakan kebijakan (beleid) dan tindakan pengurusan (bestuursdaad), pengaturan (regelendaad), pengelolaan (beheersdaad), dan pengawasan (toezichhoudensdaad) untuk tujuan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.”¹⁶

Dalam putusan lainnya Mahkamah Konstitusi menegaskan:

“Fungsi pengurusan (bestuursdaad) oleh negara dilakukan oleh Pemerintah dengan kewenangannya untuk mengeluarkan dan mencabut fasilitas perijinan (vergunning), lisensi (licentie), dan konsesi (consessie). Fungsi pengaturan oleh negara (regelendaad) dilakukan melalui kewenangan legislasi oleh DPR bersama Pemerintah, dan regulasi oleh Pemerintah. Fungsi pengelolaan (beheersdaad) dilakukan melalui mekanisme pemilikan saham (share-holding) dan/atau sebagai instrumen kelembagaan, yang melaluinya negara, c.q. Pemerintah, mendayagunakan penguasaannya atas sumber-sumber kekayaan itu untuk digunakan bagi sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.”¹⁷

Fungsi pengaturan (*regelendaad*), menurut MK, merupakan satu dari empat fungsi negara lainnya. Fungsi tersebut dilakukan lewat kewenangan legislasi oleh DPR bersama pemerintah, dalam rangka pembentukan Undang-Undang, dan regulasi oleh pemerintah, melalui penyusunan peraturan di bawah Undang-Undang. Lebih lanjut, MK menegaskan bahwa

“Dalam hal Pemerintah melakukan salah satu dari empat fungsi penguasaan negara, misalnya hanya melaksanakan fungsi mengatur, dapat diartikan bahwa negara telah menjalankan penguasaannya atas sumber daya alam. Padahal, fungsi mengatur adalah fungsi negara yang umum di negara mana pun tanpa perlu ada Pasal 33 UUD 1945. Jika dimaknai demikian, makna penguasaan negara tidak mencapai

¹⁵ “Menteri Bambang Sampaikan Agenda Reformasi Regulasi: Tata Fungsi Dan Kelembagaan Sistem Peraturan Perundangan Indonesia” <https://www.bappenas.go.id/berita-dan-siaran-pers/menteri-bambang-sampaikan-agenda-reformasi-regulasi-tata-fungsi-dan-kelembagaan-sistem-peraturan-perundangan-indonesia/> diakses pada 3 Mei 2020.

¹⁶ Putusan MK Nomor 002/PUU-I/2003 tentang Pengujian UU Nomor 22 Tahun 2001 Tentang Minyak dan Gas Bumi, tanggal 21 Desember 2004, h. 208-209.

¹⁷ Putusan MK Nomor 36/PUU-X/2012 tentang Pengujian UU Nomor 22 Tahun 2001 Tentang Minyak Dan Gas Bumi, tanggal 13 November 2012, para [3.11].

*tujuan sebesar-besarnya bagi kemakmuran rakyat sebagaimana maksud Pasal 33 UUD 1945.*¹⁸

Negara belum dianggap menjalankan fungsi untuk mencapai kemakmuran rakyat, sebagaimana dimandatkan dalam Pasal 33 UUD 1945, apabila baru menjalankan fungsi regulasi. Pandangan MK ini pernah dikritik oleh Butt dan Siregar:

*“Indeed, it is arguable even that, using its regulatory power, the state could effectively directly manage by comprehensively regulating the sector, and strictly monitoring compliance, so that industry participants function just as the state would have sought to do if it participated directly.”*¹⁹

Mengapa MK menafsirkan “regulasi” secara sempit sebagai “peraturan perundang-undangan”? Menurut Al’Afghani, selain ada keterputusan antara diskursus akademik regulasi di dunia internasional dengan di Indonesia, majelis hakim MK terpengaruh dengan teori fungsi negara klasik dari jurisdik Jerman, Wolfgang Friedmann.²⁰ Pandangan Friedmann yang membela model negara sistem ekonomi campuran (*mixed economy*) juga menyetujui fungsi negara sebagai *provider, regulator, entrepreneur* dan *umpire*.²¹ Teori Friedmann ini diambil sebagai kerangka teoritis oleh para hakim MK untuk menjelaskan putusan-putusannya dalam pengujian UU yang berkaitan dengan sumber daya alam karena “cocok” dengan visi para pendiri bangsa, seperti Hatta,²² yang menganggap bahwa fungsi negara tidak bisa direduksi menjadi sekedar regulasi.

Kecenderungan untuk menolak mereduksi fungsi negara hanya sebagai *regulator* ini bukan tanpa alasan sebab diskursus regulasi memang banyak muncul ketika negara mundur sebagai penyedia (*provider*) pada waktu Inggris melakukan privatisasi besar-besaran atas utilitas publiknya yang bersifat monopoli alamiah pada tahun 90-an.²³ Pada awalnya, menurut banyak ekonom seperti Littlechild, fungsi regulasi adalah sementara, hanya sebatas “menjaga

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Simon Butt dan Fritz Edward Siregar, “State Control over Natural Resources in Indonesia: Implications of the Oil and Natural Gas Law Case of 2012”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol. 31, 2013, h. 107.

²⁰ *Ibid.*; Mohamad Mova Al’Afghani, “Alienating the Private Sector: Implications of the Invalidation of the Water Law by the Indonesian Constitutional Court” *Journal of Water Law* Vol. 26, h.12; Mohamad Mova Al’Afghani, “The Elements of “State Control”” *The Jakarta Post*, Jakarta, 14 Januari 2013.

²¹ Wolfgang Gaston Friedmann, *The State and the Rule of Law in a Mixed Economy*, Stevens, 1971.

²² Mohamad Hatta, *Pelaksanaan Undang Undang Dasar 1945 Pasal 33*, 1977, h. 22.

²³ Tony Prosser, *Law and the Regulators*, USA, Oxford University Press, 1997, h.7.

benteng” sampai persaingan bebas tiba.²⁴ Visi Littlechild ini ternyata tidak terbukti, karena hingga kini regulasi masih diberlakukan di berbagai sektor di Inggris.

Pada awalnya, beberapa ahli memang memandang bahwa tujuan regulasi adalah semata-mata tujuan ekonomi atau lazim dikenal dengan *economic regulation*.²⁵ Namun, disiplin regulasi sudah berkembang pesat. Pada tahun 1997, Prosser menulis bahwa regulasi tidak mungkin hanya mencakup regulasi ekonomi, tetapi juga terdapat regulasi sosial, “... *there is social regulation where the rationale is not primarily economic but is linked to notions of public service. Examples include ensuring the provision of universal service and some environmental regulation.*”²⁶ Pendapat Prosser ini banyak terbukti dalam praktek regulasi di Inggris. Salah satu contohnya, kebijakan dari *regulator* ekonomi sektor air di Inggris, yakni *The Water Services Regulation Authority* (OFWAT), banyak memiliki dimensi sosial.²⁷ Sebagai perbandingan, di Indonesia dimana pelayanan air bersih tidak diswastanisasi akan tetapi sambungan air bersih ke konsumen dapat diputus apabila tidak membayar tagihan air. Kebalikannya, di Inggris yang perusahaan airnya diswastanisasi pemutusan sambungan air bersih karena tidak membayar tagihan dilarang.²⁸

Dengan kata lain, tujuan Pasal 33 UUD 1945 sebenarnya dapat dicapai dengan menggunakan regulasi sebagai alat. Namun demikian, untuk melakukan hal ini, pemahaman atas ruang lingkup batasan “regulasi” yang lebih luas dan sejalan dengan diskursus akademik regulasi yang berkembang, dimana regulasi bukan dilihat hanya sebatas peraturan perundang-undangan, perlu untuk diadopsi di Indonesia.

2. Konsep Regulasi Berbasis Risiko

RBR merupakan gabungan antara teori regulasi dengan teori-teori risiko. Black mencatat bahwa RBR mulai digunakan di Inggris sejak akhir 90-an.²⁹ Dalam laporan *National Audit Office* (NAO) mengenai regulasi perjudian, *regulator* direkomendasikan untuk mengembangkan sistem penilaian risiko

²⁴ Stephen Littlechild, *Regulation of British Telecommunications Profitability: A Report to the Secretary of State for Trade and Industry, Department of Trade and Industry*, London, 1983.

²⁵ Richard A. Posner, “Natural Monopoly and Its Regulation” *Stanford Law Review*, Vol. 21, 1968) h. 548; Richard A. Posner, *Theories of Economic Regulation*, h. 2-5.

²⁶ Prosser, *Law and ... Op. Cit.*, h. 6

²⁷ Al’Afghani, *Legal Frameworks... Op. Cit.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Julia Black, “The Emergence of Risk-Based Regulation and the New Public Risk Management in the United Kingdom”, *Public Law*, 2005, h.512.

dan melakukan pengawasan berdasarkan sistem tersebut.³⁰ Dalam kurun waktu 1999-2005, NAO merekomendasikan agar RBR diterapkan dalam berbagai bidang seperti pendidikan, pensiun, perpajakan, perumahan. Pada tahun 2005, *Hampton Report* merekomendasikan agar seluruh sektor regulasi di Inggris menggunakan RBR.³¹

RBR, sebagaimana juga banyak teori regulasi lainnya, memandang regulasi sebagai beban. Oleh karena itu regulasi harus efisien. Menurut Baldwin dkk, “...(t)he essence of risk-based regulation, as commonly understood, is the prioritizing of regulatory actions in accordance with an assessment of the risks that parties will present to the regulatory body’s achieving its objectives.”³² Sedangkan Black, mendefinisikan RBR sebagai “...the use of systematised frameworks of inspection or supervision which are primarily designed to manage regulatory or institutional risk: risks to the agency itself that it will not achieve its objectives”³³

Definisi yang ditawarkan Baldwin dkk yang menitikberatkan pada tindakan regulasi (*regulatory action*) memiliki cakupan lebih umum dibanding definisi Black yang menekankan pada pengawasan (*inspection or supervision*). Namun demikian, perlu digarisbawahi bahwa pada umumnya kegiatan RBR diterapkan dalam konteks inspeksi dan supervisi. Persamaan dari definisi yang ditawarkan keduanya adalah bahwa yang dimaksud dengan risiko adalah risiko terhadap tujuan badan *regulator*.

Ada 5 (lima) tahapan untuk penerapan RBR, yaitu:³⁴

Pertama, identifikasi tujuan regulasi dengan jelas. Perlu diingat bahwa yang dimaksud dengan “risiko” dalam RBR adalah risiko dari badan regulator untuk tidak mencapai tujuannya. Oleh karena itu, harus dipastikan terlebih dahulu yang menjadi tujuan dari badan regulator tersebut.

Kedua, badan regulator harus terlebih dulu menentukan selera risikonya (*risk appetite*). Yang dimaksud dengan selera risiko adalah menentukan risiko

³⁰ John Bourn, “The Gaming Board: Better Regulation - National Audit Office (NAO) Report” Comptroller and Auditor General, 2000, HC 537, Session 1999-2000, <https://www.nao.org.uk/report/the-gaming-board-better-regulation/> diakses pada 4 Mei 2020.

³¹ Philip Hampton, *Reducing Administrative Burdens: Effective Inspection and Enforcement*, Her Majesty’s Stationery Office, 2005.

³² Terjemahan bebas : “Intisari dari regulasi berbasis risiko, secara umum, adalah prioritasasi tindakan regulasi berdasarkan penilaian risiko pihak-pihak terhadap tujuan regulasi dari badan regulator”. Lihat Baldwin, Cave and Lodge, *Understanding... Op. Cit.*

³³ Terjemahan bebas : penggunaan kerangka sistematis untuk inspeksi atau pengawasan yang di desain dengan tujuan untuk mengelola risiko regulasi maupun institusional: risiko kepada badan [regulator] bahwa mereka tidak dapat mencapai tujuannya. Lihat Julia Black, “Risk-Based Regulation: Choices, Practices and Lessons Learnt”, *Risk and Regulatory Policy: Improving the Governance of Risk*, OECD, 2010, h. 185.

³⁴ Baldwin, Cave dan Lodge, *Understanding... Op. Cit.*; Julia Black dan Robert Baldwin, “Really Responsive Risk-Based Regulation” *Law & Policy*, Vol. 32, 2010, h.181.

apa yang dapat diterima olehnya.³⁵ Apabila *risk appetite regulator* berbeda dengan publik maka *regulator* menghadapi risiko politik. Dengan kata lain, penentuan risiko yang bisa ditoleransi menjadi sangat subyektif sifatnya. *Regulator* dapat memberi toleransi atas suatu risiko, namun demikian publik dan politisi bisa berbeda persepsinya.

Ketiga, regulator mengembangkan sistem untuk melakukan identifikasi risiko. Baldwin dkk membedakan dua macam risiko, yaitu risiko inheren dan risiko manajerial. Risiko inheren adalah risiko yang terkait lingkungan, bahan kimia, konstruksi dan lain sebagainya. Sementara itu, risiko manajerial adalah risiko yang timbul akibat kapasitas dan kemampuan suatu organisasi dalam mengontrol risiko inheren. Dalam konteks UUCK, risiko inheren telah diadopsi³⁶ sementara risiko manajerial diadopsi secara parsial.³⁷ Secara umum terdapat dua dimensi risiko, walaupun pada prakteknya sering juga diperkenalkan dimensi atau unsur lain. Kedua dimensi ini, yang juga disebutkan dalam UUCK, adalah bahaya dan kemungkinan terjadinya bahaya. Naskah Akademik UUCK menuliskan bahwa “tingkat risiko = besarnya kerusakan x probabilitas”. Penghitungan kemungkinan terjadinya bahaya biasanya memerlukan data statistik perihal sejarah terjadinya suatu insiden dan kemungkinan terjadinya di masa datang. Dalam hal ini, sebenarnya peranan data sangat penting.

Gambar 3. Mengukur Tingkat Kerusakan dalam UUCK

Tabel 3.6
Cara Mengukur Tingkat Kerusakan

Nama Kegiatan Usaha (Kode 5 Digit KBLI)	
Jenis Risiko	Penilaian Potensi/Probabilitas (Probability Value)
Kesehatan	0 – 30 = Jarang Terjadi 40 – 70 = Mungkin Terjadi 80 – 100 = Seringkali Terjadi
Keamanan dan Keselamatan	
Lingkungan	
Moral dan Budaya	
Finansial	
Total	

Sumber: Kementerian Koordinator Bidang Perekonomian, 2019

³⁵ Black dan Baldwin, “Really... Op. Cit.

³⁶ Lihat Pasal 7 UUCK

³⁷ Lihat Pasal 11 UUCK

Keempat, regulator membuat peringkat risiko atas kedua (atau lebih dari dua) dimensi risiko tersebut. Penyusunan peringkat risiko bisa dilakukan secara kuantitatif maupun kualitatif. Penilaian risiko secara kualitatif, menurut Black dan Baldwin, akan sangat subyektif dan karenanya tergantung kepada pengalaman dan keahlian regulator.³⁸ Sistem penilaian yang dilakukan dalam UUCK, yakni menggolongkan dalam risiko tinggi, medium dan rendah, dikenal juga dengan sistem “lampu merah”.

Kelima, RBR dipergunakan untuk mengaitkan antara institusi *regulator* dengan sumber daya dalam melakukan pengawasan dan penegakan. Artinya, RBR dipergunakan sebagai justifikasi tindakan inspeksi dan penegakan walaupun pada prakteknya tidak mungkin bisa dilakukan secara mutlak. Implikasi dari mengaitkan institusi *regulator* dengan RBR bahwa akuntabilitas dan penggunaan sumberdaya institusi regulator dapat dievaluasi berdasarkan dengan RBR. Dengan kata lain, *regulator* dapat diminta pertanggungjawabannya apakah sumber daya yang ada sudah dialokasikan untuk mengawasi tingkat risiko yang sesuai. *Regulator* dapat dimintai pertanggungjawabannya apabila sumber daya dihabiskan untuk mengawasi kegiatan yang tingkat resikonya kecil.

RBR dalam rangka penerapan UUCK berbeda dengan konsep asal RBR sebagaimana berkembang di Eropa, khususnya Inggris. RBR biasanya dilakukan secara sektoral, dari bawah ke atas (*bottom-up*), tidak secara generik sebagaimana dalam UUCK. Dalam konsep aslinya, RBR diterapkan secara spesifik oleh badan regulator sektoral yang diberi diskresi besar dan penetapan risiko pun ditentukan secara spesifik, tidak secara generik seperti dalam UUCK. Hal ini disebabkan badan regulator sektoral yang dianggap paling mengerti mengenai hal-hal yang menjadi resiko inheren dan resiko manajerial pada masing-masing sektor.

Sedikit berbeda dari praktek di Inggris serta dari definisi Black, UUCK mengadopsi RBR bukan hanya dalam sektor pengawasan³⁹ namun lebih menekankan pada perizinan.⁴⁰ Dalam UUCK apa yang menjadi bahaya ditentukan secara *top-down*, yaitu kesehatan, keselamatan, lingkungan dan/ atau pemanfaatan sumber daya alam, meski masih dibuka celah bahwa untuk kegiatan “tertentu” dapat mencakup aspek lainnya.⁴¹ Penentuan bahaya secara

³⁸ Black dan Baldwin, “Really... Op. Cit.

³⁹ Pasal 11 UUCK

⁴⁰ Pasal 6-10 UUCK

⁴¹ Pasal 7 ayat (2) UUCK

top-down ini dapat membuka peluang adanya bahaya yang tidak tercakup dalam definisi bahaya yang diakui oleh UUCK. Misalnya, bagaimana dampak suatu investasi terhadap budaya lokal? Apabila integritas budaya tidak dianggap sebagai bahaya, maka akan apat dihiraukan dan tidak diperhitungkan dalam penyusunan peringkat resiko. Dalam Pasal 7 ayat 2 UUCK, budaya dan moralitas tidak dimasukkan ke dalam salah satu kategori bahaya.

B. Kritik Atas Penerapan Regulasi Berbasis Risiko Pada UUCK

Beberapa diantara kritik dalam tulisan ini pernah disampaikan dalam Rapat Dengar Pendapat Umum (RDPU) Bersama Badan Legislatif DPR-RI Tanggal 9 Juni 2020⁴² dan ditindaklanjuti dalam bentuk usulan Daftar Inventarisasi Masalah (DIM).⁴³ Dalam perkembangan pembahasan rancangan UUCK selanjutnya, banyak bagian dari kritik-kritik tersebut yang sempat diakomodasi dalam DIM yang dibahas oleh Panitia Kerja DPR.⁴⁴ Namun, UUCK hanya mengakomodasi kritik mengenai pengawasan dimana kegiatan pengawasan juga perlu dilakukan dengan mempertimbangkan catatan kepatuhan.⁴⁵

1. Format Omnibus Merencanakan Penilaian Risiko

Definisi “risiko” dalam RBR adalah risiko bagi regulator dalam mencapai tujuannya. Oleh karenanya, langkah pertama dalam RBR adalah mengidentifikasi tujuan regulasi. Tanpa adanya kejelasan tujuan regulasi maka identifikasi risiko tidak mungkin dilakukan karena identifikasi risiko sendiri merupakan turunan dari tujuan regulasi.

Yang menjadi pertanyaan adalah tujuan regulasi yang mana? Dalam konteks RBR di Inggris, yang dimaksud dari tujuan regulasi ini adalah tujuan badan regulator sektoral. Misalnya, dalam hal regulasi air maka tujuan dari badan regulator air dijelaskan dalam *Water Industry Act (WIA) 1991, Section 2*:⁴⁶

⁴² “Laporan Singkat Rapat Dengar Pendapat Umum Panja Badan Legislati Dengan Kamar Dagang Industri (Kadin) Dan M. Mova Al Afghani, S.H., LL.M.Eur., Ph.D Dalam Rangka Mendengarkan Masukan/Pandangan Atas Ruu Tentang Cipta Kerja” <<http://www.dpr.go.id/dokakd/dokumen/BALEG-RJ-20200610-033817-9215.pdf>> diakses pada 7 November 2020; “Rangkuman Rapat - Masukan RUU Cipta Kerja Bidang Kemudahan Dan Persyaratan Investasi — Badan Legislati DPR-RI Rapat Dengar Pendapat Umum (RDPU) Dengan Kamar Dagang Dan Industri Indonesia (KADIN) Dan Akademisi Univ. Ibn Khaldun M. Mova, S.H, LL.M, Ph.D - JejakParlemen”, <https://wikidpr.org/rangkuman/baleg-rdpu-kadin-akademisi-masukan-ruu-ciptaker>, diakses pada 7 November 2020; MM Al’Afghani, “Kritik Atas Pendekatan Regulasi Berbasis Risiko Dalam RUU Cipta Kerja” (Rapat Dengar Pendapat Umum Panja Badan Legislati Dengan Kamar Dagang Industri (kadin) Dan M. Mova Al Afghani, S.H., LL.M. Eur., Ph.D Dalam Rangka Mendengarkan Masukan/Pandangan atas RUU Tentang Cipta Kerja, Teleconference, 9 Juni 2020) <http://www.dpr.go.id/dokakd/dokumen/BALEG-RJ-20200610-034618-6897.pdf>, diakses pada 3 Agustus 2020.

⁴³ “Daftar Inventaris Masalah (DIM) RUU Cipta Kerja: Regulasi Berbasis Risiko” <https://cloud.cprg.info/docs/dimcprg omnibus.pdf>.

⁴⁴ “Daftar Inventarisasi Masalah (DIM) RUU Tentang Cipta Kerja Batang Tubuh Pasal 7 S/D Pasal 13 Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia”, <http://www.dpr.go.id/dokakd/dokumen/BALEG-RJ-20200715-041205-6484.pdf>.

⁴⁵ Lihat Pasal 11 UUCK

⁴⁶ *Water Industry Act 1991* c.56.

Gambar 2. WIA 1991, Section 2

- [F²(2A) The Secretary of State or, as the case may be, the Authority shall exercise and perform the powers and duties mentioned in subsection (1) above in the manner which he or it considers is best calculated—
- (a) to further the consumer objective;
 - (b) to secure that the functions of a water undertaker and of a sewerage undertaker are properly carried out as respects every area of England and Wales;
 - (c) to secure that companies holding appointments under Chapter 1 of Part 2 of this Act as relevant undertakers are able (in particular, by securing reasonable returns on their capital) to finance the proper carrying out of those functions; and
 - (d) to secure that the activities authorised by the licence of a licensed water supplier and any statutory functions imposed on it in consequence of the licence are properly carried out.
- (2B) The consumer objective mentioned in subsection (2A)(a) above is to protect the interests of consumers, wherever appropriate by promoting effective competition between persons engaged in, or in commercial activities connected with, the provision of water and sewerage services.
- (2C) For the purposes of subsection (2A)(a) above the Secretary of State or, as the case may be, the Authority shall have regard to the interests of—
- (a) individuals who are disabled or chronically sick;
 - (b) individuals of pensionable age;
 - (c) individuals with low incomes;
 - (d) individuals residing in rural areas; and
 - (e) customers, of companies holding an appointment under Chapter 1 of Part 2 of this Act, whose premises are not eligible to be supplied by a licensed water supplier,

Dalam hal ini, tujuan utama dari regulasi air adalah untuk melindungi kepentingan konsumen, sebagaimana tercantum pada bagian 2A huruf a. Apabila memungkinkan melalui persaingan usaha dan dalam section 2C, ditegaskan bahwa untuk mencapai tujuan tersebut *regulator* harus memperhatikan kepentingan pelanggan yang sakit kronis, tidak mampu, pensiunan dan pelanggan yang tinggal di pinggir kota.

Kurang lebih, format (2A) legislasi untuk tujuan regulasi di seluruh badan-badan regulator Inggris adalah sama. Tujuan dari badan regulator air (OFWAT) dapat diperbandingkan dengan badan regulator keuangan, *Financial Conduct Authority* (FCA), yang termaktub dalam *Financial Services and Markets Act 2000*, bahwa tujuannya terdiri atas: i) meningkatkan kepercayaan pasar, (ii) menjaga stabilitas keuangan, (iii) meningkatkan kewaspadaan publik, (iv) melindungi konsumen dan v) mengurangi terjadinya kejahatan keuangan.⁴⁷

Untuk menentukan risiko, badan-badan *regulator* di Inggris menafsirkan pasal-pasal tujuan regulasi ini menjadi matriks risiko. Kondisi Indonesia agak berbeda karena, *pertama* tidak seluruh *regulator* di Indonesia berbentuk badan *regulator* dan *kedua*, dalam konteks UUCK, tujuan regulasi menjadi kabur.

Sebagai contoh perbandingan adalah tujuan regulasi dalam UUCK dengan UU Lingkungan Hidup (*lihat* Tabel 1).

⁴⁷ *Financial Services and Markets Act* (2000) c.8. Lihat sections 3, 3A, 4, 5 dan 6

UU Cipta Kerja	UU Nomor 3 Tahun 2005 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup
<p>Pasal 3</p> <p>a. menciptakan dan meningkatkan lapangan kerja dengan memberikan kemudahan, perlindungan, dan pemberdayaan terhadap koperasi dan UMK-M serta industri dan perdagangan nasional sebagai upaya untuk dapat menyerap tenaga kerja Indonesia yang seluas-luasnya dengan tetap memperhatikan keseimbangan dan kemajuan antardaerah dalam kesatuan ekonomi nasional;</p> <p>b. menjamin setiap warga negara memperoleh pekerjaan, serta mendapat imbalan dan perlakuan yang adil dan layak dalam hubungan kerja;</p> <p>c. melakukan penyesuaian berbagai aspek pengaturan yang berkaitan dengan keberpihakan, penguatan, dan perlindungan bagi koperasi dan UMK-M serta industri nasional; dan</p> <p>d. melakukan penyesuaian berbagai aspek pengaturan yang berkaitan dengan peningkatan ekosistem investasi, kemudahan dan percepatan proyek strategis nasional yang berorientasi pada kepentingan nasional yang berlandaskan pada ilmu pengetahuan dan teknologi nasional dengan berpedoman pada haluan ideologi Pancasila.</p>	<p>Pasal 3</p> <p>a. melindungi wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia dari pencemaran dan/atau kerusakan lingkungan hidup;</p> <p>b. menjamin keselamatan, kesehatan, dan kehidupan manusia;</p> <p>c. menjamin kelangsungan kehidupan makhluk hidup dan kelestarian ekosistem;</p> <p>d. menjaga kelestarian fungsi lingkungan hidup;</p> <p>e. mencapai keserasian, keselarasan, dan keseimbangan lingkungan hidup;</p> <p>f. menjamin terpenuhinya keadilan generasi masa kini dan generasi masa depan;</p> <p>g. menjamin pemenuhan dan perlindungan hak atas lingkungan hidup sebagai bagian dari hak asasi manusia;</p> <p>h. mengendalikan pemanfaatan sumber daya alam secara bijaksana; mewujudkan pembangunan berkelanjutan; dan</p> <p>i. mengantisipasi isu lingkungan global.</p>

Dalam konteks UUCK, “risiko” dapat ditafsirkan bermacam-macam. Apabila tujuannya adalah investasi, maka yang menjadi resiko dari tujuan itu misalnya adalah rendahnya kepercayaan investor, gejolak politik, rumitnya birokrasi dan sebagainya. Sebaliknya, apabila yang menjadi tujuan regulasi adalah perlindungan lingkungan, maka yang menjadi risiko adalah lemahnya pengaturan, pengawasan dan perizinan.

2. Risiko Volatilitas Belum Dipertimbangkan

Kritik selanjutnya untuk UUCK adalah belum dipertimbangkannya risiko volatil. Istilah risiko "volatilitas" sudah dimuat dalam UUCK sebagai indikator penilaian tingkat bahaya, tetapi belum jelas penerapannya.⁴⁸

Risiko volatil adalah risiko yang dapat berubah, tadinya tinggi kemudian menjadi rendah maupun sebaliknya.⁴⁹ Contohnya dalam polusi pada air. Bahaya yang ditimbulkan dari polusi tersebut bervariasi tergantung musim. Ketika musim kering misalnya, risikonya menjadi lebih tinggi dibanding pada musim lainnya, sebagaimana Black dan Baldwin berpandangan bahwa:

A risk may be relatively stable with respect to either quantum of potential harm or probability of occurrence over a defined period of time, or it may be subject to change. In the case of water pollution, for instance, the level of a potential harm may vary with climatic conditions or water levels. Alternatively, the managerial team that controls a risk may be liable to change, altering the probability of harm occurring, and constituting a matter of key concern for “net” risk assessments.⁵⁰

Pada saat pemeringkatan risiko dilakukan, *regulator* juga harus terlebih dahulu menentukan suatu jenis risiko yang bisa bersifat mudah berubah. Cara menangani resiko demikian diantaranya adalah dengan melakukan lebih sering melakukan peninjauan ulang peringkat risiko.

Pendekatan RBR dalam UUCK digunakan dalam hal (i) mengkategorisasikan perizinan/pendaftaran dan (ii) melakukan pengawasan. Dalam konteks perizinan/pendaftaran, Nomor Induk Berusaha (NIB) dan “Izin” digunakan

⁴⁸ Lihat Pasal 7 ayat (5) huruf e UUCK.

⁴⁹ Lihat Penjelasan Pasal 7 ayat (5) huruf e UUCK yang memuat bahwa “yang dimaksud dengan “risiko volatilitas” yaitu risiko yang memiliki kecenderungan untuk mudah berubah. “Seharusnya istilah yang dipergunakan adalah “volatil” bukan “volatilitas”.

⁵⁰ Terjemahan bebas: Risiko bisa jadi relatif stabil, dalam hal dimensi bahaya maupun kemungkinan terjadinya dalam jangka waktu tertentu, atau mungkin juga berubah. Dalam kasus polusi air misalnya, tingkat potensi bahaya akan bervariasi sesuai dengan musim atau tinggi muka air. Disamping itu, tim (dari perusahaan atau organisasi) yang mengelola risiko harus bertanggung jawab untuk merubah kemungkinan terjadinya bahaya dan menentukan hal-hal yang menjadi perhatian utama dalam melakukan penilaian risiko. Lihat Julia Black dan Robert Baldwin, “When Risk-Based Regulation Aims Low: Approaches and Challenges: Aiming Low: Approaches and Challenges” *Regulation & Governance* Vol. 6., 2012, h.2.

untuk kegiatan berisiko tinggi sedangkan untuk kategori rendah cukup dengan NIB saja. Apabila terdapat beberapa risiko yang mudah berubah maka kategori perizinan/pendaftaran dan sasaran pengawasan semestinya dapat berubah. Artinya, akan ada kegiatan yang sebenarnya tidak perlu izin dan tidak perlu banyak diawasi karena risikonya berubah dari tinggi ke rendah. Sebaliknya, akan ada kegiatan yang seharusnya perlu izin, tetapi karena pada waktu pemeringkatan risiko dilakukan risikonya masih rendah sehingga dianggap tidak perlu izin.

Akan tetapi, UUCK tidak membahas penilaian risiko yang bersifat volatil secara detail. Rincian mengenai penilaian dan penyusunan peringkat risiko volatil akan dilakukan lewat Peraturan Pemerintah (PP).⁵¹ Naskah Akademik UUCK juga tidak membahas secara detail tentang jenis risiko yang mudah berubah. Apabila penilaian dan penyusunan peringkat risiko dimuat pada PP maka untuk mengubahnya perlu revisi/amandemen atas PP tersebut. Mekanisme demikian justru membuat perubahan jenis risiko volatil menjadi kaku karena PP tergolong sebagai peraturan perundang-undangan yang sulit untuk diubah. Selain itu, hal tersebut dapat membahayakan kepentingan publik apabila ada risiko yang bergeser dari rendah menuju tinggi.

Sebagai alternatif dari melakukan peninjauan dan penyusunan peringkat ulang dari risiko yang lebih sering, risiko volatil dapat dikategorikan sebagai risiko tersendiri yang dikecualikan dari penapisan perizinan. Dalam hal pengawasan, risiko volatil juga sebaiknya digolongkan dalam risiko tersendiri dimana frekuensi pengawasan dapat dilakukan secara reguler terlepas dari tingkat risikonya.

3. Risiko Sistemik Belum Dipertimbangkan

Risiko sistemik adalah risiko yang kecil apabila dilihat per individu atau kegiatan tetapi akan menjadi besar karena kecenderungannya yang dilakukan oleh banyak pihak.⁵² Sebagai contoh dari risiko sistemik adalah penyedotan air tanah di pemukiman dan penggunaan pestisida oleh petani. Apabila dilakukan secara perorangan, dampak dari kegiatan tersebut kepada lingkungan atau kesehatan akan kecil. Namun demikian, apabila dilakukan

⁵¹ Pasal 13 UUCK berbunyi :

"Ketentuan lebih lanjut mengenai Perizinan Berusaha berbasis risiko sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7, Pasal 8, Pasal 9, dan Pasal 10, serta tata cara pengawasan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 diatur dalam Peraturan Pemerintah."

⁵² Julia Black dan Robert Baldwin, *"When... Op.Cit.*, h. 2.

secara masif dampaknya juga akan besar. Penyedotan air tanah dapat menimbulkan amblesnya muka tanah dan intrusi air laut.⁵³ Demikian juga dengan penggunaan pestisida dan pupuk dalam pertanian yang dilakukan secara masif maka akan menyebabkan tercemarnya kualitas air.⁵⁴ Rusaknya air tanah dan air permukaan akibat abstraksi dan polusi bersifat sistemik. Artinya, terjadi dalam skala besar dan dampak serta bahayanya akan dirasakan oleh banyak orang.

Contoh mutakhir lainnya dari resiko sistemik adalah wabah COVID-19. Apabila dilihat secara individual, kemungkinan orang menjadi sakit akibat berdekatan dengan satwa atau mengkonsumsi satwa liar relatif kecil. Demikian pula, ketika sudah terjadi transmisi antar manusia yang mengakibatkan penyakit belum tentu terjadi pandemi hingga bahkan *World Health Organization* (WHO) pun lambat mengumumkan dan mengantisipasinya.⁵⁵ Hal demikian membuat bias kognitif yang membuat pemerintah di berbagai negara dan bahkan akademisi menyepelkan potensi resiko sistemik akibat pandemik. Cirillo dan Taleb menyebutnya sebagai "*fat tail*".⁵⁶ Risiko sistemik seharusnya diantisipasi lewat prinsip kehati-hatian.⁵⁷ Taleb bahkan mengatakan lebih lanjut bahwa etika individual dalam menghadapi resiko sistemik seperti pandemi adalah dengan melakukan pencegahan sistemik dalam level perorangan atau lokal.⁵⁸

Secara teoritis, seharusnya penapisan perizinan dan strategi pengawasan terlebih dahulu membedakan resiko sistemik dengan resiko yang tidak sistemik. Usaha yang risikonya berpotensi sistemik seharusnya tetap diberlakukan izin atau persetujuan dan diawasi secara lebih ketat relatif terhadap tingkat kepatuhannya.

Terkait dengan perizinan, UUCK tidak memperhitungkan secara khusus resiko sistemik. Apabila tingkat resiko rendah atau menengah, tidak

⁵³ Hasanuddin Z. Abidin dkk, "Land Subsidence of Jakarta (Indonesia) and Its Relation with Urban Development" *Natural Hazards*, Vol. 59, 2011, h. 1753; HZ Abidin dkk, "Land Subsidence in Coastal City of Semarang (Indonesia): Characteristics, Impacts and Causes", *Geomatics, Natural Hazards and Risk*, Vol. 4, 2013, h. 226.

⁵⁴ H Salim dkk, "Multi-Source Water Pollution in the Upper Citarum Watershed, Indonesia, with Special Reference to Its Spatiotemporal Variation" *Environmental Sciences*, 2005, h.11; Joko Mariyono dkk, "Quantity and Monetary Value of Agrochemical Pollution from Intensive Farming in Indonesia" *Management of Environmental Quality: An International Journal*, Vol. 29, 2018, h. 759.

⁵⁵ Manfred S. Green, "Did the Hesitancy in Declaring COVID-19 a Pandemic Reflect a Need to Redefine the Term?" *The Lancet*, Vol 395, 2020, h.1034.

⁵⁶ Pasquale Cirillo dan Nassim Nicholas Taleb, "Tail Risk of Contagious Diseases" *Nature Physics* Vol. 16, 2020, h. 606.

⁵⁷ Joseph Norman, Yaneer Bar-Yam dan Nassim Nicholas Taleb, "Systemic Risk of Pandemic via Novel Pathogens—Coronavirus: A Note", New England Complex Systems Institute (January 26, 2020).

⁵⁸ Nassim Nicholas Taleb dan Joseph Norman, "Ethics of Precaution: Individual and Systemic Risk" New England Complex Systems Institute 1.

ada kemungkinan dalam UUCK untuk diberlakukan izin.⁵⁹ Hal ini dapat menimbulkan masalah apabila tingkat resiko rendah dan menengah tersebut bersifat sistemik.

Untuk pengawasan, frekuensinya disesuaikan dengan tingkat resiko serta tingkat kepatuhan.⁶⁰ Dengan kata lain, apabila tingkat resiko rendah maka intensitas pengawasan juga rendah. Secara harfiah, UUCK tidak membuka peluang untuk melakukan pengawasan lebih sering, apabila resiko yang dijumpai rendah atau menengah namun bersifat sistemik.

Dalam regulasi sektor keuangan, risiko sistemik diantisipasi lewat keterbukaan informasi, jaminan likuiditas, pembatasan kebolehan pemberian pinjaman, dan pembatasan kebolehan meminjam.⁶¹ Tentunya, pendekatan regulasi keuangan tidak bisa langsung diterjemahkan dalam pendekatan umum RBR. Pada intinya adalah bahwa resiko sistemik harus diberlakukan secara berbeda.

4. Potensi “Regulatory Capture”

Yang dimaksud dengan *regulatory capture* adalah kejadian ketika intervensi negara atas kegiatan ekonomi, termasuk didalamnya proses regulasi seperti pembentukan peraturan perundang-undangan, kegiatan perizinan dan pengawasan, diarahkan oleh kepentingan tertentu.⁶² Stigler mengemukakan “... *as a rule, regulation is acquired by the industry and is designed and operated primarily for its benefits*”.⁶³ Namun, penting untuk ditegaskan bahwa dalam tulisan ini, *capture* tidak hanya terbatas pada kelompok industri tetapi juga dapat dilakukan oleh berbagai kelompok.

Kajian mengenai *capture* menjelaskan bahwa apabila kepentingan dari suatu kelompok adalah besar dan jumlah kelompoknya sedikit, maka kelompok tersebut akan memiliki posisi yang lebih baik dalam memengaruhi jalannya regulasi.⁶⁴ Kelompok pengusaha memiliki kepentingan per kapita yang besar dibandingkan dengan konsumen, buruh atau kelompok lainnya juga memiliki sumber daya yang lebih besar untuk memengaruhi regulasi.

⁵⁹ Lihat Pasal 8 dan 9 UUCK

⁶⁰ Lihat Pasal 11 yang merujuk pada Pasal 7 ayat (7) UUCK

⁶¹ Steven L. Schwarcz, “Systemic Risk” *Geo. LJ* Vol. 97, 2008, h. 193. Lihat juga Iman Anabtawi dan Steven L. Schwarcz, “Regulating Systemic Risk: Towards an Analytical Framework”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 89, 2011, h. 1349.

⁶² Ernesto Dal Bo, “Regulatory Capture: A Review”, *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 22, 2006 h. 203.

⁶³ George J Stigler, “The Theory of Economic Regulation”, *The Bell Journal of economics and management science*, 1971, h. 3

⁶⁴ Dal Bo, “Regulatory... *Op. Cit.* . Lihat juga Mancur Olson, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, 21st ed, Cambridge, Harvard University Press, 2003, h. 53-65.

Dalam konteks UUCK, kepentingan bisnis yang besar ini bisa dimanifestasikan dalam bentuk lobi untuk kemudahan perizinan, pengawasan atau standar yang lebih ringan. Hipotesis dalam tulisan ini adalah bahwa kepentingan bisnis akan berusaha mengejar “*race to the bottom*”⁶⁵ dalam proses RBR di UUCK dengan sebisa mungkin: (i) mengategorikan suatu kegiatan usaha dalam resiko rendah atau menengah sehingga tidak memerlukan izin; (ii) menurunkan standar; dan (iii) menurunkan frekuensi pengawasan. Hal ini berpotensi terjadi dalam proses analisis dan penjenjangan resiko.

Hal ini bukan berarti bahwa seluruh kegiatan atau usaha harus diawasi secara ketat. Pengawasan ketat hanya diperlukan pada kegiatan dengan risiko tinggi dengan memperhatikan kapasitas dan catatan kepatuhan perusahaan. Artinya, pengawasan bisa lebih longgar apabila perusahaannya patuh dan mekanisme kontrol internalnya baik. Yang menjadi masalah adalah apabila resiko yang dihadapi sebenarnya tinggi dimana seharusnya diperlukan respon regulasi berupa izin, standar dan pengawasan yang ketat. Namun demikian, risiko yang tinggi tersebut berhasil dimentahkan dengan argumentasi yang mengubahnya menjadi risiko rendah.

Untuk memitigasi *capture* diperlukan mekanisme transparansi dan pelibatan publik.⁶⁶ Dalam konteks UUCK, diperlukan pelibatan publik dalam rangka penentuan dan penjenjangan resiko. Dengan demikian, proses penetapan tingkat resiko secara ideal dilakukan dengan data yang cukup melalui proses yang transparan dan disetujui oleh berbagai pemangku kepentingan. Mekanisme transparansi ini pernah diusulkan dalam proses pembahasan rancangan UUCK dan termuat dalam salah satu DIM.⁶⁷ Akan tetapi, mekanisme mitigasi *capture* tidak dimuat dalam UUCK.

KESIMPULAN

Konsep RBR merupakan hal yang baru dalam wacana akademik di Indonesia. Seiring dengan diterbitkannya UUCK, konsep itu mendapat tempat dalam upaya

⁶⁵ Nita Rudra, “Globalization and the Race to the Bottom in Developing Countries: Who Really Gets Hurt?” 316; Richard L Revesz, “Rehabilitating Interstate Competition: Rethinking the Race-to-the-Bottom Rationale for Federal Environmental Regulation” *New York University Law Review*, Vol. 67, 1992 h. 1210.

⁶⁶ Frederic Boehm, “Anti-Corruption Strategies as Safeguard for Public Service Sector Reforms” <http://www.wiwi.uni-passau.de/fileadmin/dokumente/lehrstuehle/lambsdorff/Economics_of_Corruption_2007/Boehm_-_Anti-Corruption_as_Safeguard_for_Public_Sector_Reforms.pdf> diakses pada 5 Oktober 2020; F Boehm, ‘Regulatory Capture Revisited – Is There and Anti-Corruption Agenda in Regulation?’, Lihat juga A Estache dan L Wren-Lewis, “Anti-Corruption Policy in Theories of Sector Regulation”, *International Handbook on Corruption*, Vol 2, 2011; Antonio Estache and Liam Wren-Lewis, “Toward a Theory of Regulation for Developing Countries: Following Jean-Jacques Laffont’s Lead”, *Journal of Economic Literature*, Vol. 47, 2009, h. 729.

⁶⁷ ‘Daftar Inventarisasi Masalah (DIM) RUU Tentang Cipta Kerja Batang Tubuh Pasal 7 s.d Pasal 13 Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia’ 7. Lihat DIM no. 156 dan 202.

menyederhanakan perizinan berusaha. Penerapan konsep RBR dalam UUCK membuka diskursus publik dan wacana akademik mengenai pengertian regulasi yang tidak semata dimaknai dengan peraturan perundang-undangan saja.

Penerapan konsep RBR merupakan sebuah langkah maju dalam “pendekatan regulasi” alih-alih pendekatan tradisional yang kerap dianut dalam penyusunan UU di Indonesia, berupa “*command-and-control*”. Namun demikian, ada beberapa hal terkait diadopsinya RBR dalam UUCK yang perlu dikritisi.

Ada 4 (empat) kritik yang dilayangkan dalam tulisan ini berkaitan dengan pendekatan RBR dalam UUCK. Pendekatan RBR dalam UUCK berbeda dengan praktek RBR yang banyak berkembang, dimana RBR biasanya lebih digunakan dalam konteks pengawasan. RBR dalam UUCK menekankan pada penapisan perizinan berusaha. Selain itu, penyusunan UUCK dalam format omnibus membuat kerumitan dalam mengidentifikasi tujuan regulasi. Tanpa adanya kejelasan tujuan regulasi maka identifikasi risiko tidak mungkin dilakukan karena identifikasi risiko sendiri merupakan turunan dari tujuan regulasi. Gabungan dari perubahan atas beberapa UU dalam format omnibus membuat tujuan regulasi menjadi tumpang tindih. Pekerjaan bagi tiap-tiap sektor pasca diterbitkannya UUCK adalah mengidentifikasi tujuan regulasi masing-masing. Tujuan besar yang dimuat dalam UUCK membuat rancu tujuan regulasi tiap-tiap sektornya.

Kritik berikutnya adalah ketiadaan perincian mengenai risiko volatil dan sistemik dalam UUCK. Pendelegasian yang memberi kewenangan agar pengaturan lebih lanjut mengenai risiko volatil dan sistemik pada PP justru membuatnya menjadi kaku. PP tergolong sebagai peraturan perundang-undangan yang sulit untuk diubah. Seharusnya risiko volatil dan risiko sistemik digolongkan dalam risiko tersendiri dan harus diberlakukan secara berbeda. Terkait dengan potensi adanya *regulatory capture* dalam penerapan RBR pada UUCK dapat dimitigasi melalui pengaturan dalam PP yang mengharuskan transparansi, keterbukaan dan pelibatan publik dalam penentuan dan pemerinkatan resiko.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

Afghani, Mohamad Mova Al, 2016, *Legal Frameworks for Transparency in Water Utilities Regulation: A Comparative Perspective*, Routledge.

- Baldwin, Robert, Martin Cave dan Martin Lodge, 2012, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, 2nd Oxford University Press.
- Friedmann, Wolfgang Gaston, 1971, *The State and the Rule of Law in a Mixed Economy*, Stevens.
- Hatta, Mohamad, 1977, *Pelaksanaan Undang Undang Dasar 1945 Pasal 33*.
- Mancur Olson, 2003, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, 21st ed, Cambridge: Harvard University Press.
- Morgan, Bronwen dan Karen Yeung, 2007, *An Introduction to Law and Regulation Text and Materials*, Cambridge University Press.
- Palguna, I Dewa Gede, 2019, *Welfare State vs Globalisasi: Gagasan Negara Kesejahteraan di Indonesia*, Jakarta: Rajawali Pres.
- Prosser, Tony, 1997, *Law and the Regulators*, USA: Oxford University Press.
- Rudra, Nita, 2008, *Globalization and the Race to the Bottom in Developing Countries: Who Really Gets Hurt?*, Cambridge University Press.
- Sadiawati, Diani, dkk, 2015, *Strategi Nasional Reformasi Regulasi, Mewujudkan Regulasi Yang Sederhana Dan Tertib*

Artikel Jurnal

- Abidin, Hasanuddin Z., dkk, 2011, "Land Subsidence of Jakarta (Indonesia) and Its Relation with Urban Development" *Natural Hazards*, Vol. 59.
- Al'Afghani, Mohamad Mova, "Alienating the Private Sector: Implications of the Invalidation of the Water Law by the Indonesian Constitutional Court" *Journal of Water Law*, Vol. 26.
- Anabtawi, Iman dan Steven L Schwarcz, 2011, "Regulating Systemic Risk: Towards an Analytical Framework", *Notre Dame Law Review*, Vol. 89.
- Azhar, Muhamad, 2019, "Omnibus Law sebagai Solusi Hiperregulasi Menuju Sonkronisasi Peraturan Perundang-undangan di Indonesia", *Administrative Law and Governance Journal*, Vol. 2.
- Bisariyadi, "Pergulatan Paham Negara Kesejahteraan (Welfare State) dan Negara Regulasi (Regulatory State) dalam Perkara Konstitusional", *Ius Quia Iustum*, No. 4, Vol. 23, Oktober 2016.
- Black, Julia, 2005, "The Emergence of Risk-Based Regulation and the New Public Risk Management in the United Kingdom", *Public Law*.

- Black, Julia dan Robert Baldwin, 2012, "When Risk-Based Regulation Aims Low: Approaches and Challenges: Aiming Low: Approaches and Challenges" *Regulation & Governance* Vol. 6. 2.
- Black, Julia dan Robert Baldwin, 2010, "Really Responsive Risk-Based Regulation" *Law & Policy*, Vol. 32.
- Bo, Ernesto Dal, "Regulatory Capture: A Review", *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 22, 2006.
- Butt, Simon dan Fritz Edward Siregar, 2013, "State Control over Natural Resources in Indonesia: Implications of the Oil and Natural Gas Law Case of 2012", *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol. 31.
- Cirillo, Pasquale dan Nassim Nicholas Taleb, 2020, "Tail Risk of Contagious Diseases" *Nature Physics* Vol. 16.
- Charlesworth, Hilary, "A Regulatory Perspective on the International Human Rights System", *Regulatory Theory*, 2017.
- Connor, Tim dan Fiona Haines, 2013, "Networked Regulation as a Solution to Human Rights Abuse in Global Supply Chains? The Case of Trade Union Rights Violations by Indonesian Sports Shoe Manufacturers", *Theoretical Criminology*, Vol. 17.
- Estache, Antonio and Liam Wren-Lewis, 2009, "Toward a Theory of Regulation for Developing Countries: Following Jean-Jacques Laffont's Lead", *Journal of Economic Literature*, Vol. 47.
- Green, Manfred S., 2020, "Did the Hesitancy in Declaring COVID-19 a Pandemic Reflect a Need to Redefine the Term?" *The Lancet*, Vol 395.
- HZ Abidin dkk, 2013, "Land Subsidence in Coastal City of Semarang (Indonesia): Characteristics, Impacts and Causes", *Geomatics, Natural Hazards and Risk*, Vol. 4.
- H Salim dkk, 2005, "Multi-Source Water Pollution in the Upper Citarum Watershed, Indonesia, with Special Reference to Its Spatiotemporal Variation" *Environmental Sciences*.
- Levi-Faur, David, "The Welfare State: A Regulatory Perspective", *Public Administration*, 2014.
- Mariyono, Joko dkk, 2018, "Quantity and Monetary Value of Agrochemical Pollution from Intensive Farming in Indonesia" *Management of Environmental Quality: An International Journal*, Vol. 29.

Majone, Giandomenico, "From the Positive State to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in Modes of Governance", *Journal of Public Policy*, Vol. 17, Mei 1997.

Posner, Richard A, 1968, "Natural Monopoly and Its Regulation" *Stanford Law Review*, Vol. 21.

Richard A. Posner, 1974, "Theories of Economic Regulation" *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 5, No. 2, Autumn.

Revesz, Richard L 1992, "Rehabilitating Interstate Competition: Rethinking the Race-to-the-Bottom Rationale for Federal Environmental Regulation" *New York University Law Review*, Vol. 67.

Schwarcz, Steven L., 2008, "Systemic Risk" *Georgetown Law Journal*, Vol. 97.

Stigler, George J., "The Theory of Economic Regulation", *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 1971.

Wood, John TD, 2017, "Consumer Protection: A Case of Successful Regulation", *Regulatory Theory*.

Laporan, Artikel Koran dan Website

A Estache dan L Wren-Lewis, "Anti-Corruption Policy in Theories of Sector Regulation", *International Handbook on Corruption*, Vol 2, 2011.

"Basel Framework", https://www.bis.org/basel_framework/index.htm diakses pada 7 November 2020.

CNN Indonesia, "6 Aturan Investasi Yang Diubah UU Cipta Kerja" (ekonomi) <https://www.cnnindonesia.com/ekonomi/20201008143243-92-555996/6-aturan-investasi-yang-diubah-uu-cipta-kerja> diakses pada 7 November 2020;

"Daftar Inventaris Masalah (DIM) RUU Cipta Kerja: Regulasi Berbasis Risiko" <https://cloud.cprg.info/docs/dimcprgomnibus.pdf>.

"Daftar Inventarisasi Masalah (DIM) RUU Tentang Cipta Kerja Batang Tubuh Pasal 7 S/D Pasal 13 Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia", <http://www.dpr.go.id/dokakd/dokumen/BALEG-RJ-20200715-041205-6484.pdf>.

Frederic Boehm, "Anti-Corruption Strategies as Safeguard for Public Service Sector Reforms" <http://www.wiwi.uni-passau.de/fileadmin/dokumente/lehrstuehle/lambsdorff/Economics_of_Corruption_2007/Boehm_-_Anti-Corruption_as_Safeguard_for_Public_Sector_Reforms.pdf> diakses pada 5 Oktober 2020;

Frederic Boehm, 'Regulatory Capture Revisited – Is There and Anti-Corruption Agenda in Regulation?' Rahma Tri, "UU Omnibus Law Cipta Kerja: Beda Risiko Bisnis, Beda Izinnya" (Tempo, 6 October 2020) <https://bisnis.tempo.co/read/1393453/uu-omnibus-law-cipta-kerja-beda-risiko-bisnis-beda-izinnya> diakses pada 7 November 2020.

Julia Black, "Risk-Based Regulation: Choices, Practices and Lessons Learnt", Risk and Regulatory Policy: Improving the Governance of Risk, OECD, 2010.

John Bourn, "The Gaming Board: Better Regulation - National Audit Office (NAO) Report" Comptroller and Auditor General, 2000, HC 537, Session 1999-2000, <https://www.nao.org.uk/report/the-gaming-board-better-regulation/> diakses pada 4 Mei 2020.

Joseph Norman, Yaneer Bar-Yam dan Nassim Nicholas Taleb, "Systemic Risk of Pandemic via Novel Pathogens—Coronavirus: A Note", New England Complex Systems Institute (January 26, 2020).

Kementerian ESDM, "Bahan Rapat Perizinan Berusaha Berbasis Risiko Pada Subsektor Ketenagalistrikan" (Jakarta, 13 Oktober 2020).

Kementerian ESDM, "Analisis Resiko Perizinan Berusaha Sub Sektor Energi Baru, Terbarukan Dan Konservasi Energi" (Jakarta, 13 Oktober 2020).

"Laporan Singkat Rapat Dengar Pendapat Umum Panja Badan Legislasi Dengan Kamar Dagang Industri (Kadin) Dan M. Mova Al Afghani, S.H., LL.M. Eur., Ph.D Dalam Rangka Mendengarkan Masukan/Pandangan Atas RRU Tentang Cipta Kerja" <<http://www.dpr.go.id/dokakd/dokumen/BALEG-RJ-20200610-033817-9215.pdf>> diakses pada 7 November 2020;

"Menteri Bambang Sampaikan Agenda Reformasi Regulasi: Tata Fungsi Dan Kelembagaan Sistem Peraturan Perundangan Indonesia" <https://www.bappenas.go.id/id/berita-dan-siaran-pers/menteri-bambang-sampaikan-agenda-reformasi-regulasi-tata-fungsi-dan-kelembagaan-sistem-peraturan-perundangan-indonesia/> diakses pada 3 Mei 2020.

Mohamad Mova Al'Afghani, "The Elements of State Control", *The Jakarta Post*, Jakarta, 14 Januari 2013.

_____, "Kritik Atas Pendekatan Regulasi Berbasis Risiko Dalam RRU Cipta Kerja" (Rapat Dengar Pendapat Umum Panja Badan Legislasi Dengan Kamar Dagang Industri (kadin) Dan M. Mova Al Afghani, S.H., LL.M. Eur., Ph.D Dalam

Rangka Mendengarkan Masukan/Pandangan atas RUU Tentang Cipta Kerja, Teleconference, 9 Juni 2020) <http://www.dpr.go.id/dokakd/dokumen/BALEG-RJ-20200610-034618-6897.pdf>, diakses pada 3 Agustus 2020.

Muhammad Choirul, "Airlangga: UU Ciptaker Rampingkan Obesitas Regulasi" (news) <<https://www.cnbcindonesia.com/news/20201021184711-4-196133/airlangga-uu-ciptaker-rampingkan-obesitas-regulasi>> diakses pada 8 November 2020.

Nassim Nicholas Taleb dan Joseph Norman, "Ethics of Precaution: Individual and Systemic Risk" New England Complex Systems Institute.

Philip Hampton, *Reducing Administrative Burdens: Effective Inspection and Enforcement*, Her Majesty's Stationery Office, 2005.

"Rangkuman Rapat - Masukan RUU Cipta Kerja Bidang Kemudahan Dan Persyaratan Investasi — Badan Legislasi DPR-RI Rapat Dengar Pendapat Umum (RDPU) Dengan Kamar Dagang Dan Industri Indonesia (KADIN) Dan Akademisi Univ. Ibn Khaldun M. Mova, S.H, LL.M, Ph.D - JejakParlemen", <https://wikidpr.org/rangkuman/baleg-rdpu-kadin-akademisi-masukan-ruu-ciptaker>, diakses pada 7 November 2020;

Stephen Littlechild, *Regulation of British Telecommunications Profitability: A Report to the Secretary of State for Trade and Industry*, Department of Trade and Industry, London, 1983.

Peraturan Perundang-undangan dan Putusan Pengadilan

Financial Services and Markets Act 2000.

Putusan MK Nomor 002/PUU-I/2003 tentang Pengujian UU Nomor 22 Tahun 2001 Tentang Minyak dan Gas Bumi, tanggal 21 Desember 2004.

Putusan MK Nomor 36/PUU-X/2012 tentang Pengujian UU Nomor 22 Tahun 2001 Tentang Minyak Dan Gas Bumi, tanggal 13 November 2012.

Water Industry Act 1991.

Polemik Fungsi Sosial Tanah dan Hak Menguasai Negara Pasca UU Nomor 12 Tahun 2012 dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 50/PUU-X/2012

Polemic of Land Social Function and State Control Rights Post Law Number 12 Year 2012 and Constitutional Court Decision Number 50/PUU-X/2012

King Faisal Sulaiman

Fakultas Hukum Univeristas Muhammadiyah Yogyakarta
Jl. Lingkar Selatan, Tamantirto, Kasihan, Bantul
E-mail: king_faisal@umy.ac.id

Naskah diterima: 07-07-2020 revisi: 19-08-2020 disetujui: 22-02-2021

Abstrak

Riset ini mengkaji pertama, aspek pembentukan UU No.2/2012. Kedua, tafsir makna pembangunan untuk kepentingan umum. Ketiga, proses ganti kerugian pelepasan hak atas tanah untuk pembangunan. Terakhir, polemik putusan MK No. 50/PUU-X/2012. Temuan riset menunjukkan, aspek prosedural pembentukan UU No. 2/2012, belum sesuai kaidah pembentukan peraturan perundangan yang berlaku. Begitu pula, konsepsi makna kepentingan umum dan proses ganti rugi atas tanah masih jauh dari spirit UUPA Jo Pasal 33 UUD 1945. Pasca putusan MK, perlu *legislatif review* UU No. 2/2012, untuk mendekonstruksi makna “fungsi sosial tanah” agar sesuai falsafah Pasal 33 UUD 1945 dan UUPA. DPR harus segera menyelesaikan RUU Pembaruan dan Penataan Struktur Agraria, RUU Penyelesaian Konflik Agraria, dan RUU Pengelolaan Sumber daya Alam, sebagai amanat Tap MPR No. IX/2001 Jo Tap MPR No. V/2003. Pembangunan untuk kepentingan

umum, harus diletakkan dalam spirit fungsi sosial tanah dan reformasi agraria demi mencapai kemakmuran yang sebesar-besarnya bagi rakyat.

Kata kunci : Fungsi Sosial Tanah, Hak Menguasai Negara, UU Nomor 2/ 2012, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 50/PUU-X/2012

Abstract

This study examines, Firstly, aspects of the formation of Law Num. 2/2012. Secondly, interpretation of the meaning of development in the public interest. Thirdly, the compensation process for the release of land rights for development. Finally, polemic of MK's Decision Num. 50/PUU-X/2012. The findings show, procedural aspects of the formation of Law Num. 2/2012, is not in accordance with the rules for the formation of applicable laws. Likewise, the meaning conception of the public interest and the process of compensation for land is still far from the spirit of the Law Num. 5 of 1960 (UUPA) Jo Article 33 of the 1945 Constitution. The Post of MK's Decision Num. 50/PUU-X/2012, there needs to be a legislative review of Law Num. 2/2012, to deconstruct the meaning of "social function of the land" to conform to the philosophy of Article 33 of the 1945 Constitution and the Law Num. 5 of 1960 (UUPA). The Parliament must immediately complete the Agrarian Structure Renewal and Arrangement Bill, the Agrarian Conflict Resolution Bill, and the Natural Resource Management Bill, as mandated by MPR Decree Num. IX/2001 Jo Tap MPR Num. V/2003. Development in the public interest, must be placed in the spirit of social and agrarian reform in order to achieve maximum prosperity for the people.

Keywords: *Social Function of Land, State Control Rights, Law Num. 2 of 2012, Constitutional Court Decision Number 50/PUU-X/2012*

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Kehadiran UU No.2 Tahun 2012 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan untuk Kepentingan Umum masih menimbulkan ketidakadilan agraria jika dikaitkan dengan konstruksi makna "fungsi sosial tanah" yang dijamin Pasal 6, Undang-Undang Pokok Agraria (UUPA No.5/1960). Secara filosofis, konsepsi fungsi sosial atas tanah diperuntukkan sebagai prinsip dasar dalam melakukan setiap pelepasan hak atau pencabutan hak atas tanah.¹ Penafsiran "Hak Menguasai Negara (HMN)" dan fungsi sosial atas tanah, mulai berusaha diseimbangkan oleh Mahkamah Konstitusi dengan mempertegas makna HMN, tanah perseorangan dan tanah komunal dalam posisi yang lebih seimbang. Melalui putusan MK No. 50/PUU-X/

¹ Pasal 6 UUPA tegas mengatakan bahwa semua hak atas tanah mempunyai fungsi sosial.

2012, HMN tidak lagi dipandang sebagai hak superior yang merupakan sumber dari segala hak atas tanah yang ada di Indonesia. Pertimbangan Mahkamah tersebut, muncul di saat nuansa politik kebangsaan tidak lagi sentralistik, melainkan telah terdesentralisasi dan juga kental dengan semangat pluralisme.² Terlepas dari pro-kontra, esensi Putusan MK No. 50/PUU-X/ 2012³ masih dapat dikaji lebih jauh dikarenakan, masih jauh dari spirit reformasi agraria sebagai amanat Pasal 33 UUD 1945, UUPA 1960, dan Undang-Undang Pengesahan Kovenan Internasional Hak-Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya.⁴ UUPA diterbitkan dalam rangka mewujudkan amanah Pasal 33 ayat (3) UUD 1945, yang merupakan kenyataan hukum dalam menjelaskan tujuan dari tanah sebagai *social asset* dan *capital asset*. Ketentuan Pasal-Pasal yang termuat dalam UUPA merupakan perwujudan dari sila-sila dalam Pancasila.⁵

Oleh karena itu, fungsi sosial tanah⁶ dalam UUPA merupakan salah satu dari 3 (tiga) kewajiban dalam yang dibebankan pada setiap pemegang hak atas tanah. Kewajiban dimaksud mencakup : pertama, kewajiban menjalankan fungsi sosial hak atas tanah (Pasal 6); Yang kedua, kewajiban memelihara tanah dan memanfaatkan secara baik (Pasal 52 ayat (1)). Ketiga, kewajiban untuk mengerjakan sendiri secara aktif tanah pertanian (Pasal 10).⁷ Jika dikaji, makna “fungsi sosial hak atas tanah”, ternyata belum ditemukan dalam pertimbangan hukum Putusan MK *a quo*. Terlebih, dikaitkan dengan tanggung jawab negara untuk mewujudkan kemakmuran yang sebesar-besarnya bagi rakyat. Mahkamah hanya menguatkan

² Sebagaimana hasil riset terkait kajian Putusan MK No. 35/PUU-X/2012 Jo No. 50/PUU-X/ 2012 *juncto* No. 3/PUU-VIII/2010), Tim Riset dari Sekolah Tinggi Pertanahan Nasional, Desember 2014.h.36.

³ Substansi Putusan MK No. 50/PUU-X/ 2012 terkait permohonan JR oleh NGO/LSM antara lain; SPI, IHCS, KPA, Bina Desa, KIARA, Solidaritas Perempuan, Walhi pada 14 Februari 2013 silam.

⁴ Hak setiap orang atas standar kehidupan yang layak bagi diri sendiri dan keluarganya, termasuk hak untuk memperoleh pangan, sandang dan perumahan, dan atas perbaikan kondisi hidup secara terus-menerus”. Selanjutnya dalam ayat (2) ditegaskan tentang “pengakuan terhadap hak mendasar dari setiap orang untuk bebas dari kelaparan, dan untuk mendukung hak itu negara harus mengambil langkah-langkah yang diperlukan untuk meningkatkan cara-cara produksi, konsumsi dan distribusi pangan sehingga mencapai perkembangan dan pemanfaatan sumber daya alam yang efisien”. Periksa Pasal 11 UU No. 11/2005 tentang Pengesahan International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights atau Kovenan Internasional tentang Hak-hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya yang berlaku hingga sekarang.

⁵ Maria S.W. Sumardjono, *Alternatif Kebijakan Pengaturan Hak Atas Tanah Beserta Bangunan*, Kompas, Jakarta, 2007, h. 4.

⁶ Semua hak atas tanah mempunyai fungsi sosial”. Ini berarti, bahwa hak atas tanah apapun yang ada pada seseorang, tidaklah dapat dibenarkan, bahwa tanahnya itu akan dipergunakan (atau tidak dipergunakan) semata-mata untuk kepentingan pribadinya, apalagi kalau hal itu menimbulkan kerugian bagi masyarakat. Penggunaan tanah harus disesuaikan dengan keadaannya dan sifat daripadanya, hingga bermanfaat baik bagi kesejahteraan dan kebahagiaan yang mempunyainya maupun bermanfaat bagi masyarakat dan Negara. Tetapi dalam pada itu ketentuan tersebut tidak berarti, bahwa kepentingan perseorangan akan terdesak sama sekali oleh kepentingan umum (masyarakat). UUPA memperhatikan pula kepentingan-kepentingan perseorangan. Kepentingan masyarakat dan kepentingan perseorangan haruslah saling mengimbangi, hingga pada akhirnya akan tercapailah tujuan pokok : kemakmuran, keadilan dan kebahagiaan bagi rakyat seluruhnya (pasal 2 ayat 3). Berhubung dengan fungsi sosialnya, maka adalah suatu hal yang sewajarnya bahwa tanah itu harus dipelihara baik-baik, agar bertambah kesuburannya serta dicegah kerusakannya. Kewajiban memelihara tanah ini tidak saja dibebankan kepada pemiliknya atau pemegang haknya yang bersangkutan, melainkan menjadi beban pula dari setiap orang, badan hukum atau instansi yang mempunyai suatu hubungan hukum dengan tanah itu (pasal 15). Dalam melaksanakan ketentuan ini akan diperhatikan kepentingan pihak yang ekonomis lemah. Lebih jelas, periksa Penjelasan Umum UUPA, Huruf A, II Angka (4).

⁷ Oloan Sitorus, Sierrad, Zaki, *Hukum Agraria Konsep Dasar dan Implementasi*, Mitra Kebijakan Tanah Indonesia, Yogyakarta, 2006, h.79.

makna “Hak Menguasai Negara (HMN) yang lebih menunjukkan superioritas negara ketimbang mempertegas fungsi sosial tanah dibalik HMN yang dimiliki negara.

Semestinya, pemaknaan hak menguasai negara atas tanah, dibatasi oleh “fungsi sosial tanah” dan amanat konstitusi untuk mewujudkan kemakmuran yang sebesar-besarnya bagi rakyat. HMN harus diletakkan pada dimensi filosofis, yang tidak hanya memberikan kesempatan yang sama bagi setiap individu untuk menguasai tanah. HMN juga harus memastikan bahwa, setiap individu yang berada dalam posisi yang tidak menguntungkan, memperoleh perlakuan yang berbeda dengan individu yang kedudukan sosial dan ekonominya lebih baik. Petani penggarap, orang miskin yang tidak memiliki tanah, dan masyarakat hukum adat adalah beberapa contoh, kelompok masyarakat yang perlu memperoleh perhatian dan perlakuan khusus oleh negara. Negara harus menjamin hak-hak mereka atas tanah dan posisi tawar yang relatif seimbang dengan para pemilik modal dan penguasa⁸.

Bentuk interpretasi yang menyimpang dari falsafah, semangat dan prinsip dasar UUPA, akan berimplikasi pada timbulnya konflik dan sengketa agraria yang seringkali melibatkan aparatur negara, swasta, dan rakyat pemilik hak atas tanah. Konflik agraria yang terjadi tidak jarang juga menyangkut pelanggaran Hak Asasi Manusia. Sebut saja, kasus di akhir tahun 2011 misalnya, kasus Mesuji (Kecamatan Mesuji Timur, Kabupaten Mesuji, Lampung), kasus Sungai Sodong (Kecamatan Mesuji, Kabupaten Agam Komering Ilir, Sumatera Selatan), dan kasus PT Sumber Mineral Nusantara di Kecamatan Sape, Kabupaten Bima, Nusa Tenggara Barat. Kasus-kasus tersebut, menjadi indikator kompleksnya konflik dan sengketa agraria yang terjadi selama ini.

Reformasi agraria telah menjadi program prioritas pemerintah Jokowi jilid pertama. Hal ini terbaca dalam Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional (RPJMN) Tahun 2015-2019 Jo Peraturan Presiden No. 45/2016 tentang Rencana Kerja Pemerintah (RKP) Tahun 2017. Terakhir, keluarnya Perpres Nomor 86 Tahun 2018 tentang Reforma Agraria. Akan tetapi secara empirik, konflik dan sengketa agraria masih terus terjadi hingga sekarang. Sekedar pembanding, Konsorsium Pembaruan Agraria (KPA) mencatat, pada tahun 2018, terdapat sebanyak 410 konflik agraria yang tersebar di segala sektor pembangunan. Secara akumulatif, selama empat tahun pemerintahan Joko Widodo dan M Jusuf Kalla, telah terjadi sedikitnya 1.769 konflik agraria. Khusus konflik di sektor properti,

⁸ Bandingkan hasil riset, *Pemaknaan Hak.....*lo.cit.

dikarenakan gencarnya pengembangan kawasan industri properti dan *real estate* yang membutuhkan tanah dalam skala besar.⁹

Riset ini berpijak pada asumsi bahwa, kelompok marginal seperti kaum petani, nelayan, buruh, dan kaum miskin kota pada umumnya memiliki akses keadilan yang terbatas atas tanah dan dalam menikmati hasil-hasil pembangunan. Kelompok ini, seringkali menjadi korban pembangunan dan dipaksa melepaskan hak-hak atas tanahnya untuk kepentingan pemodal melalui tangan-tangan penguasa. Atas nama pembangunan demi “kepentingan umum”, besaran kompensasi ganti rugi yang diberikan oleh negara-pun, cenderung sepihak. Pemerintah cukup menitipkan kepada pengadilan apabila tidak tercapai kesepakatan dengan rakyat pemilik tanah. Setiap pembentukan Undang-Undang tidak mungkin lahir dalam keadaan netral dan tertutup. Tarik menarik dan pergulatan kepentingan politik akan senantiasa mewarnai karakteristik setiap produk legislasi termasuk UU terkait pengadaan tanah bagi pembangunan untuk kepentingan umum.

B. Perumusan Masalah

Adapun permasalahan dalam penelitian ini, *pertama*: apakah pembentukan UU No. 2 Tahun 2012 telah sesuai prosedur yang tepat? *Kedua*, bagaimanakah ambivalensi makna kepentingan umum untuk pembangunan? *Ketiga*, bagaimanakah dilema proses ganti kerugian pelepasan hak atas tanah? dan *keempat*, apa yang menjadi polemik Putusan MK No. 50/PUU-X/ 2012?

C. Metode Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif (*legal research*)¹⁰ yang dilakukan dengan cara meneliti data pustaka yakni asas-asas hukum, sistematika hukum, taraf sinkronisasi hukum, dan perbandingan hukum¹¹. Sumber data yang diperoleh dari data sekunder yang bersumber dari studi kepustakaan. Data sekunder merupakan berdasarkan hasil studi pustaka atau dokumentasi hukum, dimana dapat dibagi menjadi bahan hukum primer yang bersifat mengikat, bahan sekunder untuk membantu menganalisa dan memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer serta bahan hukum tersier untuk memberikan penjelasan secara detail bahan hukum primer maupun bahan hukum sekunder. Teknik

⁹ Artikel, “Selama 2018, Konflik Agraria Paling Banyak di Sektor Perkebunan”, <https://katadata.co.id/berita/2019/01/03/selama-2018-konflik-agraria-paling-banyak-di-sektor-perkebunan>, diakses penulis pada 2 Agustus 2019.

¹⁰ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Cetakan Ketiga, UI-Press, Jakarta, 1984, h.51. Bandingkan dengan perspektif Morris L. Cohen mengenai riset normatif dalam Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2011, h.29.

¹¹ Soerjono Soekanto, *Lo, Cit.*, Lihat pula Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1995, h.29 dan Bahder Johan, *Metode Penelitian.....op.cit.*, h.84.

pengumpulan data berdasarkan studi dokumen atau studi kepustakaannya itu suatu penelitian yang dilakukan dengan mengumpulkan data berdasarkan hasil penelusuran studi dokumentasi hukum atau sumber hukum formal yang terdapat dalam berbagai produk peraturan perundang-undangan yang berlaku, buku-buku, dokumen-dokumen hukum, risalah-rasalah hukum, naskah akademik, surat kabar, majalah, dan data yang berasal dari internet serta tulisan karya ilmiah yang berkaitan dengan permasalahan yang diangkat penulis.

Teknik analisis data bersifat deskriptif-kualitatif, yang meliputi tiga aspek tahapan yakni mengklasifikasi, membandingkan, dan menghubungkan relevansi data sesuai dengan basis teoritis dan permasalahan yang dikaji.¹² Untuk menjaga konsistensi dalam struktur analisis data tersebut, maka proses berpikir yang digunakan dalam penelitian ini bersifat deduktif. Metode deduktif pada hakikatnya merupakan suatu proses berpikir yang dimulai dari pernyataan yang umum menuju pernyataan yang khusus (spesifik) dengan menggunakan logika yang dapat diterima. Ketepatan pemahaman (*subtilitas itellegendi*) dan ketepatan penjabaran (*subtilitas explicandi*) adalah sangat relevan bagi hukum.¹³

PEMBAHASAN

A. Ambivalensi UU No. 2 Tahun 2012

1. Cacat Prosedural Normatif

Eksistensi tanah dalam kehidupan manusia mempunyai arti dan sekaligus memiliki fungsi ganda, yaitu sebagai *social asset* dan *capital asset*. Sebagai *social asset*, tanah merupakan sarana pengikat kesatuan sosial di kalangan masyarakat untuk hidup dan berkehidupan. Tanah sebagai *capital asset*, menempatkan fungsi tanah sebagai faktor modal dalam pembangunan dan telah tumbuh sebagai benda atau komoditi ekonomi yang sangat penting sekaligus sebagai bahan perniagaan dan obyek spekulasi¹⁴. Pengadaan tanah untuk pelaksanaan pembangunan membutuhkan produk hukum sebagai pijakan legitimasi tindakan pembebasan tanah oleh pemerintah. Karena itu, keberadaan sebuah UU yang *lex specialis*, sangat diperlukan agar agenda

¹² Jujur S. Suriasumantri, *Ilmu Dalam Perspektif Moral, Sosial, dan Politik; Sebuah Dialog tentang Keilmuan Dewasa ini*, Gramedia, Jakarta, 1986, h.61-62.

¹³ Baca Amirudin dan Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2004, h.164. Sebagaimana pandangan Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta, h.251-252.

¹⁴ Achmad Rubaie, *Hukum Pengadaan Tanah untuk Kepentingan Umum*, Bayumedia, Malang, 2007.

reformasi agraria dapat terlaksana secara berkeadilan. Namun demikian, ada kaidah prosedural-normatif yang wajib dipatuhi oleh setiap legislator.

Secara normatif, pembentukan UU No. 2 Tahun 2012 dapat ditafsirkan mengalami cacat prosedural alias menyimpang dari kaidah-kaidah pembentukan norma hukum. Pasal 7 UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan tegas, mengatur hierarki perundangan yang wajib dipatuhi oleh pembentuk Undang-Undang yakni :
Pasal 7

- (1) Jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan terdiri atas :
 - a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
 - b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
 - c. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
 - d. Peraturan Pemerintah;
 - e. Peraturan Presiden;
 - f. Peraturan Daerah Provinsi; dan
 - g. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.
- (2) Kekuatan hukum Peraturan Perundang-undangan sesuai dengan hierarki sebagaimana dimaksud pada ayat (1).

Disamping dimensi yuridis, para pembuat UU wajib memperhatikan aspek filosofis dan sosiologis serta asas formil materil yang berlaku. Landasan filosofis wajib mempertimbangkan pandangan hidup, kesadaran, dan cita hukum yang meliputi suasana kebatinan serta falsafah bangsa Indonesia yang bersumber dari Pancasila dan Pembukaan UUD 1945. Landasan sosiologis mensyaratkan, kehadiran UU sesuai kebutuhan masyarakat dan tidak menimbulkan gejolak sosial-kemanusiaan. Materi UU haruslah memiliki fungsi untuk memberikan perlindungan dalam rangka menciptakan ketenteraman masyarakat. Kesesuaian antara jenis hierarki, dan materi muatan, juga penting. Pembentukan UU harus memperhatikan materi muatan yang tepat dengan jenis peraturan perundang-undangannya¹⁵.

Selain itu, UU tersebut harus dapat dilaksanakan. Harus memperhitungkan efektivitas keberlakuan UU tersebut di dalam masyarakat, baik secara filosofis, yuridis maupun sosiologis. Asas kemanusiaan, menghendaki pentingnya perlindungan dan penghormatan terhadap hak-hak asasi manusia, harkat dan

¹⁵ Baca ketentuan Pasal 5 jo Pasal 6 UU No.12 Tahun 2011.

martabat setiap warga negara dan penduduk Indonesia secara proporsional. Sementara, asas kekeluargaan, materi UU wajib mencerminkan musyawarah untuk mencapai mufakat dalam setiap pengambilan keputusan.¹⁶

Oleh karena itu, kehadiran UU No. 2 Tahun 2012 dapat dipastikan mengalami cacat prosedural alias menyimpang dari kaidah-kaidah pembentukan UU sebagaimana disebutkan di atas. Pembentukan UU ini, tidak merujuk pada Tap MPR RI No. IX/MPR/2001 tentang Pembaruan Agraria dan Pengelolaan Sumberdaya Alam. Kedudukan dan kekuatan hukum Tap MPR, lebih tinggi ketimbang sebuah UU, sebagaimana diatur dalam Pasal 7 UU No.12/2011 tentang pembentukan peraturan perundangan. DPR dan Presiden sebetulnya mengulangi kesalahan yang sama ketika membuat Perpres No. 36/2005 Jo Perpres No. 65/2006 selaku *lex specialis*. Kedua Perpres dimaksud, terkait pengadaan tanah bagi pembangunan untuk kepentingan umum. Kelahiran kedua Perpres ini, juga mengalami cacat prosedural dikarenakan, tidak mempunyai payung hukum di atasnya. Tidak ada satu-pun UU dan Peraturan Pemerintah (PP) yang menugaskan Presiden untuk menerbitkan Perpres ketika itu.

Sesuai ketentuan UU No. 12 Tahun 2011, Perpres hanya boleh diterbitkan jika diperintahkan oleh sebuah Undang-undang atau Peraturan Pemerintah. Bagaimana mungkin, sebuah aturan derivasi (Perpres) dibentuk sementara UU selaku sumber kewenangan derivatifnya justru tidak ada. Semestinya, DPR membentuk terlebih dahulu tiga paket Rancangan Undang-Undang (RUU) yang diamanatkan Tap MPR No. IX/2001 Jo Tap MPR No. V/2003. Ketiga paket RUU yakni; *pertama*, RUU tentang Pembaruan dan Penataan struktur Agraria; *Kedua*, RUU penyelesaian konflik agraria, dan *ketiga*, RUU mengenai Pengelolaan Sumber daya Alam. Ironisnya ketiga RUU dimaksud hingga sekarang belum mendapat prioritas dalam program legislasi nasional. Oleh sebab itu, DPR sebaiknya meninjau ulang eksistensi UU No. 2/2012. Selain materinya tidak menunjukkan keberpihakan terhadap kepentingan rakyat, proses kelahirannya mendahului pembentukan ketiga paket RUU yang menjadi amanat TAP MPR tersebut.

2. Bias Makna Kepentingan Umum

Kepentingan umum dalam perspektif Roscoe Pound harus dimaknai kepentingan negara sebagai badan hukum dan kepentingan negara sebagai

¹⁶ *Ibid.*

penjaga kepentingan masyarakat¹⁷. Oleh karenanya, perlu dipetakan ke dalam tiga jenis yakni: kepentingan individual (pribadi), kepentingan umum dan kepentingan sosial. Kepentingan individu berasal dari sudut urusan pribadi, domestik, dan hak milik. Sedangkan kepentingan umum dengan tujuan khusus untuk kepentingan negara sebagai lembaga hukum dan sebagai penjaga kepentingan sosial.¹⁸ Michael G. Kitay, membedakan tafsir “kepentingan umum”, menjadi dua prinsip. *Pertama*, prinsip *General guidelines*, yaitu dengan cara memberikan ketentuan umum terhadap kepentingan umum seperti kepentingan sosial, kepentingan umum, kepentingan kolektif atau bersama. *General guidelines* ini diberikan oleh lembaga legislatif, lalu dalam pelaksanaannya, pihak eksekutiflah yang menentukan apa saja bentuk kepentingan umum dimaksud seperti rumah sakit. *Kedua*, yang disebut dengan *List provisions* yaitu, penentuan kepentingan umum secara eksplisit. Namun, dalam praktek, kebanyakan terjadi penggabungan kedua model tersebut terkait instrumen hukum pengadaan tanah. Selain, membuat pernyataan umum kepentingan umum, juga sudah diturunkan ke dalam daftar kegiatan secara limitatif.¹⁹

Salah satu poin krusial dalam UU No. 2/2012 adalah definisi “kepentingan umum”. Makna ambivalen juga ditemukan dalam putusan MK No. 50/PUU-X/2012. Mahkamah justru menyatakan, tidak menemukan adanya pengabaian terhadap hak-hak dan kepentingan publik termasuk hak masyarakat atau orang yang memiliki tanah yang akan digunakan untuk kepentingan umum sebagaimana didalilkan pemohon terhadap norma Pasal 9 ayat (1) UU 2/2012. Korelasi aktivitas pembangunan dan keberpihakan kepada kepentingan umum, seringkali menyisakan persoalan yang kompleks. Fungsi sosial tanah sebagai amanat UUPA, tidak lagi menjadi pertimbangan utama. Banyak proyek yang murni berorientasi kepada kepentingan swasta dan investasi, namun mengatasnamakan, demi kepentingan umum.

Jika dibandingkan, makna “kepentingan umum” dalam Keppres No. 55/1993, lebih mendekati makna “fungsi sosial tanah”, ketimbang UU No. 2/2012. Keppres mendefinisikan makna kepentingan umum sebagai, “kegiatan

¹⁷ Mizan, 2009, *Hukum Dan Defenisi Dari Para Ahli*, <http://em-mizan.blogspot.co.id/2009/11/hukum-adlaah-suatu-peraturan-norma.html>. Diakses pada 11 Mei 2020.

¹⁸ Nobleman, Eli, E. 1961:195-196, <http://www.wcl.american.edu/journal/lawrev/10/nobleman.pdf>. Diakses pada 11 Mei 2020.

¹⁹ Michael G Kitay, *Land Acquisition in Developing Countries, Policies and procedures of public sector, with survey and case studies from Korea, India, Thailand, and Equador*, Oelgeschlager, Gunn&Hain, Boston : Publishers, Inc, 1985,h.39-41.

pembangunan yang dilakukan dan selanjutnya dimiliki pemerintah serta tidak digunakan untuk mencari keuntungan”. Secara dekonstruksi hukum, frase “tidak digunakan untuk mencari keuntungan”, lebih menunjukkan keberpihakan kepada masyarakat luas terutama para korban pembangunan, ketimbang kepentingan bisnis para investor atau developer.

Negara sebagai representasi kedaulatan rakyat, berwenang menguasai tanah atau seluruh sumber daya agraria (SDA), asalkan peruntukannya, tidak merugikan dan mengorbankan kepentingan rakyat. Falsafah Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 menegaskan bahwa, negara sebagai organisasi kekuasaan memperoleh kewenangan dari bangsa Indonesia untuk menguasai bumi (termasuk tanah), air, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya. Hak menguasai Negara tersebut digunakan dengan tujuan untuk tercapainya sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. UU No. 2 Tahun 2012, memberikan kewenangan yang luas bagi pemerintah dan pengusaha untuk mencabut hak kepemilikan rakyat atas tanah atas nama pembangunan demi kepentingan umum. Aturan ini, jelas semakin membongkai hak-hak rakyat kecil atas tanah termasuk tanah ulayat juga telah dijamin pengakuannya oleh konstitusi. Persoalan ini, berpotensi memicu terjadi konflik dan sengketa agraria seperti tindakan penggusuran paksa secara besar-besaran terhadap masyarakat yang menolak memberikan tanah tersebut

Norma Pasal 1 ayat (6) UU No. 2/2012 Jo Perpres No. 30/2015 selaku aturan pelaksana, mendefinisikan kepentingan umum sebagai kepentingan bangsa, negara, dan masyarakat yang harus diwujudkan oleh pemerintah dan digunakan sebesar-besarnya untuk kemakmuran rakyat. Tujuan kepentingan umum untuk menyediakan pelaksanaan pembangunan guna meningkatkan kesejahteraan dan kemakmuran negara dengan tetap menjamin kepentingan hukum pihak yang berhak. Semakin banyaknya pelaksanaan pembangunan untuk kepentingan umum pada hakikatnya pengadaan tanah untuk kepentingan umum penting dilakukan. Tetapi, pelaksanaannya harus dilakukan secara cepat dan transparan dengan memperhatikan prinsip penghormatan terhadap hak-hak atas tanah yang sah.²⁰ Secara limitatif, Pasal 10 UU No. 2/2012 membatasi kategori tanah yang digunakan untuk pembangunan dengan mengatasnamakan kepentingan umum yakni:

²⁰ Benhard Limbong, *Pengadaan Tanah Untuk Pembangunan Regulasi Kompensasi Penegakan Hukum*, Margaretha Pustaka, Jakarta, 2011, h.130.

1. Pertahanan dan keamanan nasional;
2. Jalan umum, jalan tol, terowongan, jalur kereta api, stasiun kereta api, dan fasilitas operasi kereta api;
3. Waduk, bendungan, bendung, irigasi, saluran air minum, saluran pembuangan air dan sanitasi, dan bangunan pengairan lainnya;
4. Pelabuhan, bandar udara, dan terminal;
5. Infrastruktur minyak, gas, dan panas bumi;
6. Pembangkit, transmisi, gardu, jaringan, dan distribusi tenaga listrik;
7. Jaringan telekomunikasi dan informatika Pemerintah;
8. Tempat pembuangan dan pengolahan sampah;
9. Rumah sakit Pemerintah/Pemerintah Daerah;
10. Fasilitas keselamatan umum;
11. Tempat pemakaman umum Pemerintah/Pemerintah Daerah;
12. Fasilitas sosial, fasilitas umum, dan ruang terbuka hijau publik;
13. Cagar alam dan cagar budaya;
14. Kantor Pemerintah/Pemerintah Daerah;
15. Penataan pemukiman kumuh perkotaan dan/atau konsolidasi tanah, serta pemukiman untuk masyarakat berpenghasilan rendah dengan status sewa;
16. Prasarana pendidikan atau sekolah Pemerintah/Pemerintah Daerah;
17. Prasarana olahraga Pemerintah/Pemerintah Daerah; dan
18. Pasar umum dan lapangan parkir umum.

Pengertian mengenai umum sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (6) junto Pasal 10 UU No. 2 Tahun 2012, sangat absurd dan *rigid* sehingga mudah ditafsirkan (disalahgunakan) oleh penguasa dengan mengatasnamakan kepentingan umum. Dengan kata lain, definisi kepentingan umum dalam undang-undang ini lebih banyak mewakili kepentingan umum versi negara ketimbang kepentingan umum versi masyarakat. Jika telaah secara mendalam, pemaknaan “kepentingan umum” ini sama persis dengan pengertian yang ada dalam Perpres Nomor 36/2005. Batasan dan pengertian “kepentingan umum” Keppres Nomor 55 Tahun 1993 jauh lebih jelas dan terang ketimbang UU No. 2 Tahun 2012. Jika dibandingkan pembangunan untuk kepentingan umum versus Keputusan Presiden (Keppres) sebelumnya yakni Keppres Nomor 55 Tahun 1993 adalah kegiatan pembangunan yang dilakukan dan selanjutnya dimiliki Pemerintah serta tidak digunakan untuk mencari keuntungan. Dalam

UU No. 2 Tahun 2012 ini, definisi tentang “pembangunan untuk kepentingan umum” sengaja dibuat ambivalen.

Meskipun dibuat pengkategorian jenis-jenis aktivitas pembangunan di atas namun pada hakekatnya, kaum pemodal merupakan pelaksana utama proyek-proyek pembangunan yang dimaksud. Dengan begitu, kehadiran UU No. 2 Tahun 2012 ini memberikan kewenangan yang begitu luas bagi pemerintah dan pengusaha untuk mencabut hak kepemilikan rakyat atas tanah atas nama pembangunan demi kepentingan umum. Langkah ini jelas semakin membonsai hak-hak rakyat kecil atas tanah termasuk tanah ulayat/adat yang memiliki nilai religi tersendiri bagi masyarakat tersebut. Persoalan ini tidak akan berhenti begitu saja bahkan akan berpotensi memicu terjadi konflik sosial-hak atas tanah yang berkepanjangan karena dapat saja berujung pada tindakan penggusuran paksa secara besar-besaran sekalipun itu adalah tanah ulayat.

Klausul ini, menjadi alasan pembenar bagi pemerintah, untuk gencar melakukan proses pelepasan atau pencabutan hak atas tanah terhadap rakyat yang terdampak aktivitas sejumlah mega proyek pembangunan bernilai triliunan rupiah. Termasuk didalamnya, pembangunan jalan Tol/MRT, Pelabuhan-Pelabuhan komersial dan Bandara komersial. Meskipun dibuat pengkategorian jenis-jenis aktifitas pembangunan, pada hakekatnya, kaum pemodal adalah pelaksana utama proyek-proyek pembangunan yang dimaksud. Makna kepentingan umum versi UU No. 2/2012, lebih banyak mewakili kepentingan umum versi negara dan investor ketimbang versi para masyarakat terdampak pembangunan. Secara ekonomis, proyek pembangunan yang terjadi, tidaklah murni sepenuhnya sebagai upaya peningkatan kualitas hidup rakyat. Banyak proyek pembangunan yang justru berorientasi pada kepentingan aktor pembangunan seperti pengusaha, partai politik, dan penguasa dalam meraup keuntungan sebesar-besarnya. Posisi yang sangat dirugikan adalah rakyat terdampak, yang mayoritas memilik posisi tawar yang inferior terhadap penguasa. Kelompok termarginal, yang seharusnya menikmati hasil pembangunan secara layak, justru terampas begitu saja, dengan adanya praktek pembebasan tanah yang tidak adil.

3. Proses Ganti Rugi Sepihak

Secara teoritik, kebijakan ganti kerugian sebenarnya tidaklah terbatas pada penggantian nilai tanah, bangunan dan tanam-tanaman, tetapi juga seharusnya meliputi penilaian kerugian yang bersifat immaterial dan kerugian yang timbul, seperti kegiatan usahanya, akibat perpindahan ke tempat lain, jumlah pelanggan dan keuntungan yang berkurang.²¹ UU No. 2/2012 mendefinisikan proses ganti kerugian sebagai suatu bentuk penggantian yang layak dan adil kepada pihak yang berhak dalam proses pengadaan tanah. Lembaga pertanahan berwenang menentukan tim penilai tanpa melibatkan perwakilan dari unsur masyarakat yang menjadi korban atau kelompok terdampak pembangunan. Tugas utama dari Tim Penilai adalah melaksanakan penilaian objek pengadaan tanah sekaligus menentukan besaran nilai ganti kerugian kepada masyarakat korban pembebasan tanah atau terdampak aktivitas pembangunan.

Ganti kerugian sebagai suatu upaya mewujudkan penghormatan kepada hak-hak dan kepentingan perseorangan yang telah dikorbankan untuk kepentingan umum, dapat disebut adil, apabila hal tersebut tidak membuat seseorang menjadi lebih kaya, atau sebaliknya menjadi lebih miskin dari keadaan semula.²² Spirit UU No. 2/2012 masih jauh dari esensi fungsi sosial tanah dan tanggung jawab negara untuk memprioritaskan keadilan redistribusi tanah bagi kesejahteraan rakyat. Kompetensi proses penilaian atas objek pengadaan tanah hanya dimonopoli oleh pemerintah melalui lembaga pertanahan nasional dengan membentuk Tim Penilai yang terdiri dari unsur instansi pemerintah terkait. Pembentukan panitia pengadaan tanah, tidak melibatkan unsur perwakilan masyarakat. Seharusnya, para tokoh masyarakat dan adat atau perwakilan kelompok terdampak pembangunan dilibatkan sejak awal perencanaan pembangunan.²³

Proses ganti rugi berupa pencabutan hak atas tanah yang dijadikan sebagai objek pembangunan oleh pemerintah juga mengabaikan prinsip atau asas dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum. Asas dimaksud sebagaimana tertuang dalam Pasal 2 UU No. 2/2012 yang mencakup asas

²¹ Sebagaimana dikutip dalam BF Sihombing, *Pergeseran Kebijakan Pengadaan Tanah Untuk Kepentingan Pemerintah*,

²² Maria S.W. Sumardjono, *Kebijakan Pertanahan: Antara Regulasi dan Implementasi*, Buku Kompas, Jakarta 2007, h.80.

²³ Pasal 1 ayat (10), Pasal 33 s/d Pasal 42 UU Pengadaan pengadaan tanah untuk kepentingan umum (UU No.2/2012).

kemanusiaan,²⁴ asas²⁵ kepastian,²⁶ asas keadilan²⁷ dan asas kesepakatan.²⁸ Masyarakat terdampak atau menjadi korban pembangunan, harus menerima tanpa syarat, besaran ganti kerugian yang telah ditetapkan melalui panitia pengadaan yang dibentuk pemerintah. Meskipun terbuka mekanisme musyawarah untuk mufakat dengan para pemilik tanah (masyarakat) namun jangka waktunya hanya paling lama 30 (tiga puluh) hari kerja sejak hasil penilaian dari Tim Penilai disampaikan kepada Lembaga Pertanahan untuk menetapkan bentuk dan/atau besarnya ganti kerugian. Jika proses musyawarah gagal, masyarakat (pemilik tanah) dapat mengajukan upaya keberatan kepada Pengadilan Negeri setempat dalam waktu paling lama 14 (empat belas) hari kerja. Jika tidak puas, masih dapat menempuh upaya hukum kasasi kepada Mahkamah Agung dalam jangka waktu yang sama.

Tidak ada jaminan bagi masyarakat pemilik hak atas tanah untuk mendapatkan ganti kerugian yang layak dan adil. Masyarakat (pemilik tanah) yang menolak bentuk dan/atau besarnya ganti kerugian, jika tidak mengajukan keberatan berupaya upaya hukum, maka secara otomatis, dianggap telah menerima bentuk dan besarnya ganti kerugian yang ditetapkan oleh pemerintah. Pemerintah berdalih bahwa langkah ini semata-mata “demi hukum” seperti ditegaskan dalam Pasal 39 UU No. 2/2012. Terhadap masyarakat yang menolak besarnya ganti kerugian berdasarkan hasil musyawarah atau putusan Pengadilan negeri ataupun Mahkamah Agung, maka uang ganti rugi, cukup dititipkan secara sepihak kepada Pengadilan Negeri setempat tanpa persetujuan pemilik tanah.²⁹

Pemerintah makin tidak mengindahkan asas-asas pengadaan tanah untuk kepentingan umum dengan menegaskan bahwa, mekanisme penitipan ganti kerugian dalam Pasal 42 UU No.2/2012, juga berlaku terhadap, *pertama*, pihak yang berhak menerima ganti kerugian tidak diketahui keberadaannya. *Kedua*, objek pengadaan tanah yang akan diberikan ganti kerugian berupa; (a) sedang menjadi objek perkara di pengadilan; (b) masih dipersengketakan kepemilikannya; (c) diletakkan sita oleh pejabat yang berwenang; atau (d) menjadi jaminan di bank.

²⁴ Ada jaminan proteksi serta penghormatan terhadap nilai HAM, harkat, dan martabat setiap warga negara secara proporsional.

²⁵ Menghadirkan kemanfaatan secara maksimal demi kepentingan umum, bangsa, dan negara.

²⁶ Kelayakan nilai ganti kerugian bagi pihak korban terampak pembangunan terkait proses pengadaan tanah demi kehidupan yang lebih layak dan berkeadilan.

²⁷ Garansi kepastian hukum dan jaminan kepada korban terdampak terutama ganti kerugian yang layak dan proporsional.

²⁸ Musyawarah mufakat diprioritaskan untuk menghindari konflik atau sengketa tanah yang lebih massif.

²⁹ Perhatikan UU No. 2/ 2012, Pasal 42 serta penjelasannya.

Jika pemberian ganti kerugian dan pelepasan hak atas tanah³⁰ telah dilaksanakan atau besarnya nilai ganti kerugian sudah dititipkan di pengadilan,³¹ maka kepemilikan atau hak milik atas tanah oleh terdampak pembangunan, secara otomatis dianggap telah terhapus dan alat bukti haknya dinyatakan tidak berlaku. Hak milik atas tanah tersebut, menjadi tanah yang dikuasai langsung oleh negara tanpa syarat.³² Proses pelepasan tanah dan ganti rugi atas tanah demikian, jelas melanggar asas kemanusiaan, dan asas keadilan dalam UU No.2/2012 itu sendiri. Praktek demikian, tidaklah mencerminkan hakekat “fungsi sosial tanah” dan konsepsi HMN sebagai amanat UUPA dan dapat memicu konflik dan sengketa agraria. Terlebih, dalam proses ganti kerugian atas tanah, melibatkan unsur-unsur premanisme yang bertameng Satuan Pengamanan Swakarsa (Pam Swakarsa) ataupun memakai kaki-tangan oknum aparat negara dengan cara yang represif dan melanggar hak asasi manusia (HAM) seperti konflik agraria di Mesuji Lampung pada tahun 2011 yang silam.

4. Polemik Putusan MK No. 50/PUU-X/2012

Diskursus fungsi sosial hak atas tanah, kembali mengemuka pasca putusan Mahkamah Konstitusi No. 50/PUU-X/2012. Putusan ini, berkaitan dengan perkara *judicial review* atas UU No. 2 Tahun 2012 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan untuk Kepentingan Umum.³³ Terdapat empat argumentasi yang disampaikan pemohon. *Pertama*, tidak sinkronnya antara judul dengan isi UU *a quo*. Judulnya pengadaan tanah yang secara normatif seharusnya bersifat sukarela, namun substansi yang diatur dalam UU, justru adanya unsur paksaan dan kewajiban pelepasan tanah oleh warga Negara jika dibutuhkan negara bagi aktivitas pembangunan dengan dalih demi kepentingna umum. *Kedua*, tidak jelasnya makna instruksi Pasal 9 UU *a quo* terkait kewajiban konstitusional pemerintah untuk memperhatikan keseimbangan antara kepentingan pembangunan dengan kepentingan masyarakat dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum. *Ketiga*, Pasal 10 UU *a quo*, memasukkan klasifikasi jalan tol dan pelabuhan (peti kemas dan pariwisata) ke dalam kategori pembangunan untuk kepentingan umum. Faktanya, jalan tol bukanlah fasilitas kepentingan umum. Jalan Tol lebih bersifat “*bussines oriented*”

³⁰ *Ibid*, Pasal 41 ayat 92 huruf a.

³¹ *Ibid*, Pasal 42 ayat (1).

³² *Ibid*, Pasal 43 dan penjelasannya.

³³ Terdapat tiga belas NGO/LSM dan satu pemohon secara individual dalam perkara ini. Dalam perkembangannya, ada pula putusan MK No. 42/PUU-XII/ 2014 yang relevan.

dan penentuan tarifnya sepihak oleh pengembang, serta terbatas aksesnya bagi masyarakat umum dalam penggunaannya. Begitu juga, pembangunan pelabuhan-pelabuhan komersial, lebih bersifat *profit oriented* ketimbang kepentingan sosial-kemasyarakatan.

Keempat, Pasal 14 UU No. 2 Tahun 2012 membatasi hak partisipasi warga khususnya penduduk setempat dan warga terdampak dari aktivitas pembangunan, semenjak tahapan perencanaan pembebasan lahan. Kesemuanya, bagi pemohon, bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28A, Pasal 28D ayat (1), Pasal 28G ayat (1), Pasal 28H ayat (1) dan ayat (4) dan pasal 33 ayat (3) Undang Undang Dasar 1945. Putusan Mahkamah Konstitusi, menyatakan gugatan pemohon tidak beralasan secara hukum dan karenanya tidak dapat diterima. Mahkamah justru menegaskan bahwa, seluruh Pasal yang dimohonkan, tidak bertentangan dengan konstitusi (UUD 1945) dan menegaskan, eksistensi UU No. 2/2012 lebih baik, jika dibandingkan produk hukum sebelumnya.

Karakteristik putusan Mahkamah, lebih memberikan legitimasi tindakan negara untuk kepentingan investor ketimbang mendahulukan prinsip reformasi agraria dan redistribusi tanah untuk keadilan sosial bagi seluruh rakyat sesuai amanat TAP No. IX/MPR/2001 tentang Pembaruan Agraria dan Pengelolaan Sumber Daya Alam. Putusan Mahkamah, justru lebih memberikan kemudahan bagi developer demi terselenggaranya proyek-proyek infrastruktur yang telang berlangsung sejak rezim Presiden Susilo Bambang Yudhoyono lewat mega proyek MP3EI. Di zaman Jokowi, proyek dimaksud tetap berlangsung, hanya berganti nama menjadi “proyek strategis nasional” sebagaimana Perpres No. 3/2016 *Junto* Perpres No. 58/2017. Kendati Mahkamah, telah menguatkan eksistensi UU No.2/2012, tidaklah berarti kehadiran UU *a quo* tidak bisa diganggu gugat. Penafsiran yang tidak sesuai dengan falsafah dan prinsip dasar UUPA karena perbedaan pilihan kepentingan dan nilai itu dapat ditelusuri dalam berbagai regulasi di bidang agraria selaku aturan pelaksana UUPA dan TAP No. IX/MPR/2001.³⁴

Kewenangan negara untuk menguasai, tidak hanya berisi kewenangan untuk mengatur, seperti yang tercantum dalam Pasal 2 ayat (2) UUPA. Akan tetapi, mencakup pula kewenangan untuk membuat kebijakan, pengurusan, pengelolaan, dan pengawasan terhadap isi kewenangannya yang terdiri

³⁴ Nurhasan Ismail, *Perkembangan Hukum Pertanahan, Pendekatan Ekonomi Politik, HuMa dan Magister Hukum UGM*, Jakarta, 2007.

dari tiga aspek. *Pertama*, obyek yang diatur yakni bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya. *Kedua*, hubungan hukum antara subyek dengan obyek. *Ketiga*, hubungan hukum dan perbuatan hukum terkait obyek yang diatur. Pada titik ini, MK telah mendefinisikan makna, Frase “sebesar-besar kemakmuran rakyat” dalam Pasal 33 UUD 1945, mengacu pada empat indikator utama yakni : *pertama*, manfaatnya bagi rakyat Indonesia. *Kedua*, terpenuhinya unsur keadilan dan pemerataan dalam hal pemanfaatannya. *Ketiga*, adanya partisipasi rakyat dalam penentuan manfaatnya. *Keempat*, adanya unsur penghormatan terhadap hak-hak rakyat atau masyarakat.³⁵

Mahkamah Konstitusi melalui Putusan No. 50/PUU-X/2012, memaknai Hak Menguasai Negara (HMN)³⁶ sebagai, kewenangan negara dalam pengelolaan sumber daya alam untuk membuat kebijakan (*beleid*), dan tindakan pengurusan (*bestuursdaad*), pengaturan (*regelendaad*), pengelolaan (*beheersdaad*), dan pengawasan (*toezichthoudensdaad*) untuk tujuan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Konsep demikian, juga ditemukan dalam beberapa putusan Mahkamah sebelumnya.³⁷ Yang perlu ditekankan ialah, hak menguasai untuk mengurus” (*beheerrecht*), bukanlah sejenis hak keperdataan, melainkan suatu kewajiban sosial bagi orang (*corpus*) untuk menjaga dan mengurus, yang dalam konteks negara disebut kewajiban publik (*publiek verplichting* atau *public responsibility*).³⁸

Penguasaan oleh negara tersebut tidaklah dalam arti memiliki (*eigensdaad*), karena apabila hak penguasaan negara diartikan sebagai *eigensdaad*, maka tidak akan ada jaminan bagi pencapaian tujuan hak menguasai tersebut,

³⁵ Putusan MK No. 3/PUU-VIII/ 2010, tertanggal 16 Juni 2011.

³⁶ Sekedar perbandingan, UUPA tidak memberikan nomenklatur “Hak Menguasai Negara (HMN). Akan tetapi, UUPA memberikan prinsip penguasaan tanah oleh negara yang sejalan dengan spirit Pasal 33 UUD 1945. Dalam Pasal 1 UUPA, khususnya Ayat 1 hingga Ayat 3 dijelaskan bahwa seluruh wilayah Indonesia adalah kesatuan tanah-air dari seluruh rakyat Indonesia, yang bersatu sebagai Bangsa Indonesia. Seluruh bumi, air dan ruang angkasa, termasuk kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dalam wilayah Republik Indonesia sebagai Karunia Tuhan Yang Esa, adalah bumi, air dan ruang angkasa Bangsa Indonesia dan merupakan kekayaan nasional. Hubungan hukum antara Bangsa Indonesia dan bumi, air dan ruang angkasa termasuk dalam ayat 2 pasal 1 adalah hubungan yang bersifat abadi. Hak Bangsa adalah sebutan yang diberikan oleh para Ilmuwan Hukum Tanah pada lembaga hukum dan hubungan hukum konkret dengan bumi, air, dan ruang angkasa Indonesia, termasuk kekayaan alam yang terkandung di dalamnya, yang dimaksudkan dalam pasal 1 ayat 2 dan 3 di atas. UUPA sendiri tidak memberikan nama yang khusus. Hak ini merupakan hak penguasaan atas tanah yang tertinggi dalam Hukum Tanah Nasional. Hak-hak penguasaan atas tanah yang lain, secara langsung ataupun tidak langsung bersumber padanya. Hak Bangsa mengandung 2 unsur yakni unsur kepercayaan dan unsur tugas kewenangan untuk mengatur dan memimpin penguasaan dan penggunaan tanah-bersama yang dipunyainya. Hak Bangsa atas tanah bersama tersebut bukan hak pemilikan dalam pengertian yuridis. Maka dalam rangka Hak Bangsa ada Hak Milik perorangan atas tanah. Tugas kewenangan untuk mengatur penguasaan dan memimpin penggunaan tanah bersama tersebut pelaksanaannya dilimpahkan kepada Negara. Selanjutnya baca Boedi Harsono, Hukum Agraria Indonesia, Djambatan, Jakarta, 1999, h. 257-258.

³⁷ Jika ditilik, ada sejumlah konsep Hak Menguasai Negara (HMN) yang tersebar dalam putusan MK. Antara lain, Putusan MK No.36/PUU-X/2012, mengenai JR UU Migas (UU No. 22/2001), Putusan MK No.058-059-060-063/PUU-II/2004 terkait UU Sumber Daya Air (UU No. 7/2004), Putusan MK No. 001-021-022/PUU-I/2003 junto No. 42/PUU-XII/ 2014 mengenai Ketenagalistrikan (UU No. 20/2002).

³⁸ Patut digarisbawahi bahwa, hak menguasai negara (HMN) tidak sama dengan asas *domein* zaman Belanda seperti dalam Pasal 1 AB 1870. Asas *domein* menyerahkan sepenuhnya monopoli dan kedaulatan atas tanah kepada negara/pengusaha. Sehingga negara bebas bertindak dalam kapasitas selaku badan hukum publik maupun badan hukum perdata. Negara bisa secara sepihak mengambil sumber daya. Negara bebas mencabut kepemilikan hak atas tanah tanpa persetujuan si pemilik.

yaitu sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Secara filosofis, UUPA tetap menghendaki agar setiap proses pelepasan atau pencabutan hak atas tanah untuk kegiatan pembangunan apalagi dengan dalih “demi kepentingan umum”, tidak boleh melupakan hakekat “fungsi sosial yang melekat pada setiap tanah. Dengan demikian, konsep “Hak Menguasai Negara” berkorelasi signifikan dengan “fungsi sosial tanah” dalam UUPA. Penguasaan oleh negara yang disebut dengan “Hak Menguasai Negara (HMN), merupakan hubungan hukum antara negara sebagai subyek dengan Sumber Daya Agraria (SDA) sebagai obyek. Hubungan hukum tersebut, melahirkan ‘Hak’ untuk menguasai SDA dan sekaligus “kewajiban” bagi negara untuk menjamin agar dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat. Dengan demikian, HMN adalah instrumen, sedangkan dipergunakannya untuk kesejahteraan atau kemakmuran rakyat, merupakan tujuan (*objectives*) yang utama.³⁹”

KESIMPULAN

Kekeliruan paradigma mendasar UU No. 2/2012 adalah tidak ditematkannya penataan kembali penguasaan, penggunaan, pemanfaatan dan pemeliharaan sumber daya agraria sebagai bagian dari agenda reformasi agraria secara menyeluruh. Aspek prosedural pembentukan UU No. 2/2012, belum mencerminkan kaidah pembentukan peraturan perundangan yang berlaku. Begitu pula, konsepsi makna kepentingan umum dan proses ganti rugi atas tanah masih jauh dari spirit UUPA Jo Pasal 33 UUD 1945. Kebijakan pengadaan tanah yang mengabaikan “fungsi sosial tanah, hanya akan melahirkan konflik agraria dan krisis keadilan dalam kepemilikan tanah oleh rakyat termarginal dan korban pembangunan.

Pasca putusan Mahkamah No. 50/PUU-X/2012, perlu dilakukan *legislatif review* atas UU No. 2/2012, untuk mendekonstruksi dan memperjelas, makna HMN dan prinsip fungsi sosial tanah agar sejalan dengan falsafah Pasal 33 UUD 1945 dan amanat UUPA. Hal ini penting, agar makna kepentingan umum lebih berpihak pada kepentingan masyarakat (adat), sebagai korban dari aktivitas pembangunan, ketimbang investor yang lebih *profit oriented*. DPR harus segera menyelesaikan RUU Pembaruan dan Penataan Struktur Agraria, RUU penyelesaian konflik agraria, dan RUU Pengelolaan Sumber daya Alam, sebagai amanat Tap MPR No. IX/2001 Jo Tap MPR No. V/2003. Pembangunan untuk kepentingan

³⁹ Iman Soetiknyo, *Politik Agraria Nasional. Hubungan Manusia dengan Tanah yang Berdasarkan Pancasila*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 1990, h.52-53.

umum, tidak bisa dimaknai sebatas upaya mempercepat pertumbuhan ekonomi, namun harus diletakkan dalam spirit fungsi sosial tanah dan reformasi agraria demi mencapai kemakmuran yang sebesar-besarnya bagi rakyat.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Amirudin dan Zainal Asikin, 2004, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, Jakarta: Raja Grafindo Persada.
- Harsono, Boedi, 1999, *Hukum Agraria Indonesia*, Jakarta: Djambatan.
- Ismail, Nurhasan, 2007, *Perkembangan Hukum Pertanahan, Pendekatan Ekonomi Politik*, Jakarta: HuMa dan Magister Hukum UGM,
- Kitay, Michael G, *Land Acquisition in Developing Countries, Policies and procedures of public sector, with survey and case studies from Korea, India, Thailand, and Equador*, Oelgeschlager, Gunn&Hain, Boston : Publishers, Inc, 1985.
- Limbong, Benhard, 2011, *Pengadaan Tanah Untuk Pembangunan Regulasi Kompensasi Penegakan Hukum*, Jakarta: Margaretha Pustaka.
- Mamudji Sri, Soerjono Soekanto, 1995, *Penelitian Hukum Normatif*, Jakarta: Raja Grafindo Persada.
- Marzuki Mahmud, Peter, 2011, *Penelitian Hukum, Kencana*, Jakarta: Kencana.
- Suriasumantri S, Jujur, 1986, *Ilmu Dalam Perspektif Moral, Sosial, dan Politik; Sebuah Dialog tentang Keilmuan Dewasa ini*, Jakarta: Gramedia.
- Soekanto, Soerjono, 1984, *Pengantar Penelitian Hukum*, Cetakan Ketiga, Jakarta: UI-Press.
- _____, 1986, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta : UI-Press.
- Soetiknyo, Iman, 1990, *Politik Agraria Nasional. Hubungan Manusia dengan Tanah Yang Berdasarkan Pancasila*, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press.
- Sumardjono, Maria S.W., 2007, *Kebijakan Pertanahan : Antara Regulasi dan Implementasi*, Jakarta: Buku Kompas.
- Zaki, Oloan Sitorus, Sierrad, 2006, *Hukum Agraria Konsep Dasar dan Implementasi*, Yogyakarta: Mitra Kebijakan Tanah Indonesia.

Peraturan Perundang-Undangan

Undang-Undang Dasar NRI Tahun 1945

Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Nomor IX/MPR/2001 tentang
Pembaruan Agraria dan Pengelolaan Sumber Daya Alam

Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Nomor V/MPR/2003 tentang Saran
Kepada Presiden dan DPR Bagi Pelaksanaan Reformasi Agraria

Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2012 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan
Untuk Kepentingan Umum.

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Pokok-Pokok Agraria.

Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2007 tentang Rencana Pembangunan Jangka
Panjang Nasional Tahun 2005-2025.

Peraturan Presiden Nomor 86 Tahun 2018 tentang Reforma Agraria.

Peraturan Presiden Nomor 3 Tahun 2016 tentang Percepatan Pelaksanaan Proyek
Strategis Nasional

Peraturan Presiden Nomor 58 Tahun 2017 tentang Perubahan Atas Peraturan
Presiden Nomor 3 Tahun 2016 tentang Percepatan Pelaksanaan Proyek
Strategis Nasional

Peraturan Presiden Nomor Nomor 2 Tahun 2005 tentang Rencana Pembangunan
Jangka Menengah Nasional (RPJMN) Tahun 2015-2019.

Peraturan Presiden Nomor 45 Tahun 2016 tentang Rencana Kerja Pemerintah
(RKP) Tahun 2017.

Peraturan Presiden Nomor 71 Tahun 2012 tentang Penyelenggaraan Pengadaan
Tanah bagi Pembangunan untuk Kepentingan Umum .

Peraturan Presiden Nomor 99 Tahun 2014 tentang Perubahan Kedua Atas
Peraturan Presiden Nomor 71 Tahun 2012 tentang Penyelenggaraan Pengadaan
Tanah bagi Pembangunan untuk Kepentingan Umum.

Peraturan Presiden Nomor 30 Tahun 2015 tentang Perubahan Ketiga Atas
Peraturan Presiden Nomor 71 Tahun 2012 tentang Penyelenggaraan Pengadaan
Tanah bagi Pembangunan untuk Kepentingan Umum

Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2005 tentang Pengadaan Tanah Bagi
Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum

Peraturan Presiden Nomor 65 Tahun 2006 tentang Pengadaan Tanah Bagi
Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum

Keputusan Presiden Nomor 53 Tahun 1993 tentang Tata Cara Pengadaan Tanah
Bagi Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum.

Putusan Mahkamah Konstitusi

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 50/PUU-X/2012 tentang pengujian Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2012 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan untuk Kepentingan Umum Terhadap Undang-Undang Dasar NRI Tahun 1945.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 36/PUU-X/2012 tentang pengujian Undang-Undang No. 22/2001 tentang Minyak dan Gas Bumi Terhadap Undang-Undang Dasar NRI Tahun 1945.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 tentang pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air Terhadap Undang-Undang Dasar NRI Tahun 1945.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 001-021-022/PUU-I/2003 tentang pengujian Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan Terhadap Undang-Undang Dasar NRI Tahun 1945.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 50/PUU-XII/ 2014 tentang pengujian Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2012 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan untuk Kepentingan Umum Terhadap Undang-Undang Dasar NRI Tahun 1945.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 42/PUU-XII/ 2014 tentang pengujian Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan Terhadap Undang-Undang Dasar NRI Tahun 1945.

Hasil Riset/Artikel

Hasil Penelitian, Pemaknaan Hak Menguasai Negara oleh Mahkamah Konstitusi (Kajian terhadap Putusan MK No. 35/PUU-X/2012; Putusan MK No. 50/PUU-X/ 2012; dan Putusan MK No. 3/PUU-VIII/2010), Cetakan Pertama, Pusat Penelitian dan Pengabdian kepada Masyarakat, Sekolah Tinggi Pertanahan Nasional, Desember 2014, diakses pada 2 Agustus 2019.

Internet

<https://katadata.co.id/berita/2019/01/03/selama-2018-konflik-agraria-paling-banyak-di-sektor-perkebunan>, diakses pada 2 Agustus 2019.

Nobleman, Eli, E. 1961:195-196, <http://www.wcl.american.edu/journal/lawrev/10/nobleman.pdf>, Diakses pada 11 Mei 2020.

Pemikiran Hukum Progresif untuk Perlindungan Hukum dan Kesejahteraan Masyarakat Hukum Adat

The Thoughts of Progressive Law for Legal Protection and Welfare of Indigenous Peoples

Made Oka Cahyadi Wiguna

Fakultas Hukum dan Ilmu Sosial Universitas Pendidikan Nasional Denpasar
Jl. Bedugul Nomor 39, Denpasar
E-mail : okacahyadi@undiknas.ac.id

Naskah diterima: 06-02-2020 revisi: 18-08-2020 disetujui: 22-02-2021

Abstrak

Dewasa ini masih banyak terjadi permasalahan-permasalahan terhadap eksistensi dan hak-hak tradisional masyarakat hukum adat. Berbagai permasalahan tersebut cenderung menempatkan masyarakat hukum adat pada posisi yang lemah dan termarjinalkan. Bukannya tanpa sebab, hal tersebut dikarenakan tidak samanya persepsi seluruh pihak terkait, dalam memposisikan tanah adat dan masyarakat hukum adat dalam konteks hidup berbangsa dan bernegara berlandaskan Pancasila dan konstitusi. Permasalahan yang akan dibahas dalam tulisan ini adalah mengenai bagaimana mewujudkan perlindungan hukum yang progresif terhadap eksistensi masyarakat hukum adat untuk mewujudkan kesejahteraannya. Tulisan ini akan menggunakan metode pendekatan konseptual, yaitu konsep Pancasila sebagai sumber ide dalam memberikan perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat. Selanjutnya juga menggunakan pendekatan konseptual dari pemikiran hukum progresif. Adanya status *quo* dalam memberikan perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat yang cenderung bersifat statis, bersyarat dan legalistik yang selama ini dilakukan. Perlindungan hukum lebih banyak berfokus pada soal bagaimana kriteria mengenai masyarakat hukum adat yang akan diakui. Seharusnya Negara berani melakukan terobosan-terobosan kebijakan dan hukum untuk memberikan perlindungan hukum tersebut berbasis pada pembinaan dan pemberdayaan. Terobosan kebijakan dan hukum tersebut dapat mengacu pada

pemikiran hukum progresif, yang memosisikan hukum untuk manusia dengan tujuan memberikan keadilan, kesejahteraan dan kebahagiaan bagi masyarakat hukum adat berdasarkan Pancasila dan UUD 1945.

Kata Kunci : Pancasila, Hukum Progresif, Masyarakat Hukum Adat

Abstract

Today there are still many problems with the existence and traditional rights of indigenous and tribal peoples. These problems tend to place the indigenous and tribal peoples in a weak and marginalized position. Not without reason, it is due to the unequal perception of all related parties, in positioning customary land and indigenous peoples in the context of national and state life based on Pancasila and the Constitution. The issue that will be discussed in this paper is about how to realize progressive legal protection of the existence of indigenous and tribal peoples to realize their welfare. This paper will use the conceptual approach method, namely the Pancasila concept as a source of ideas in providing legal protection to indigenous and tribal peoples. Furthermore, it also uses a conceptual approach from thought of progressive law. The existence of the status quo in providing legal protection to indigenous and tribal peoples which tends to be static, conditional and legalistic which has been done so far. Legal protection is more concerned with how the criteria regarding indigenous and tribal peoples will be recognized. The state should have dared to make policy and legal breakthroughs to provide legal protection based on guidance and empowerment. These policy and legal breakthroughs can refer to thought of progressive law, which positions the law for humans with the aim of providing justice, welfare and happiness for indigenous and tribal peoples based on Pancasila and the 1945 Constitution.

Keywords : Pancasila, Progressive Law, Indigenous Peoples

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Perhatian mengenai keberadaan masyarakat hukum adat beserta dengan hak-hak tradisionalnya penting untuk terus menerus dilakukan, mengingat kedudukannya sebagai bagian dari bangsa Indonesia tidak dapat dinafikan begitu saja. Salah satu hak tradisional yang penting dan utama adalah hak atas penguasaan dan pemilikan tanah adatnya.

Tanah mempunyai fungsi yang sangat strategis bagi kehidupan suatu bangsa. Nurhasan Ismail berpendapat bahwa kedudukan dan fungsi tanah sangat penting bagi kehidupan manusia yaitu sebagai sumber kehidupan manusia yang berkaitan

dengan harga diri manusia, kesejahteraan dan kemakmuran, kekuasaan dan dekat dengan nilai-nilai kesakralan.¹ Begitu pula bagi masyarakat hukum adat, tanah mempunyai banyak fungsi yang sangat strategis. Tanah tidak hanya berarti dan sangat berharga, tidak hanya sebagai suatu kekayaan, namun mempunyai fungsi yang bersifat sosial-religius dan juga mempunyai fungsi sebagai sumber penghidupan.

Namun, pada kenyataannya masyarakat hukum adat belum mendapatkan pengakuan dan perlindungan sebagaimana mestinya. Masih banyak terjadi permasalahan-permasalahan terhadap eksistensi dan hak-hak tradisionalnya. Tentu saja dalam berbagai permasalahan tersebut cenderung menempatkan masyarakat hukum adat pada posisi yang lemah dan termarjinalkan. Bukannya tanpa sebab, hal tersebut dikarenakan tidak samanya persepsi seluruh pihak terkait, dalam memosisikan tanah adat dan masyarakat hukum adat dalam konteks hidup berbangsa dan bernegara berlandaskan Pancasila dan konstitusi.

Perbedaan persepsi tersebut terjadi antara Negara berikut aparatur di dalamnya dengan masyarakat yang hidup dengan budaya tradisionalnya, yang menempatkan hukum adat sebagai sarana pengaturannya. Oleh Ruwiasuti dijelaskan, bahwa perbedaan yang menonjol adalah “politik hukum Negara yang berorientasi progresif, antisipatif terhadap ramalan perkembangan masa depan dan berlingkup nasional mengatasi kelompok-kelompok budaya, maka kesadaran hukum rakyat sebaliknya cenderung tradisional, konservatif, berorientasi historis dan berlingkup wilayah budaya terbatas”.² Dalam praktik berhukum saat ini, sangat mudah untuk dapat memahami bahwa, orientasi penentuan kebijakan dan penegakan hukum terkait dengan berbagai permasalahan terkait masyarakat hukum adat, cenderung menerapkan politik hukum yang telah ditetapkan oleh Negara. Karena itulah persoalan mengenai pengakuan dan perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat berikut dengan hak-hak tradisionalnya terus menerus terjadi.

Sebut saja misalnya kasus Hak Masyarakat Adat Talonang atas wilayah adatnya terus-menerus dirampas bahkan dihilangkan. Bermula pengusiran mereka dari wilayah adatnya oleh pemerintah daerah provinsi dengan alasan bahaya tsunami yang terjadi tahun 1977, hingga pengusiran yang dilakukan oleh pemerintah

¹ Nurhasan Ismail, “Arah Politik Hukum Pertanahan dan Perlindungan Kepemilikan Tanah Masyarakat” *Jurnal Rechtsvinding*, Volume 1, Nomor 1, Januari-April, 2012, h. 34.

² Maria Rita Ruwiasuti, *Sesat Pikir Politik Hukum Agraria Membongkar Alas Penguasaan Negara Atas Tanah-Tanah Adat*, Yogyakarta : Insist Press, KPA dan Pustaka Pelajar, 2000, h.110.

kabupaten pada tahun 2014. Akibat dari pengusiran itu, Masyarakat Adat Talonang mengalami kemiskinan, anak-anak mereka banyak yang putus sekolah, hingga terjadinya konflik internal di daerah baru yang ditempati. Puncak dari perampasan hak mereka terjadi sejak diterbitkannya Surat Keputusan Bupati Sumbawa Barat 557/2014, tentang Izin Lokasi Perkebunan Tanaman Sisal (HEAW-SP) di Blok Batu Nampar Desa Talonang, Kecamatan Sekongkang di Kabupaten Sumbawa Barat. Berbagai bentuk intimidasi dilakukan oleh Pemerintah Daerah (Pemda) Sumbawa Barat terhadap masyarakat Talonang, agar mereka meninggalkan wilayah adat mereka.³

Selain itu, terdapat permasalahan mengenai adanya dugaan tindakan kriminalisasi terhadap masyarakat hukum adat yang melakukan aktifitas di wilayah adatnya sendiri pada tahun 2019. “Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia (YLBHI) mencatat, diantaranya adalah terdapat 27 orang warga di Kabupaten Wahoni Sulawesi Tenggara dan 6 orang peladang di Sintang Kalimantan Barat dikenakan UU Lingkungan Hidup Nomor 32, Perkebunan dan KUHP”.⁴

Di samping kebijakan dari pemerintah (eksekutif) di atas, dalam kasus-kasus yang diselesaikan oleh institusi Pengadilan pun juga belum mencerminkan adanya perlindungan hukum yang objektif terhadap eksistensi masyarakat hukum adat dan hak tradisionalnya. Seperti yang terjadi terhadap tanah ulayat masyarakat hukum adat Karuhun Sunda Wiwitan, Kabupaten Kuningan, Jawa Barat. Oleh Lembaga Bantuan Hukum Bandung dijelaskan,

*“...rencana eksekusi tanah adat masyarakat adat Karuhun Sunda Wiwitan yang dilakukan oleh Pengadilan Negeri Kuningan pada 24 Agustus 2017 tidak mempertimbangkan sejarah Sunda Wiwitan. Pasalnya tanah dan bangunan adat yang menjadi objek eksekusi, memiliki hubungan yang kuat dan menjejarah antara masyarakat adat Karuhun Sunda Wiwitan dengan leluhur. Komunitas ini merupakan kesatuan masyarakat adat yang sudah terbentuk sejak lama, bahkan sebelum Negara Kesatuan Republik Indonesia dibentuk”.*⁵

Merujuk pada beberapa kasus tersebut di atas dan masih banyak lagi kasus-kasus serupa di berbagai wilayah Indonesia, tampak belum terwujudnya

³ Komisi Nasional Hak Asasi Manusia Republik Indonesia, *Konflik Agraria Masyarakat Hukum Adat Atas Wilayahnya di Kawasan Hutan*, Jakarta: KOMNAS HAM RI, 2016, h. 816.

⁴ Nasib Masyarakat Adat Yang Terancam Investasi Hingga Kriminalisasi, <https://nasional.kompas.com/read/2019/12/10/09145461/nasib-masyarakat-adat-yang-terancam-investasi-hingga-kriminalisasi?page=all>, diakses tanggal 3 Februari 2020.

⁵ “Eksekusi Tanah Adat Menyebabkan Hilangnya Identitas Adat, Hak Beribadah, Menjalankan Agama dan Kepercayaan Masyarakat Adat Karuhun Sunda Wiwitan Kabupaten Kuningan”, <https://www.lbhbandung.or.id/eksekusi-tanah-adat-menyebabkan-hilangnya-identitas-adat-hak-beribadah-menjalankan-agama-dan-kepercayaan-masyarakat-adat-karuhun-sunda-wiwitan-kabupaten-kuningan/>, diakses tanggal 3 Februari 2020.

perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat. Baik yang berakar pada kebijakan pemerintah, maupun dalam rangka penyelesaian sengketa-sengketa tanah adat yang menarik masyarakat hukum adat sebagai salah satu pihak. Sangat terlihat kedudukan masyarakat hukum adat masih sangat lemah dalam hal perlindungan hukum.

Oleh karena itu dalam rangka memberikan perlindungan hukum kepada masyarakat hukum adat berikut juga hak-hak tradisionalnya, diperlukan praktik berhukum yang tidak hanya berpijak pada teks undang-undang saja. Akan tetapi harus berpijak pada konteks kebutuhan mendasar masyarakat hukum adat. Pada dasarnya, dalam hal perlindungan hukum secara internal, masyarakat hukum adat mempunyai konsep dalam penguasaan dan pemilikan tanah adat (ulayat) mereka yang bersifat komunal, kultural dan berkarakter sosio-religius. Berdasarkan hal tersebut, Negara diharapkan hadir dalam memberikan pengakuan dan perlindungan hukum terhadap eksistensi masyarakat hukum adat. Pengakuan dan perlindungan hendaknya diberikan tidak hanya semata-mata berdasarkan teks undang-undang, namun dibutuhkan perlindungan hukum yang progresif, juga harus dipandang secara kontekstual. Hal tersebut perlu diperhatikan, mengingat praktik berhukum di Indonesia cenderung mengarah ke arah positivistik.

B. Perumusan Masalah

Merujuk pada uraian latar belakang di atas, maka dalam pembahasan akan dijelaskan deskripsi jawaban atas rumusan permasalahan mengenai bagaimana mewujudkan perlindungan hukum yang progresif terhadap eksistensi masyarakat hukum adat untuk mewujudkan kesejahteraannya.

PEMBAHASAN

A. Perlindungan Hukum Masyarakat Hukum Adat Bersumber pada Pancasila

Indonesia sebagai Negara yang merdeka dan berdaulat, mempunyai suatu ideologi sebagai dasar Negara. Ini artinya, bangsa ini telah membebaskan diri dari ideologi bangsa penjajah yang berabad-abad mencengkeram pola pikir bangsa Indonesia. Pada masa penjajahan, hampir di seluruh aspek kehidupan bangsa berusaha dimasuki ideologi yang sesungguhnya sangat bertolak belakang dengan ideologi bangsa Indonesia. Hal tersebut juga memasuki kehidupan berhukum pada masa itu. Sehingga prinsip-prinsip dasar yang terkandung dalam hukum

dan penegakan hukum sangat jauh dari nilai-nilai ke-Indonesiaan. Maka dari itu, dengan telah diraihinya kemerdekaan, seharusnya menjadi jalan bagi bangsa ini untuk menjalankan kehidupan berbangsa dan bernegara sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam ideologi Negara yaitu Pancasila.

Dalam tulisannya, Jimly Asshiddiqie menjelaskan bahwa, ideologi Negara dikualifikasikan sebagai ideologi dalam arti netral, yaitu sebagai suatu “sistem berpikir dan tata nilai dari suatu kelompok”.⁶ Mengacu pada pandangan tersebut, maka dapat dikatakan bahwa Pancasila sebagai ideologi bangsa merupakan sistem berpikir dan tata nilai yang wajib menjadi rujukan dalam menjalankan kehidupan berbangsa dan bernegara. Kewajiban tersebut ditujukan bagi seluruh elemen bangsa. Termasuk di dalamnya adalah eksekutif, legislatif dan yudikatif, dalam menjalankan tugas dan fungsinya sebagai aparatur Negara, wajib mendasarkan segala kebijakan dan keputusannya pada Pancasila.

Pancasila sebagai ideologi Negara, tentu mengandung nilai-nilai dasar yang menempatkan seluruh bangsa pada posisi yang sejajar. Kemanusiaan yang adil dan beradab, adalah nilai dasar yang terkandung dalam Pancasila yang secara filosofi menginginkan adanya penyamaan hak dan kewajiban terhadap seluruh bangsa. Dengan menempatkan bangsa dalam posisi yang sama, maka disanalah sesungguhnya menjadi suatu kewajiban bagi Negara untuk mewujudkan hal tersebut. Tentu saja hal tersebut diwujudkan dengan menggunakan hukum sebagai sarannya. Dengan demikian, memberikan perlindungan hukum kepada masyarakat hukum adat sebagai bagian dari elemen bangsa, bukanlah suatu desakan yang muncul secara tiba-tiba ditujukan kepada negara. Perlindungan hukum merupakan suatu kewajiban yang harus diwujudkan dan wajib pula bersumber pada Pancasila.

Dalam konteks pembangunan hukum nasional, hal tersebut berkaitan dengan posisi Pancasila sebagai cita hukum (*rechtsidee*). Cita hukum oleh Sidharta dimaknai sebagai “gagasan, karsa, cipta dan pikiran berkenaan dengan hukum atau persepsi tentang makna hukum, yang dalam intinya terdiri atas tiga unsur, keadilan, kehasil-gunaan (*doelmatigheid*) dan kepastian hukum”.⁷ Maka dalam membangun hukum nasional yang berkaitan dengan memberikan perlindungan dan pengakuan terhadap eksistensi masyarakat hukum adat, Pancasila menjadi sumber gagasan, karsa dan pikiran dalam memaknai hukum yang akan dibentuk

⁶ Jimly Asshiddiqie, Ideologi, Pancasila dan Konstitusi, <http://jdih.ristekdikti.go.id/v0/?q=system/files/perundangan/1927202140.pdf>, h. 2. diakses tanggal 3 Februari 2020.

⁷ Bernard Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum, Sebuah Penelitian Tentang Fundasi Kefilsafatan dan Sifat Keilmuan Ilmu Hukum Sebagai Landasan Pengembangan Ilmu Hukum Nasional Indonesia*, Bandung : Mandar Maju, 2009, h. 181.

sekaligus diterapkan. Sehingga perlindungan hukum tersebut mampu untuk memberikan keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum bagi masyarakat hukum adat. Inilah yang kemudian oleh Shidarta disebut dengan cita hukum Pancasila.

Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa, dengan menyebutkan Pancasila dalam kedudukannya sebagai *grundnorm*, maka Pancasila berfungsi sebagai sumber dari segala sumber hukum, sekaligus sebagai suatu postulat. Atas dasar asumsi tersebut maka validitas dari nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila diterima sebagai sesuatu yang sudah valid (*it is valid because it is presupposed to be valid*). Oleh karenanya, Pancasila bersifat apriori karena telah melampaui kedudukan dari hukum positif, sehingga tidak dapat digolongkan sebagai bagian dari hukum positif. Dalam posisinya yang seperti itu, nilai-nilai dalam Pancasila seharusnya digunakan sebagai penentu validitas seluruh tata hukum positif atau peraturan perundang-undangan, harus bersumber pada nilai-nilai Pancasila.⁸

Apa yang menjadi pendapat Mahkamah Konstitusi tersebut, nampaknya mempunyai makna yang tidak jauh berbeda dengan pandangan dari Jimly Asshiddiqie. Sekalipun dalam pandangannya, Jimly menyebutkan bahwa pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) ditempatkan sebagai bagian dari Konstitusi. Namun, dalam fungsinya mempunyai kesamaan yaitu sebagai norma abstrak yang menjadi standar untuk evaluasi konstitusionalitas norma hukum yang lebih rendah dan dapat digunakan pula sebagai prinsip-prinsip dalam menafsirkan konstitusi. Dengan memberikan kedudukan pembukaan UUD 1945 sebagai bagian dari konstitusi, dengan demikian apa yang menjadi pokok-pokok pikiran yang terkandung di dalamnya, termasuk Pancasila, benar-benar dapat menjadi *rechtsidee* dalam pembangunan tata hukum Indonesia.⁹

Maka dari itu, tepatlah kemudian Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum dalam pembangunan sistem hukum nasional. Dikarenakan, Pancasila akan memandu setiap pembentukan hukum sekaligus pula memandu bagaimana hukum yang dibentuk tersebut hendak diterapkan. Penempatan Pancasila sebagai cita hukum yang sekaligus berposisi sebagai pemandu dalam pembentukan peraturan perundang-undangan menjadi sangat penting. Mengingat apa yang disampaikan oleh Maria Farida dengan mengutip Attamimi bahwa Pancasila berikut dengan kelima silanya dalam posisi sebagai bintang pemandu, secara positif akan memandu

⁸ Luthfi Widagdo Eddyono, "Quo Vadis Pancasila sebagai Norma Konstitusi yang Tidak Dapat Diubah", *Jurnal Konstitusi*, Volume 16, Nomor 3, September 2019, h.602.

⁹ Jimly Asshiddiqie, *Op.Cit.*,h. 15.

dan memberikan pedoman dalam pembentukan peraturan perundang-undangan dan secara negatif berfungsi sebagai kerangka dalam rangka membatasi ruang gerak substansi dalam peraturan perundang-undangan tersebut.¹⁰

Berdasarkan pedoman dan panduan dari nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila tersebut kemudian dalam berbagai peraturan perundang-undangan menderivasi kandungan dari nilai-nilai tersebut. Dengan maksud agar apa yang menjadi gagasan, arah pikiran dan pandangan dalam menata kehidupan berbangsa dan bernegara, tertuang dalam berbagai peraturan perundang-undangan. Sehingga tidak menyimpang dari cita hukum yang telah digariskan dalam Pancasila. Ketika, tatanan hukum di Indonesia menyimpang dari tatanan nilai yang terkandung dalam Pancasila, oleh Barda Nawawi Arief¹¹, hal tersebut tidak dapat dikatakan sebagai sistem hukum nasional, sekalipun dirancang atau dibuat oleh lembaga legislatif dalam fungsi legislasinya. Dikarenakan tidak berorientasi pada tiga pilar atau nilai keseimbangan Pancasila, yaitu : nilai-nilai Ketuhanan (bermoral religius), berorientasi pada nilai-nilai Kemanusiaan (humanistik) dan berorientasi pada nilai-nilai Kemasyarakatan (nasionalistik, demokratik, berkeadilan sosial).

Berlandaskan pada uraian di atas, maka dapat disimpulkan bahwa gagasan untuk memberikan perlindungan hukum yang di dalamnya mencakup pula pengakuan terhadap eksistensi masyarakat hukum adat, bersumber pada Pancasila sebagai cita hukum nasional. Bersumber pada *rechtsidee* tersebut, maka masyarakat hukum adat sebagai bagian dari elemen bangsa Indonesia, wajib untuk diakui dan dilindungi eksistensinya. Pengakuan dan perlindungan tersebut dalam rangka untuk memenuhi nilai-nilai kesetaraan, kemanusiaan dalam kerangka penegakan hak asasi manusia dan keadilan sosial. Gagasan itu pun bersifat apriori sebagai suatu postulat dan berfungsi sebagai *ius constituendum* yang wajib untuk diwujudkan dalam *ius constitutum*.

Namun, patut untuk disadari bersama bahwa dengan memberikan pengakuan dan perlindungan hukum tersebut, bukanlah suatu penyimpangan dari nilai persatuan sebagai suatu bangsa. Justru dengan diwujudkannya hal tersebut akan semakin menambah kuat integrasi bangsa Indonesia sebagai suatu bangsa yang majemuk. Bahkan apabila keberadaan masyarakat hukum adat dikesampingkan, akan memicu terjadinya disintegrasi bangsa dengan munculnya berbagai konflik horizontal maupun vertikal.

¹⁰ Maria Farida Indrati S., *Ilmu Perundang-undangan Jenis, Fungsi dan Materi Muatan*, Yogyakarta : Kanisius, h. 59.

¹¹ Barda Nawawi Arief, *Pembangunan Sistem Hukum Nasional (Indonesia)*, Semarang : Pustaka Magister, 2012, h. 13.

Disamping melalui peraturan perundang-undangan perlindungan hukum yang bersumber pada Pancasila, juga wajib dilakukan dalam ranah penegakan hukum. Tentu saja, penegakan hukum tersebut tetap dilakukan secara objektif. Namun, keobjektifan tersebut tidaklah kemudian dimaksudkan objektif dalam arti hanya mengacu pada peraturan perundang-undangan, melainkan penting untuk menempatkan objektifitas tersebut dalam pendekatan-pendekatan sosiologis dan emic.

Pancasila dalam konteks ini, sesungguhnya telah memberikan panduan dan pedoman dalam mewujudkan perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat. Panduan tersebut bersumber dari sila-sila yang mengandung nilai-nilai dasar sebagai asas umumnya. Dengan demikian Pancasila dapat sebagai nilai-nilai dasar dalam memberikan pengakuan sekaligus perlindungan hukum atas keberadaan masyarakat hukum adat. Orientasinya adalah memanusiaikan masyarakat hukum adat sebagai makhluk Tuhan yang terkandung dalam nilai-nilai Ketuhanan. Kemudian, dengan menempatkan masyarakat hukum adat dalam posisi yang sejajar dengan anak bangsa lainnya adalah cerminan dari nilai-nilai humanistik yang ada dalam Pancasila. Pada akhirnya, dengan upaya tersebut akan mewujudkan keadilan sosial secara demokratis, sebagai perwujudan nilai-nilai kemasyarakatan.

B. Status Quo Perlindungan Hukum terhadap Masyarakat Hukum Adat

Pasca pergulatan reformasi tahun 1998 di Indonesia, kemudian disepakati bahwa perlu untuk melakukan amandemen terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945). Maka dilakukanlah 4 (empat) kali amandemen UUD 1945, yaitu tahun 1999-2002. Menurut Jimly Asshidiqqie, hal tersebut adalah konsekuensi dari ideologi terbuka yang disematkan pada Pancasila, karena memberikan ruang dan kesempatan bagi masyarakat untuk mencapai konsensus dalam mewujudkan cita-cita dan nilai-nilai dasar tersebut, sebagai penyangga konstitusionalisme. Kesepakatan-kesepakatan itu adalah mengenai *the rule of law* yang menjadi landasan pemerintahan atau penyelenggaraan negara (*the basis of government*) dan kesepakatan mengenai bentuk dan ragam institusi serta berbagai prosedur tentang ketatanegaraan (*the form of institutions and procedures*). Kesepakatan-kesepakatan tersebut hanya mungkin dicapai jika sistem yang dikembangkan adalah sistem demokrasi.¹²

Salah satu hasil kesepakatan tersebut adalah mengenai landasan bagaimana penyelenggara Negara bersikap terhadap eksistensi masyarakat hukum adat.

¹² Jimly Asshidiqqie, *Op.Cit.*,h. 8.

Amandemen UUD 1945 dilakukan dengan mengatur ketentuan Pasal 18B ayat (2) yaitu, “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”. Sehingga berdasarkan konstitusi, penyelenggara Negara wajib mengakui keberadaan masyarakat hukum adat berikut pula dengan hak-hak tradisionalnya.

Ketentuan tersebut merupakan pintu masuk untuk memberikan pengakuan dan perlindungan hukum secara lebih komprehensif dan kontekstual terhadap eksistensi masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya. Termasuk pula di dalamnya adalah hak atas penguasaan dan pemilikan atas tanah adat. Namun, persoalan selanjutnya adalah seperti yang kita ketahui bersama saat ini, bahwa pengakuan dan perlindungan terhadap masyarakat hukum adat tidak berjalan secara maksimal. Tentu ini menjadi suatu kendala dalam mewujudkan kesejahteraan bagi masyarakat hukum adat.

Dalam perkembangan hukum positif, sesungguhnya berbagai peraturan perundang-undangan telah mengatur mengenai pengakuan terhadap eksistensi masyarakat hukum adat. Namun, sayangnya pengakuan tersebut dapat dikatakan hanya pengakuan yang bersifat abstrak. Pengakuan yang diberikan tidak lantas kemudian diikuti dengan langkah-langkah konkret untuk mewujudkannya.

Pengakuan akan keberadaan masyarakat hukum adat dan hak tradisionalnya dalam hal ini disebut dengan hak ulayat, diatur juga dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (UUPA). Dalam ketentuan Pasal 3 UUPA disebutkan:

“Dengan mengingat ketentuan-ketentuan dalam pasal 1 dan 2 pelaksanaan hak ulayat dan hak-hak yang serupa itu dari masyarakat-masyarakat hukum adat, sepanjang menurut kenyataannya masih ada, harus sedemikian rupa sehingga sesuai dengan kepentingan nasional dan Negara, yang berdasarkan atas persatuan bangsa serta tidak boleh bertentangan dengan undang-undang dan peraturan-peraturan lain yang lebih tinggi”.

Merujuk pada ketentuan tersebut, substansi mengenai keberadaan hak ulayat masih menimbulkan kesimpangsiuran. Dikarenakan ketentuan tersebut belum memberikan ketentuan yang tegas mengenai kriteria penentu eksistensi hak ulayat. Guna mengikis banyaknya penafsiran terkait hal tersebut, Maria Sumardjono mengemukakan beberapa kriteria untuk menentukan eksistensi hak ulayat, yaitu:

*“adanya masyarakat hukum adat yang memenuhi ciri-ciri tertentu subyek hak ulayat, adanya tanah/wilayah dengan batas-batas tertentu sebagai lebensraum yang merupakan obyek hak ulayat dan adanya kewenangan masyarakat hukum adat untuk melakukan tindakan-tindakan tertentu sebagaimana diuraikan di atas”.*¹³

Sehubungan dengan pengaturan mengenai hak ulayat tersebut, memang tidak diberikan pengaturan lebih lanjut agar pengakuan hak ulayat masyarakat hukum adat menjadi jelas. Bahkan dalam pandangan yang disampaikan oleh Boedi Harsono disebutkan “UUPA dan Hukum Tanah Nasional kita tidak menghapus Hak Ulayat, tetapi juga tidak akan mengaturnya. Dalam pandangannya, mengatur hak ulayat dapat berakibat melanggengkan atau melestarikan eksistensinya. Padahal perkembangan masyarakat menunjukkan kecenderungan akan hapusnya hak ulayat tersebut melalui proses alamiah, yaitu dengan menjadi kuatnya hak-hak perorangan dalam masyarakat hukum adat yang bersangkutan”.¹⁴

Nampaknya pandangan tersebut penting untuk disikapi, mengingat adanya suatu indikasi sejak awal mengenai keengganan untuk memberikan pengakuan dan perlindungan hukum yang lebih representatif. Sehingga dampaknya adalah eksistensi dari hak ulayat menjadi tidak lestari. Secara kausalitas, dengan adanya keengganan untuk memberikan perlindungan hukum terhadap hak ulayat, tentu saja secara tidak langsung menginginkan lenyapnya masyarakat hukum adat. Perlu disadari bahwa, keberlangsungan kehidupan masyarakat hukum adat sangat tergantung dari keberadaan hak ulayat yang mereka miliki. Padahal masyarakat hukum adat seperti dalam uraian sebelumnya merupakan elemen bangsa Indonesia, yang semestinya mendapatkan hak serta mempunyai kewajiban yang sama dengan warga Negara lainnya.

Pengakuan yang demikian sesungguhnya adalah pengakuan secara formalitas saja, namun pengakuan secara materiil dipahami dari substansi mengenai hak ulayat itu sendiri pengakuannya sangat umum dan abstrak, cenderung tidak tegas. Dengan adanya kondisi demikian, apabila terjadi suatu sengketa antara tanah-tanah adat (ulayat) dengan hak-hak atas tanah tertentu yang sudah jelas dan tegas pengaturannya, maka bagi para penegak hukum yang berparadigma positivisme tentu hal ini menjadi celah untuk mengesampingkan keberadaan hak ulayat.¹⁵

¹³ Maria S.W. Sumardjono, *Kebijakan Pertanahan Antara Regulasi dan Implementasi*, Jakarta : Buku Kompas, 2009, h. 57.

¹⁴ Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanannya*, Jakarta : Djambatan, 2005, h. 189.

¹⁵ Bernhard Limbong, *Politik Pertanahan*, Jakarta : Margaretha Pustaka, 2014, h. 155.

Selain dalam UUPA, pengakuan mengenai keberadaan masyarakat hukum adat juga diatur dalam berbagai undang-undang. Sebut saja misalnya dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (UU HAM). Bahkan ketentuan Pasal 6 ayat (2) UU tersebut ada kemiripan dengan ketentuan Pasal 28 I ayat (3) UUD 1945. Terdapat dugaan ketentuan Pasal 6 ayat (2) dalam UU HAM diadopsi pada saat amandemen UUD 1945. Mengingat UU HAM lahir lebih dahulu dari amandemen UUD 1945 yang menambahkan Pasal 28 I ayat (3).¹⁶ Berikutnya pengakuan tersebut terdapat dalam Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan, Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Pengelolaan dan Perlindungan Lingkungan Hidup, Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa dan lain sebagainya. Termasuk pula berbagai peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang.

Mahkamah konstitusi yang oleh Arief Hidayat disebut berkedudukan sebagai pengawal konstitusi (*the guardian of constitution*) dan juga pengawal dari Pancasila sebagai ideologi Negara (*the guardian of ideology*),¹⁷ memberikan kriteria pengakuan terhadap masyarakat hukum adat dalam putusan. Kemudian putusan ini dapat menjadi dasar kriteria bagi masyarakat hukum adat yang akan menjadi pemohon dalam perkara di MK. Dalam risalah Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 31/PUU-V/2007 tentang pengujian Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2007 tentang Pembentukan Kota Tual tanggal 18 Juni 2008, yaitu :

menurut Mahkamah suatu kesatuan masyarakat hukum adat dapat dikatakan secara de facto masih hidup (actual existence) baik yang bersifat teritorial, genealogis, maupun yang bersifat fungsional, setidaknya memenuhi unsur-unsur sebagai berikut : (i) adanya masyarakat yang yang warganya memiliki perasaan kelompok (in group feeling), (ii) adanya pranata pemerintahan adat; (iii) adanya harta kekayaan dan/ atau bendabenda adat; dan (iv) adanya perangkat norma hukum adat. Khusus pada kesatuan masyarakat hukum adat yang bersifat teritorial juga terdapat unsur (v) adanya wilayah tertentu.¹⁸

Disamping itu, terdapat pula putusan-putusan perkara *judicial review* di Mahkamah Konstitusi yang nampaknya berpihak kepada eksistensi masyarakat hukum adat. Diantaranya adalah Putusan MK Nomor 3/PUU-VIII/2010 tertanggal

¹⁶ Kurnia Warman, "Peta Perundang-undangan tentang Pengakuan Hak Masyarakat Hukum Adat", https://procurement-notices.undp.org/view_file.cfm?doc_id=39284, h. 4. diakses tanggal 4 Februari 2020.

¹⁷ Arief Hidayat, "Negara Hukum Berwatak Pancasila", *Materi Seminar Yang Disampaikan Dalam Rangka Pekan Fakultas Hukum 2017 Universitas Atmajaya Yogyakarta*, bertempat di Gedung Bonaventura Universitas Atmajaya Yogyakarta, pada tanggal 9 September 2017, h.10.

¹⁸ Risalah Sidang Perkara Nomor 31/PUU-V/2007, https://mkri.id/public/content/persidangan/risalah/risalah_sidang_Perkara%2031%20%20PUU%20V%20-2007%2018%20Juni%202008.pdf, diakses tanggal 4 Februari 2020.

16 Juni 2011 mengenai pengujian Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2009 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil,¹⁹ kemudian Putusan Mahkamah Konstitusi tentang pengujian Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan, yaitu Putusan Nomor 34/PUU-IX/2011 dan Putusan Nomor 35/PUU-X/2012.

Berdasarkan beberapa putusan Mahkamah Konstitusi yang cukup progresif tersebut yang berpihak pada eksistensi masyarakat hukum adat berdasarkan konstitusi, maka ke depan sangat dibutuhkan perlindungan hukum yang juga progresif dari pemerintah dan penegak hukum lainnya. Maka dari itu, ke depan sangat diperlukan pembaharuan terhadap pola pikir dan sistem hukum nasional, yang secara historis hanya berkuat pada pola pikir dan sistem hukum yang legal positivistik. Pembaharuan tersebut perlu dilakukan mengingat, realitas dan kebutuhan masyarakat akan terwujudnya keadilan, kesejahteraan dan kebahagiaan, sangat sulit terwujud dengan paradigma positivisme yang hanya mengedepankan dari aspek kepastian hukum saja. Oleh karena itu, pembaharuan tersebut perlu diarahkan untuk menyandingkannya dengan pendekatan sosiologis.²⁰ Dengan menyeimbangkan dengan pendekatan sosiologis, maka dalam konteks ini, akan dapat dipahami adanya suatu realitas kehidupan dari masyarakat hukum adat dan hak-hak tradisionalnya.

Paling tidak realitas yang dapat dipahami kemudian adalah, bahwa masyarakat hukum adat membutuhkan jaminan atas eksistensi dirinya beserta hak-hak tradisionalnya untuk menjamin keberlangsungan kehidupan dan tercakup pula kehidupan sosial budayanya. Jaminan tersebut diharapkan adalah dalam rangka mendapatkan kesejahteraan sekaligus menjaga kelangsungan berkehidupan berdasarkan tradisi yang telah diwariskan secara turun temurun. Dengan kata lain, berdasarkan pandangan dari Satjipto Rahardjo, hendaknya hukum yang diselenggarakan oleh negara, seharusnya dapat memberikan kebahagiaan bagi rakyatnya. Inilah yang kemudian disebut sebagai penyelenggaraan hukum yang progresif.²¹

Apabila kembali mengacu kepada ketentuan Pasal 18B ayat (2) UUD 1945, nampaknya pengakuan yang diberikan terhadap eksistensi masyarakat hukum

¹⁹ Putusan Mahkamah Konstitusi Perkara Nomor 3/PUU-VIII/2010 [https://www.bphn.go.id/data/documents/putusan_3-puu-viii-2010_\(pengelolaan_pesisir_pulau-pulau_kec\).pdf](https://www.bphn.go.id/data/documents/putusan_3-puu-viii-2010_(pengelolaan_pesisir_pulau-pulau_kec).pdf), diakses 5 Februari 2020.

²⁰ Yusriyadi, "Paradigma Sosiologis dan Implikasinya Terhadap Pengembangan Ilmu Hukum dan Penegakan Hukum di Indonesia", *Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Dalam bidang Sosiologi Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro*, Tanggal 18 Februari 2006, h. 39.

²¹ Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*, Jakarta : Kompas, 2010, h. 39.

adat adalah pengakuan yang bersyarat. Dalam ketentuan tersebut terdapat paling tidak 4 (empat) syarat yang harus dipenuhi agar mendapatkan pengakuan yaitu : sepanjang masih hidup, sesuai dengan perkembangan masyarakat, sesuai dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia dan diatur dalam undang-undang.

Seharusnya pengakuan bersyarat semacam itu, hendaknya dihindari dengan kembali kepada mengacu kepada tujuan dari Negara Indonesia yang tertuang dalam alinea keempat pembukaan UUD 1945. Oleh karenanya, dalam memberikan pengakuan terhadap eksistensi masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya harus berkoherensi dengan tujuan Negara. Inilah yang diharapkan terealisasi dalam penyelenggaraan Negara Hukum Pancasila. Dengan memperhatikan empat prinsip cita hukum (*rechtsidee*) yang disampaikan oleh Arief Hidayat, yaitu:²²

- a. menjaga integrasi bangsa dan Negara baik secara ideologis maupun territorial.
- b. mewujudkan kedaulatan rakyat (demokrasi) dan Negara hukum (nomokrasi) sekaligus, sebagai satu kesatuan yang tidak terpisahkan.
- c. mewujudkan kesejahteraan umum dan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.
- d. menciptakan toleransi atas dasar kemanusiaan dan berkeadaban dalam hidup beragama.

Tentu saja hal ini perlu untuk dipertimbangkan, dengan pertimbangan bahwa, Negara hukum Indonesia adalah negara hukum Pancasila.

Adapun yang dimaksud dengan Negara hukum Pancasila adalah Indonesia sebagai negara hukum membangun sistem hukumnya dengan bersumber pada Pancasila. B. Arief Sidharta, menjelaskan sistem hukum nasional dibangun dengan menempatkan Cita Hukum Pancasila sebagai sumbernya dan ditunjang dengan asas-asas hukum nasional yang mengoperasionalkannya. Asas-asas hukum nasional antara lain asas-asas hukum yang berlaku universal, asas-asas yang didistilasi dari hukum adat, asas-asas yang diderivasi langsung dari Pancasila dan asas-asas hukum teknis yang bersifat sektoral.²³

Dengan demikian, Indonesia sebagai Negara Hukum Pancasila tidak dapat mengabaikan begitu saja hukum adat dan asas-asas yang terkandung di dalamnya. Dalam rangka pembaharuan hukum nasional, khususnya mengenai pengakuan

²² Arief Hidayat, 2017, *Op.Cit.*, h. 6.

²³ Sidharta, *Hukum Penalaran dan Penalaran Hukum*, Yogyakarta : Genta Publishing, 2013, h. 247-248.

dan perlindungan terhadap masyarakat hukum adat dan hak-hak tradisionalnya, Pancasila dan hukum adat beserta asas-asasnya harus menjadi ide dasar dan sumber materilnya. Sekaligus perlu kembali untuk dinyatakan bahwa hukum adat pula menjadi suatu kesadaran hukum bagi masyarakat hukum adat itu sendiri.

C. Pemikiran Hukum Progresif untuk Perlindungan dan Kesejahteraan Masyarakat Hukum Adat

Masyarakat hukum adat mempunyai hak sebagai bagian dari bangsa Indonesia untuk turut serta mendapatkan kesejahteraannya. Mewujudkan kesejahteraan bangsanya adalah salah satu yang menjadi tujuan bagi suatu negara merdeka. Indonesia pun juga mempunyai tujuan untuk mewujudkan kesejahteraan dan kemakmuran bagi rakyatnya. Hal tersebut telah tertuang dengan tegas dan jelas dalam pembukaan UUD 1945 pada alinea keempat.

Di samping itu, dalam penguasaan sumber-sumber kekayaan oleh negara pun juga dimaksudkan untuk mewujudkan kemakmuran rakyat. Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 menyebutkan bahwa “bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat”. Dengan demikian, tidak ada alasan kemudian bagi negara untuk tidak mewujudkan amanat dari konstitusi tersebut.

Sejahtera dalam hal ini adalah sejahtera dalam arti merdeka untuk memanfaatkan dan mengambil manfaat atas tanah adat sebagai *lebensraum*, berikut sumber daya yang ada di atasnya, sejahtera pula dalam menjalankan kehidupan sosial-religius, sejahtera dalam aspek pendidikan dan kesehatan, program-program sosial pemerintah termasuk pula sejahtera dalam aspek ekonomi. Dengan diakui dan dilindungi eksistensinya, maka masyarakat hukum adat secara internal akan dapat memaksimalkan pemanfaatan tanah-tanah adatnya beserta sumber daya alam yang melekat di atasnya untuk menunjang kehidupan perekonomiannya. Kemudian secara eksternal dapat bergaul dan diakui kedudukannya sebagai bangsa dalam mengakses berbagai peluang untuk meningkatkan kesejahteraannya.

Isu mengenai hak masyarakat hukum adat atas sumber daya mineral dan sumber daya alam, sesungguhnya adalah isu mengenai keadilan. Keadilan dalam rangka mendapatkan pengakuan dan perlindungan atas haknya untuk mengelola dan/atau menikmati manfaat sumber daya tersebut yang ada di wilayah adatnya.²⁴

²⁴ Marthen B. Salinding, “Prinsip Hukum Pertambangan Mineral dan Batubara yang Berpihak Kepada Masyarakat Hukum Adat”, *Jurnal Konstitusi*, Volume 16, Nomor 1, Maret 2019, h. 159.

Isu keadilan tersebut sangat penting bagi masyarakat hukum adat, mengingat salah satu lingkup kesejahteraan yang dapat dipenuhi dengan hal tersebut adalah peningkatan kesejahteraan ekonomi atau taraf kehidupannya.

Kesejahteraan yang bersifat ideal seperti yang diuraikan di atas, nampaknya sejauh ini masih absen untuk dapat dirasakan kehadirannya oleh masyarakat hukum adat. Sehubungan dengan arah kebijakan pembangunan nasional yang cenderung memberikan peluang bagi pihak non masyarakat hukum adat, untuk mendapatkan segala akses yang memungkinkan terwujudnya kemakmuran pihak-pihak tertentu saja. Nurjaya dalam keterangannya ketika menjadi ahli di Mahkamah Konstitusi menjelaskan bahwa dalam hal ini Negara cenderung menerapkan *political of ignores*, yang mengabaikan hak-hak masyarakat hukum adat atas akses dan hubungan pemanfaatan sumber daya alam. Hal tersebut dapat terjadi karena orientasi pembangunan nasional yang cenderung menjadikan sumber daya alam sebagai modal pembangunan dan bertujuan untuk mencapai target pertumbuhan ekonomi tertentu. Implikasinya hanya menitikberatkan pada *use oriented* atas sumber daya alam itu. Kemudian eksekusinya adalah adanya keberpihakan atau dominasi pelaku usaha yang dominan pihak pemodal besar.²⁵

Guna menuntaskan isu-isu mengenai keadilan tersebut di atas, sudah selayaknya untuk mengembalikan kembali ruh dari adanya hukum dalam kehidupan suatu bangsa. Ruh dari hukum tidak lain adalah untuk mewujudkan apa yang manusia pahami sebagai keadilan. Namun, keadilan yang dimaksudkan disini adalah bukanlah keadilan yang tercipta dari adanya prosedural-prosedural hukum dalam lingkup kajian positivisme hukum. Dimana dalam prakteknya banyak dicemari oleh kepentingan-kepentingan atau bahkan manipulasi politik dan tujuan tertentu, berseberangan dengan cita-cita bangsa. Maka dari itu, apa yang disampaikan oleh Satjipto Rahardjo mengenai tujuan hukum adalah untuk mencapai keadilan, kesejahteraan dan kebahagiaan umat manusia, sangat penting untuk direnungkan kembali dan kemudian diserap dalam praktek ber hukum.

Untuk mewujudkannya, sudah sepatutnya untuk mewujudkan perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat melalui langkah-langkah yang progresif. Jauh meninggalkan hukum-hukum positif yang dianggap bertentangan dengan nilai-nilai keadilan dan upaya mewujudkan kesejahteraan sebagai amanat Pancasila dan konstitusi Negara. Mahfud MD, berpandangan bahwa hukum progresif akan

²⁵ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 3/PUU-VIII/2010 tertanggal 16 Juni 2011 mengenai Pengujian Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2009 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil, h. 89.

keluar dari hukum positif (undang-undang) jika undang-undang tersebut menjauh atau bahkan tidak memberi rasa keadilan. Dengan kata lain disebutkan bahwa dalam perspektif hukum progresif, hukum yang benar itu tidak hanya semata-mata berpatokan pada bunyi undang-undang, akan tetapi berpatokan pada denyut kehidupan masyarakat.²⁶ Jika pada kenyataannya bunyi undang-undang tersebut tidak berkorespondensi dengan kebutuhan dan realitas kehidupan masyarakat dalam ruang empiriknya, maka disanalah dibutuhkan terobosan hukum yang sesuai dengan apa yang menjadi denyut kehidupan masyarakat agar tercipta suatu keadilan.

Merujuk pada apa yang disampaikan pakar di atas, maka sejatinya denyut kehidupan masyarakat hukum adat menghendaki adanya jaminan atas keberadaannya dan hak-haknya yang telah mereka miliki secara turun menurun. Jaminan tersebut menjadi suatu realitas kebutuhan yang diharapkan terealisasi melalui berbagai kebijakan pemerintah atau pun melalui proses penegakan hukum. Dalam hal inilah pemerintah dan aparat penegak hukum diharapkan berani berkreasi dalam menetapkan suatu kebijakan maupun keputusan yang berbasis pada Pancasila dan konstitusi. Guna mewujudkan rasa keadilan bagi masyarakat hukum adat.

Ketika Negara mampu untuk memberikan perlindungan bagi seluruh rakyatnya tanpa terkecuali. Maka dalam konteks inilah apa yang dimaksud dengan ideal dari suatu hukum. Oleh Ronald Z. Titahelu, perlindungan tersebut diidentikkan dengan memberikan “rasa aman, rasa nyaman, dapat memanfaatkan apa yang ada disekitar bangsa Indonesia sendiri”.²⁷ Apa yang selama ini terjadi, bercermin pada beberapa kasus atau sengketa yang melibatkan masyarakat hukum adat sebagai pihak yang cenderung terprovokasi dan termarginalkan, maka sesungguhnya Negara belum hadir untuk memberikan perlindungan pada rakyat sang pemilik kedaulatan yang sesungguhnya. Dikarenakan masyarakat hukum adat belum mampu menikmati manfaat dari sumber daya yang seharusnya menjadi hak mereka, bahkan rasa aman dan nyaman pun belum dirasakan. Maka, dalam konsep hukum progresif, perlindungan bagi rakyat adalah hal yang penting untuk diwujudkan. Sebagaimana tujuan bernegara untuk melindungi segenap bangsa Indonesia dan segenap tumpah darah Indonesia. Masyarakat hukum adat yang telah ada jauh sebelum

²⁶ Mahfud MD, “Inilah Hukum Progresif Indonesia”, dalam *Dekonstruksi dan Gerakan Pemikiran Hukum Progresif*, kerjasama Thafa Media Yogyakarta dengan Konsorsium Hukum Progresif Universitas Diponegoro Semarang, 2013, h. 6.

²⁷ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 3/PUU-VIII/2010 tertanggal 16 Juni 2011 mengenai Pengujian Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2009 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil, h. 70.

kemerdekaan, berhak atas perlindungan tersebut dan Negara melalui hukum sebagai sarannya wajib untuk mewujudkannya.

Hukum sebagai sarana untuk mewujudkan apa yang menjadi tujuan Negara. Karenanya Negara perlu untuk segera menghentikan status *quo* dalam pengakuan dan perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat, dengan melakukan terobosan-terobosan kebijakan dan hukum yang progresif. Tentu saja dengan melakukan terobosan-terobosan yang pro kepada rakyat terlebih kepada masyarakat hukum adat, akan menyegerakan terwujudnya kesejahteraan dan kebahagiaan bagi rakyat. Langkah progresif yang penting dilakukan oleh Negara adalah misalnya dengan mencatatkan dan mengumumkan dalam berita Negara mengenai konstitusi dari masyarakat hukum adat. Dengan langkah tersebut Negara mengakui secara tegas dan resmi eksistensi masyarakat hukum adat berikut hak dan kewajibannya sebagai *legal entity*.

Hal tersebut mengacu pada gagasan konstitusi sosial dari Jimly Asshiddiqie, yang terinspirasi dari Konstitusi Cherokee di Amerika Serikat. Konstitusi Cherokee tersebut dibuat oleh salah satu masyarakat adat suku Indian, yang menyebut dirinya *Cherokee Nation*.²⁸ Dalam konstitusi tersebut memberikan penegasan mengenai kedaulatan atau otonomi masyarakat Cherokee sebagai bangsa. Lebih lanjut disampaikan, bahwa konstitusi yang dimaksudkan tersebut merupakan kehendak kolektif yang dirumuskan sendiri oleh masyarakat hukum adat dengan menuangkannya dalam suatu naskah. Konstitusi tersebut dapat juga dipahami sebagai dokumen kontrak social yang isinya adalah mengenai cita-cita hidup bersama dan nilai-nilai yang disepakati untuk dijadikan pegangan kolektif dalam menyelenggarakan pemerintahannya dalam rangka meningkatkan kualitas hidup bersama masyarakat.²⁹

Pada kesempatan yang berbeda, Jimly Asshiddiqie menegaskan bahwa status masyarakat hukum adat harus diperkuat sebagai badan hukum melalui konstitusi sosial masyarakat hukum adat tersebut. Sehingga dia menguasai tanah di wilayah adatnya secara kolektif selaku badan hukum. Selanjutnya pemanfaatannya oleh pihak lain seperti investor, maka harus negosiasi dengan masyarakat hukum adat selaku badan hukum itu. Hal tersebut perlu dilakukan sebagai bentuk pengakuan (*recognition*) terhadap masyarakat hukum adat yang mempunyai tanah. Dalam

²⁸ Jimly Asshiddiqie, *Gagasan Konstitusi Sosial Institusionalisasi dan Konstitusionalisasi Kehidupan Sosial Masyarakat Madani*, Jakarta : LP3ES, 2015, h. 304.

²⁹ *Ibid.*, h. 377.

praktik di Indonesia, investasi yang ada di wilayah masyarakat hukum adat, para pengusaha berlindung di balik izin yang dikeluarkan oleh pemerintah dan pemerintah lebih berpihak kepada pengusaha. *Right to self determination* seperti ini, bukanlah bermaksud untuk dimaknai sebagai kebebasan untuk menentukan nasib sendiri dari masyarakat hukum adat yang bertentangan dengan bingkai NKRI, Pancasila dan Konstitusi. Melainkan hanya bermaksud untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat hukum adat berbasis pada pembinaan dan pemberdayaan menuju masyarakat hukum adat sejahtera.³⁰

Dalam implementasinya, langkah progresif di atas dapat diwujudkan melalui pencatatan dan pengumuman melalui berita Negara, terhadap konstitusi masyarakat hukum adat. Seperti misalnya *Awig-Awig* di Bali, naskah-naskah yang serupa di Nagari Sumatera Barat, dan di daerah lainnya ini sesungguhnya dapat dikategorikan sebagai konsitusinya masyarakat hukum adat yang dapat dicatatkan dan diumumkan dalam Berita Negara dalam konsep gagasan konstitusi sosial di atas. Dengan demikian, pengakuan dan perlindungan hukum sangat bersifat kontekstual sesuai dengan denyut kebutuhan dan kehidupan masyarakat hukum adat masing-masing.

Langkah progresif seperti ini sesungguhnya berpayung pada paradigma legal konstruktivisme. Dikarenakan hukum dimaknai sebagai relativisme : realitas yang majemuk, aktif dikonstruksi oleh masyarakat hukum adat itu sendiri berdasarkan pengalaman sosial-individual dan bersifat lokal dan spesifik kemudian dituangkan dalam suatu konsensus. Erllyn Indarti menegaskan dalam pandangannya bahwa “hukum disini dianggap plural dan plastik. Dikatakan plural karena diekspresikan ke dalam begitu banyak dan beragam simbol, bahasa dan wacana. Kemudian dikatakan plastik karena mempunyai sifat dan ciri yang dapat direntangkan dan dibentuk sesuai dengan kebutuhan manusia”.³¹

Dalam hal ini penting untuk dipahami kembali bahwa dengan adanya gagasan di atas, tidak berarti kemudian pencatatan dan pengumuman dalam berita Negara tersebut merupakan suatu pengesahan sebagai syarat untuk menjadi suatu badan hukum. Akan tetapi adalah bentuk pengakuan resmi yang dilakukan oleh Negara terhadap keberadaan masyarakat hukum adat sebagai badan hukum. Mengingat

³⁰ Jimly Asshiddiqie, “Konstitusi Sosial dan eksistensi masyarakat adat beserta hak-hak tradisionalnya”, Simposium Masyarakat II Gerakan Masyarakat Adat dan Pembaharuan Hukum, Peringatan 3 Tahun Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 35/PUU-I/2012, diselenggarakan pada FH Universitas Pancasila, tanggal 16-17 Mei 2016. <https://www.youtube.com/watch?v=8LyDuOwukBc>, diakses 6 Februari 2020.

³¹ Erllyn Indarti, “*Legal Constructivism* : Paradigma Baru Pendidikan Hukum Dalam Rangka Membangun Masyarakat Madani”, *Jurnal Masalah-Masalah Hukum*, Volume XXX, Nomor 3, Juli-September 2001, h. 151.

konstitusi atau sebutan lain di masing-masing masyarakat hukum adat telah mendapatkan pengesahan melalui mekanisme yang telah ditetapkan dalam lingkup masyarakat hukum adat.

Dengan demikian, tidak pula dapat dimaknai bahwa masyarakat hukum adat yang diakui melalui konsep di atas, tercerabut dari landasan kehidupan lokalnya berdasarkan hukum adat. Akan tetapi hal ini dimaksudkan untuk menegaskan kembali keberadaan masyarakat hukum adat yang sesungguhnya adalah sejak lama telah masuk dalam kategori sebagai badan hukum, juga secara otomatis sebagai subjek hukum dan sekaligus mempunyai hak untuk mendapatkan hak-hak tradisional yang dimiliki.

Pengakuan dan perlindungan terhadap masyarakat hukum adat adalah amanat dari konstitusi yang wajib untuk diwujudkan. Mewujudkan hal tersebut wajib pula dilakukan secara berkeadilan terhadap seluruh elemen bangsa Indonesia. Kesejahteraan dan kemakmuran juga berhak untuk dinikmati oleh masyarakat hukum adat. Seperti yang telah dijelaskan di atas, bahwa kesejahteraan masyarakat hukum adat dapat saja terwujud melalui pengakuan dan perlindungan hak atas tanah adat (ulayat)-nya. Sukirno menjelaskan bahwa tanah adat bagi masyarakat hukum adat setidaknya mempunyai lima makna, yaitu religio-magis, eksistensi diri, kohesi sosial, akar kultural dan aset ekonomi.³²

Apa yang disampaikan oleh Sukirno adalah wujud ideal kesejahteraan yang diharapkan oleh masyarakat hukum adat. Dengan demikian, kesejahteraan masyarakat hukum adat tidak dapat hanya diukur dari aspek ekonomi saja. Bagi masyarakat hukum adat, dapat menjaga eksistensi diri, menjaga *lebensraum* mereka, menjaga eksistensi karakter komunalistik-religius juga merupakan suatu kesejahteraan bahkan kebahagiaan bagi mereka. Dengan terjaganya *lebensraum*nya, maka sesungguhnya terjadi suatu relasi kausal dalam mewujudkan kesejahteraan dalam mengakses sumber-sumber kehidupannya.

Kemiskinan yang terjadi pada masyarakat hukum adat dalam kasus Hak Masyarakat Adat Talonang yang terus dirampas di atas, merupakan salah satu potret bagaimana kesejahteraan masyarakat hukum adat diabaikan. Kemiskinan yang terjadi sesungguhnya bukanlah suatu kondisi, melainkan suatu akibat dari kebijakan hukum yang dikeluarkan negara. Kebijakan tersebut kemudian memarjinalkan keberadaan dan hak-hak masyarakat hukum adat dalam kehidupan berbangsa dan bernegara.

³² Sukirno, *Politik Hukum Pengakuan Hak Ulayat*, Jakarta : Prenadamedia Group, 2018, h.2.

Dengan demikian, oleh Moh. Shohibuddin secara historis pembentukan kemiskinan terhadap masyarakat hukum adat bermula, ketika adanya dominasi negara dalam relasi-relasi agraria telah mencerabut hak-hak masyarakat lokal (adat) atas tanah dan sumberdaya alam lainnya disatu sisi dan di sisi lainnya terakumulasinya penguasaan sumber-sumber agraria itu pada badan-badan usaha yang mempunyai kekuatan modal besar.³³ Kondisi demikian senyatanya akan menimbulkan dampak negatif terhadap relasi negara dengan rakyatnya. Oleh karena itu, negara perlu mengambil peran untuk memperbaiki relasi negatif yang terjadi tersebut agar sesuai dengan falsafah bangsa dan konstitusi.

Strategi penting yang perlu dilakukan adalah dengan mewujudkan fungsi dan peran negara dalam turut serta mewujudkan kesejahteraan rakyat berdasarkan hukum yang dilandaskan pada Pancasila dan UUD 1945 sebagaimana yang disebutkan oleh Arief Hidayat diatas sebagai empat prinsip cita hukum (*rechtsidee*) Indonesia (Pancasila). Satjipto Rahardjo mengemukakan mengenai asumsi dasar dari hubungan hukum dengan manusia, yaitu hukum adalah untuk manusia. Dalam hal ini penting untuk dimaknai bahwa hukum harus mengabdikan kepada kepentingan manusia. Sehingga, hukum harus terus berproses untuk menjadi (*law as a process, law in the making*) dan mendapatkan tingkat kesempurnaannya. Kesempurnaan hukum dapat diverifikasi melalui keadilan, kesejahteraan, kepedulian kepada rakyat dan lainnya.³⁴

Sehingga ketika terjadi berbagai permasalahan mengenai perlindungan hukum masyarakat hukum adat, tidak seharusnya kemudian masyarakat hukum adat yang dipaksa masuk ke dalam sistem yang dibentuk oleh hukum. Seharusnya hukumlah yang perlu disesuaikan dan diperbaiki untuk menyelesaikan permasalahan tersebut. Dengan demikian, dalam hal hukum untuk manusia, adalah bertujuan mengantarkan dan mengabdikan bagi kepentingan umat manusia termasuk pula, kepentingan untuk mendapatkan kesejahteraannya.

Dalam konteks sistem hukum yang berdasarkan Pancasila, maka dalam proses dan pembuatannya tidak dapat mengesampingkan berbagai sub sistem hukum yang ada dan berlaku di Indonesia, sebagai cerminan kemajemukan bangsa. Hal ini nampaknya juga sering diabaikan terkait keberadaan masyarakat hukum adat, seperti yang disampaikan oleh Nurjaya. Olehnya disampaikan bahwa “ada

³³ Aliansi Masyarakat Adat Nusantara, ICCO, 2010, *Memahami Dimensi-Dimensi Kemiskinan Masyarakat Adat*, hlm. IX. http://www.aman.or.id/wp-content/uploads/2019/06/Shohibuddin-2010-Memahami_Dimensi-dimensi_Kemiskinan.pdf, diakses 4 Februari 2020.

³⁴ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Yogyakarta : Genta Publishing, 2009, h. 5-6.

kecenderungan pengabaian hak dan akses masyarakat adat dan juga kemajemukan hukum di Indonesia, sebagai fakta kehidupan hukum, di satu sisi ada hukum negara, di sisi lain ada hukum adat, di sisi lain lagi ada hukum agama yang mencerminkan *legal pluralism*".³⁵ Padahal bagi masyarakat hukum adat, nilai-nilai yang terkandung dalam hukum adat dapat menjadi sarana untuk mewujudkan kesejahteraan dan keadilan. Bahkan dalam pemanfaatan alam, hukum adat telah mengatur berbagai ketentuan mengenai pemanfaatan yang tetap memperhatikan kelestarian ekosistem lingkungannya. Ini sesungguhnya adalah cerminan dari nilai-nilai yang tercantum dalam Pancasila.

Indonesia sebagai negara hukum, tidak hanya berfungsi dan berperan untuk mewujudkan kepastian hukum dan keadilan, akan tetapi hukum juga menjadi instrumen negara dalam mewujudkan dan menjamin kesejahteraan³⁶ (*religious welfare state*). Arief Hidayat dengan konsep *religious welfare state* berpandangan bahwa "garis takdir sekaligus komitmen bangsa Indonesia ialah bahwa siapapun pemerintah yang berkuasa, berkewajiban menyelenggarakan kehidupan publik-politik yang adil dan sejahtera berlandaskan nilai-nilai Ketuhanan".³⁷ Kalimat memajukan kesejahteraan umum, ketentuan Pasal 33 ayat (3), ketentuan Pasal 34 UUD 1945 adalah ciri Indonesia juga menganut konsep negara kesejahteraan. Tentu saja dalam rangka mewujudkan kesejahteraan tersebut didasarkan pada Nilai-nilai Ketuhanan. Namun, dalam konteks ini maka Indonesia dalam mewujudkan kesejahteraan rakyatnya, tetap harus berdasarkan hukum yang berlaku. Hal ini menjadikan Indonesia sebagai Negara Pancasila. B. Arief Sidharta menyebutkan bahwa "Negara Pancasila yang dicita-citakan adalah negara hukum yang berdasarkan asas kerakyatan bertujuan untuk mewujudkan kesejahteraan berkeadilan (keadilan sosial) bagi seluruh rakyat Indonesia serta perdamaian dunia".³⁸

Maka berdasarkan penjelasan di atas, dengan konsep hukum progresif di atas negara melalui hukum mempunyai tugas dan peran dalam mewujudkan kesejahteraan. Termasuk pula dalam konteks ini, kesejahteraan dari masyarakat hukum adat sebagai bagian dari bangsa Indonesia. Hukum dalam hal ini berfungsi

³⁵ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 3/PUU-VIII/2010 tertanggal 16 Juni 2011 mengenai Pengujian Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2009 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil, Op. Cit., h. 89.

³⁶ Norbertus Jegalus, *Hukum Kata Kerja Diskursus Filsafat tentang Hukum Progresif*, Jakarta : Obor, 2011, h. 18.

³⁷ Arief Hidayat, "Perlindungan Hak Sosial Ekonomi Dalam Konstitusi Berketuhanan", *Makalah Disampaikan dalam International Short Course "Mahkamah Konstitusi dan Perlindungan Hak Sosial Ekonomi"* yang diselenggarakan oleh Mahkamah Konstitusi RI, bertempat di Nusa Dua-Bali, 6-7 November 2019, h. 3.

³⁸ Bernard Arief Sidharta, 2009, *Op.Cit.*, h. 49.

sebagai instrumen untuk mewujudkan hal tersebut. Pada kesempatannya, pengakuan dan perlindungan terhadap eksistensi masyarakat hukum adat dan hak-hak atas tanah adat dapat mewujudkan kesejahteraan dan sekaligus kebahagiaan masyarakat hukum adat dengan pendekatan-pendekatan filosofi dan sosiologis disamping pendekatan yuridis. Dengan mengingat dan merenungkan kembali bahwa dalam kehidupan bernegara termasuk kehidupan ber hukum harus berlandaskan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila dan UUD 1945.

KESIMPULAN

Berdasarkan uraian pembahasan di atas, dapat ditarik suatu kesimpulan bahwa, kesejahteraan bagi masyarakat hukum adat dapat diwujudkan dengan mengedepankan pengakuan dan perlindungan hukum. Secara empirik hukum adat dan hukum agama sebagai pranata hukum selain hukum negara dianut dan dipatuhi oleh masyarakat sekaligus sebagai kesadaran hukum masyarakat hukum adat dan berfungsi pula sebagai sumber dalam pembentukan hukum nasional. Selama ini yang terjadi, justru kemiskinan yang terjadi pada masyarakat hukum adat adalah konsekuensi dari hukum Negara yang tidak berpihak pada masyarakat hukum adat. Bahkan hegemoni hukum negara yang membangun relasi dominasi negara yang cenderung berpihak kepada para pemilik modal dalam penguasaan agraria.

Strategi penting yang perlu dilakukan adalah dengan mewujudkan fungsi dan peran negara dalam turut serta mewujudkan perlindungan kesejahteraan masyarakat hukum adat berdasarkan pemikiran hukum progresif. Tentu dalam rangka mewujudkan apa yang menjadi amanat konstitusi serta berdasar pada Ideologi Negara yang sekaligus *rechtsidee* dalam perlindungan masyarakat hukum adat. Dalam hal ini konsep hukum progresif yang memosisikan hukum untuk manusia adalah cerminan dari konsep Negara Hukum Pancasila, yaitu negara hukum yang mewujudkan kesejahteraan, keadilan dan kebahagiaan masyarakat, berdasarkan Pancasila dan UUD 1945 beserta memperhatikan asas kerakyatan (hukum adat, hukum agama beserta asas-asasnya) sebagai sumbernya, dengan tujuan untuk mewujudkan kesejahteraan berkeadilan (keadilan sosial) bagi seluruh rakyat Indonesia.

DAFTAR PUSTAKA

- Arief Hidayat, 2017 “Negara Hukum Berwatak Pancasila”, *Materi Seminar Yang Disampaikan Dalam Rangka Pekan Fakultas Hukum 2017 Universitas Atmajaya Yogyakarta*, bertempat di Gedung Bonaventura Universitas Atmajaya Yogyakarta, pada tanggal 9 September.
- _____, 2019, “Perlindungan Hak Sosial Ekonomi Dalam Konstitusi BerKetuhanan”, *Makalah Disampaikan dalam International Short Course “Mahkamah Konstitusi dan Perlindungan Hak Sosial Ekonomi”* yang diselenggarakan oleh Mahkamah Konstitusi RI, bertempat di Nusa Dua-Bali, 6-7 November.
- Aliansi Masyarakat Adat Nusantara, ICCO, 2010, *Memahami Dimensi-Dimensi Kemiskinan Masyarakat Adat*, hlm. IX. http://www.aman.or.id/wp-content/uploads/2019/06/Shohibuddin-2010-Memahami_Dimensi-dimensi_Kemiskinan.pdf , diakses 4 Februari 2020.
- Barda Nawawi Arief, 2012, *Pembangunan Sistem Hukum Nasional (Indonesia)*, Semarang : Pustaka Magister.
- Bernard Arief Sidharta, 2009, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum, Sebuah Penelitian Tentang Fundasi Kefilsafatan dan Sifat Keilmuan Ilmu Hukum Sebagai Landasan Pengembangan Ilmu Hukum Nasional Indonesia*, Bandung: Mandar Maju, 2009.
- Bernhard Limbong, 2014, *Politik Pertanahan*, Jakarta : Margaretha Pustaka, 2014.
- Boedi Harsono, 2005, *Hukum Agraria Indonesia Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanannya*, Jakarta : Djambatan.
- Erlyn Indarti, 2001, “*Legal Constructivism : Paradigma Baru Pendidikan Hukum Dalam Rangka Membangun Masyarakat Madani*”, *Jurnal Masalah-Masalah Hukum*, Volume XXX, Nomor 3, Juli-September, h. 139-154.
- Jimly Asshidiqqie, 2015, *Gagasan Konstitusi Sosial Institusionalisasi dan Konstittusionalisasi Kehidupan Sosial Masyarakat Madani*, Jakarta : LP3ES.
- _____, 2020, *Ideologi, Pancasila dan Konstitusi*, <http://jdih.ristekdikti.go.id/v0/?q=system/files/perundangan/1927202140.pdf>, diakses tanggal 3 Februari.

- _____, 2020, “Konstitusi Sosial dan eksistensi masyarakat adat beserta hak-hak tradisionalnya”, Simposium Masyarakat II Gerakan Masyarakat Adat dan Pembaharuan Hukum, Peringatan 3 Tahun Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 35/PUU-I/2012, diselenggarakan pada FH Universitas Pancasila, tanggal 16-17 Mei 2016. <https://www.youtube.com/watch?v=8LyDuOwukBc>, diakses 6 Februari.
- Komisi Nasional Hak Asasi Manusia Republik Indonesia, 2016, *Konflik Agraria Masyarakat Hukum Adat Atas Wilayahnya di Kawasan Hutan*, Jakarta : KOMNAS HAM RI.
- Kurnia Warman, 2020, “Peta Perundang-undangan tentang Pengakuan Hak Masyarakat Hukum Adat”, https://procurement-notice.undp.org/view_file.cfm?doc_id=39284, h. 4. diakses tanggal 4 Februari.
- Lembaga Bantuan Hukum Bandung, “Eksekusi Tanah Adat Menyebabkan Hilangnya Identitas Adat, Hak Beribadah, Menjalankan Agama dan Kepercayaan Masyarakat Adat Karuhun Sunda Wiwitan Kabupaten Kuningan”, <https://www.lbhbandung.or.id/eksekusi-tanah-adat-menyebabkan-hilangnya-identitas-adat-hak-beribadah-menjalankan-agama-dan-kepercayaan-masyarakat-adat-karuhun-sunda-wiwitan-kabupaten-kuningan/>, diakses tanggal 3 Februari 2020.
- Luthfi Widagdo Eddyono, 2019, “Quo Vadis Pancasila sebagai Norma Konstitusi yang Tidak Dapat Diubah”, *Jurnal Konstitusi*, Volume 16, Nomor 3, September 2019, h. 585-605.
- Mahfud MD, 2013, “Inilah Hukum Progresif Indonesia”, dalam *Dekonstruksi dan Gerakan Pemikiran Hukum Progresif*, kerjasama Thafa Media Yogyakarta dengan Konsorsium Hukum Progresif Universitas Diponegoro Semarang.
- Maria Farida Indrati S., *Ilmu Perundang-undangan Jenis, Fungsi dan Materi Muatan*, Yogyakarta : Kanisius, h. 59.
- Maria Rita Ruwiasuti, 2000, *Sesat Pikir Politik Hukum Agraria Membongkar Alas Penguasaan Negara Atas Tanah-Tanah Adat*, Yogyakarta : Insist Press, KPA dan Pustaka Pelajar.
- Maria S.W. Sumardjono, 2009, *Kebijakan Pertanahan Antara Regulasi dan Implementasi*, Jakarta : Buku Kompas.

- Marthen B. Salinding, 2019, "Prinsip Hukum Pertambangan Mineral dan Batubara yang Berpihak Kepada Masyarakat Hukum Adat", *Jurnal Konstitusi*, Volume 16, Nomor 1, Maret, h. 148-169.
- Kompas.Com, 2020, Nasib Masyarakat Adat Yang Terancam Investasi Hingga Kriminalisasi, <https://nasional.kompas.com/read/2019/12/10/09145461/nasib-masyarakat-adat-yang-terancam-investasi-hingga-kriminalisasi?page=all>, diakses tanggal 3 Februari.
- Norbertus Jegalus, 2011, *Hukum Kata Kerja Diskursus Filsafat tentang Hukum Progresif*, Jakarta : Obor.
- Nurhasan Ismail, 2012, "Arah Politik Hukum Pertanahan dan Perlindungan Kepemilikan Tanah Masyarakat" *Jurnal Rechtsvinding*, Volume 1, Nomor 1, Januari-April, 2012, h. 33-52.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Perkara Nomor 3/PUU-VIII/2010. 2020 [https://www.bphn.go.id/data/documents/putusan_3-puu-viii_2010_\(pengelolaan_pesisir_pulau-pulau_kec.pdf](https://www.bphn.go.id/data/documents/putusan_3-puu-viii_2010_(pengelolaan_pesisir_pulau-pulau_kec.pdf) , diakses 5 Februari.
- Risalah Sidang Perkara Nomor 31/PUU-V/2007, 2020, https://mkri.id/public/content/persidangan/risalah/risalah_sidang_Perkara%2031%20%20PUU%20V%20-2007%2018%20Juni%202008.pdf, diakses tanggal 4 Februari.
- Satjipto Rahardjo, 2009, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Yogyakarta : Genta Publishing.
- _____, 2010, *Penegakan Hukum Progresif*, Jakarta : Kompas.
- Sidharta, 2013, *Hukum Penalaran dan Penalaran Hukum*, Yogyakarta : Genta Publishing.
- Sukirno, 2018, *Politik Hukum Pengakuan Hak Ulayat*, Jakarta : Prenadamedia Group.
- Yusriyadi, 2006, "Paradigma Sosiologis dan Implikasinya Terhadap Pengembangan Ilmu Hukum dan Penegakan Hukum di Indonesia", *Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Dalam bidang Sosiologi Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro*, Tanggal 18 Februari.

**Perdebatan dan Fenomena Global
Legalisasi Pernikahan Sesama
Jenis: Studi Kasus Amerika Serikat,
Singapura, dan Indonesia**

***The Global Debate and Phenomenon of
Same Sex Marriage Legalization: Case
Studies of the United States, Singapore
and Indonesia***

Hamid Chalid dan Arief Ainul Yaqin

Fakultas Hukum Universitas Indonesia

Jl. Margonda Raya, Beji, Pondok Cina, Kota Depok, Jawa Barat 16424

E-mail: ay_one@ymail.com, hamidachalid@yahoo.com

Naskah diterima: 18-02-2020 revisi: 17-09-2020 disetujui: 22-02-2021

Abstrak

Isu mengenai pernikahan sesama jenis adalah isu internasional yang sangat kontroversial dewasa ini. Isu ini telah menggiring masyarakat dunia yang berasal dari berbagai lingkungan budaya, agama, dan negara ke dalam perdebatan yang membelah pemikiran dan sikap mereka; apakah pernikahan sesama jenis harus dilegalkan atau justru dilarang? Mengenai hal itu negara-negara di dunia berbeda sikap antara yang satu dengan yang lainnya, ada yang melegalkannya, ada yang melarang dan mengkriminalisasikannya, dan ada juga negara yang tidak memiliki hukum yang tegas dan spesifik apakah melegalkan atau melarangnya. Oleh karena terdapat pandangan yang berbeda antara satu negara dengan negara lainnya dalam menyikapi fenomena pernikahan sesama jenis maka penelitian ini akan mencari jawaban dan kesimpulan atas pertanyaan krusial berikut ini: apakah pernikahan sesama jenis merupakan hak asasi manusia yang bersifat universal sehingga semua negara harus mengakui dan melegalkannya? Hasil penelitian ini ternyata menunjukkan bahwa pernikahan sesama jenis bukanlah suatu fenomena atau hak yang dapat diterima dan diakui di semua negara, lingkungan budaya,

dan agama. Oleh karena itu pernikahan sesama jenis tidak memenuhi syarat untuk dikatakan sebagai hak asasi manusia yang bersifat universal yang mutlak harus diakui, diterima, dan dipenuhi oleh semua negara di dunia. Karenanya, kebijakan untuk melegalkan atau melarang pernikahan sesama jenis sepenuhnya merupakan pilihan politik hukum yang bersifat terbuka dan bebas dipilih oleh tiap-tiap negara berdaulat. Tidak ada kewajiban menurut hukum internasional untuk melegalkan atau melarangnya karena hal tersebut bukan merupakan standar hak asasi manusia dan standar moral yang bersifat universal yang dapat dipaksakan pengakuan dan pemenuhannya pada setiap negara.

Kata Kunci: Legalisasi, Kriminalisasi, Pernikahan Sesama Jenis, Hak Asasi Manusia, Universal.

Abstract

Same sex marriage is currently an international and controversial issue. The issues drive people from around the world, with different culture, religion, and countries into a dividing debate: is same-sex marriage needs to be legalized or banned? The debates brought some countries in different stances, some legalize, some ban and criminalize, and some without clear or specific rules in banning or legalizing it. Due to the differences found between countries, this research aims to provide answer and conclusion to this crucial question: is same-sex marriage is a universal human rights, in which countries should recognize and legalize it? The results of this study show that same-sex marriage is not a phenomenon or a right that can be accepted and recognized in all countries, cultural settings, and religions. Therefore same-sex marriage does not fulfill the requirements to be said as a universal human right which absolutely must be recognized, accepted, and fulfilled by all countries (without exceptional) in the world. Therefore, the policy to legalize or prohibit same-sex marriage is entirely an open legal policy which can be freely chosen by each sovereign state. There is no obligation under international law to legalize or prohibit that matter because it is not a universal human rights and moral standard which can be enforced recognition and fulfillment in every country.

Keyword: Legalization, Criminalization, Same-Sex Marriage, Human Rights, Universal.

PENDAHULUAN

Isu dan perdebatan mengenai legalisasi pernikahan sesama jenis (*same sex marriage*) semakin hari semakin memanas dan telah menggiring masyarakat dunia yang berasal dari berbagai lingkungan budaya, agama, dan negara ke dalam perdebatan yang membelah pemikiran dan sikap mereka; apakah pernikahan sesama jenis harus dilegalkan atau justru dilarang?

Perdebatan tersebut kemudian melahirkan paling tidak tiga kelompok negara dalam menyikapi fenomena pernikahan sesama jenis ini:¹

1. Negara-negara yang mendukung dan melegalkan pernikahan sesama jenis;²
2. Negara-negara melarang dan mengkriminalisasi pernikahan sesama jenis;³
3. Negara-negara yang masih belum memiliki hukum yang spesifik mengenai pernikahan sesama jenis – apakah melegalkan atau melarangnya melalui instrumen hukum pidana.⁴

Seperti yang telah diutarakan sebelumnya, isu pernikahan sesama jenis ini telah memperhadapkan dua kutub pemikiran yang saling bertentangan, yakni mereka yang mendukung dan menolak. Perdebatan dan pertarungan ide di antara dua kutub pemikiran itu terjadi baik intra maupun inter komunitas budaya, agama, dan negara.

Dengan kata lain, perdebatan tentang bagaimana seharusnya fenomena pernikahan sesama jenis ini disikapi, telah membelah pendapat banyak orang, baik intra maupun inter komunitas budaya, agama dan negara. Bahkan, perdebatan dan pertarungan di antara dua ide itu juga telah mengemuka di kancah internasional dan forum-forum resmi PBB (*United Nations*).⁵ Oleh sebab itu tidak ada keraguan bahwa isu pernikahan sesama jenis ini adalah isu internasional.⁶

Masing-masing dari dua kelompok itu berjuang untuk memenangkan pemikirannya atas kelompok lainnya dengan tujuan agar pemikiran dan sikapnya itulah yang diadopsi menjadi kebijakan resmi di negaranya masing-masing. Bahkan lebih dari itu, tidak jarang bahwa satu kelompok yang pro atau kontra terhadap

¹ Pengelompokan semacam ini juga dilakukan oleh berbagai lembaga yang konsens terhadap isu-isu LGBT dan Pernikahan Sesama Jenis seperti International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA). Mereka juga membagi dan mengelompokan negara-negara di dunia terkait sikap mereka terhadap isu LGBT dan Pernikahan Sesama Jenis ke dalam tiga kelompok besar, yakni: (i) negara yang melegalkan; (ii) negara yang melarang dan mengkriminalisasikannya; dan negara yang belum jelas hukumnya apakah melegalkan atau mengkriminalkan. Lihat International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA), 'Maps of sexual orientation laws (May 2017)' <<http://ilga.org/maps-sexual-orientation-laws>>.

² Sampai dengan September 2018, jumlah negara yang masuk dalam kategori ini (negara yang melegalkan Pernikahan Sesama Jenis) sudah mencapai 27 negara. Kebanyakan diantaranya adalah negara-negara eropa. Negara di luar eropa yang masuk dalam kategori ini adalah Kanada, Amerika Serikat, Meksiko, Kolombia, Uruguay, Brazil, Argentina, Afrika Selatan, Selandia Baru, dan Australia. Negara yang baru saja melegalkan pernikahan sesama jenis adalah India (6 September 2018). Lihat Pew Research Center, 'A global snapshot of same-sex marriage' <<http://www.pewresearch.org/fact-tank/2017/12/08/global-snapshot-sex-marriage/>>. Lihat juga CNN India, 'India's top court decriminalizes gay sex in landmark ruling' (6 September 2018) <<https://edition.cnn.com/2018/09/06/asia/india-gay-sex-ruling-intl/index.html>>.

³ Sampai dengan Maret 2018, jumlah negara yang masuk dalam kategori ini (negara yang melarang dan mengkriminalisasi Pernikahan Sesama Jenis) mencapai 76 negara. Kebanyakan diantaranya adalah negara-negara Asia, Afrika, dan Amerika serta negara-negara yang berpenduduk mayoritas muslim. Lihat 76crimes.com, '76 countries where homosexuality is illegal (May 2017)' <<https://76crimes.com/76-countries-where-homosexuality-is-illegal/>>.

⁴ Termasuk dalam kategori ini adalah Indonesia, dimana Indonesia tidak memiliki hukum yang spesifik tentang LGBT dan Pernikahan Sesama Jenis, apakah melegalkan atau melarangnya.

⁵ Juneau Gary and Neal S. Rubin, 'Are LGBT rights human rights? Recent developments at the United Nations' available at <<http://www.apa.org/international/pi/2012/06/un-matters.aspx>>.

⁶ Kenneth Mck. Norrie, 'Constitutional Challenges to Sexual Orientation Discrimination' (2008) 4 *International and Comparative Law Quarterly*, 778.

pernikahan sesama jenis itu berupaya untuk mempengaruhi suatu negara agar menerima dan mengadopsi pemikiran mereka.⁷

Bisa dikatakan bahwa tidak ada satu orang pun di dunia ini yang tidak memiliki tendensi atau pendapat tentang pernikahan sesama jenis, apakah ia mendukung atau menolaknya. Termasuk dalam hal ini adalah kelompok negara-negara yang belum memiliki aturan hukum yang spesifik dan tegas dalam menyikapi fenomena pernikahan sesama jenis. Di negara-negara itu pun pasti di dalamnya terdapat gejolak dan tuntutan untuk menentukan sikap yang lebih jelas, apakah akan melegalkan atau melarang pernikahan sesama jenis. Indonesia, negara di mana kami berasal dan tinggal adalah salah satunya.⁸

Meskipun disimpulkan oleh berbagai hasil studi bahwa Indonesia termasuk ke dalam kategori negara yang belum memiliki aturan hukum yang spesifik terkait pernikahan sesama jenis, namun bukan berarti tidak terdapat perdebatan dan pertarungan ide di dalamnya. Di Indonesia, perdebatan itu pun terjadi. Hal itu bisa dilihat misalnya dalam proses *judicial review* atas beberapa Pasal Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (*Code Penal*) di Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MKRI) yang menyangkut kejahatan terhadap kesusilaan yang diminta untuk diperluas rumusannya sehingga bisa digunakan untuk mengkriminalisasi pelaku pernikahan sesama jenis.⁹ Dalam proses persidangan di MKRI tersebut dapat dilihat dengan jelas adanya perdebatan dan pertarungan ide antara kelompok yang mendukung dan kelompok yang menolak legalisasi pernikahan sesama jenis.¹⁰

Untuk melengkapi penelitian ini, akan diangkat juga dinamika perdebatan dan fenomena legalisasi pernikahan sesama jenis di dua negara lain, yakni Amerika Serikat¹¹ dan Singapura.¹²

⁷ Seperti misalnya International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA) yang gencar menyebarkan dan mengadvokasi masalah-masalah yang berkaitan dengan LGBT di seluruh dunia.

⁸ Indonesia dikategorikan sebagai negara yang tidak memiliki aturan hukum yang jelas dan spesifik tentang LGBT dan Pernikahan Sesama Jenis karena memang Indonesia tidak memiliki hukum yang tegas apakah ia melegalkan atau melarang dan menyediakan sanksi pidana bagi pelaku LGBT.

⁹ Proses ini telah selesai dengan keluarnya Putusan Mahkamah Konstitusi RI yang pada intinya menolak permohonan Pemohon yang meminta MK untuk mengkriminalisasi pelaku pernikahan sesama jenis. Alasan MK menolak permohonan tersebut bukan terletak pada substansi permohonan dan tidak berarti bahwa MK mendukung apalagi melegalkan pernikahan sesama jenis di Indonesia, melainkan dikarenakan alasan keterbatasan kewenangan MK yang tidak bisa bertindak sebagai *positive legislator* yang bisa mengubah atau membuat norma hukum baru seperti yang diharapkan oleh Pemohon. Sebaliknya, MK hanya bertindak selaku *negative legislator*. See *Euis Sunarti v Government of the Republic of Indonesia* (Constitutional Court of the Republic of Indonesia, 6 December 20017).

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Studi kasus di Amerika Serikat akan mewakili kelompok negara yang sudah melegalkan pernikahan sesama jenis. Sebagai informasi, pernikahan sesama jenis menjadi legal diseluruh wilayah Amerika Serikat berkat adanya Putusan Supreme Court of the United States dalam kasus *Obergefell v Hodges* (2015). Dalam Putusan tersebut pada intinya Supreme Court of the United States menyatakan bahwa pelarangan Pernikahan Sesama Jenis yang masih berlaku di beberapa negara bagian seperti Michigan, Kentucky, Ohio, and Tennessee, bertentangan dengan Konstitusi Amerika Serikat sehingga dinyatakan tidak berlaku. See *Obergefell v Hodges* (Supreme Court of the United States, 26 June 2015).

¹² Studi kasus di Singapura merepresentasikan kelompok negara yang melarang dan mengkriminalisasi pelaku pernikahan sesama jenis. Sebagai informasi, pernikahan sesama jenis dilarang dan diancam pidana dua tahun penjara berdasarkan Pasal 377A Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Singapura. Lihat Section 377A of the Code Penal of Singapore.

Pembahasan di negara-negara tersebut diharapkan dapat memberikan sekilas gambaran tentang perdebatan dan fenomena legalisasi pernikahan sesama jenis yang sedang melanda dunia saat ini. Dari sana kita akan mendapatkan gambaran umum tentang bagaimana perdebatan dan pertarungan ide antara pandangan yang mendukung dan menolak pernikahan sesama jenis di berbagai negara.

Melalui penelitian ini juga akan diketengahkan tentang bagaimana masifnya upaya negara-negara Barat dan Lembaga-Lembaga Internasional dalam menyebarkan gagasan liberal mereka tentang legalisasi pernikahan sesama jenis di seluruh penjuru dunia.¹³ Umumnya kelompok ini menggunakan tema “hak asasi manusia” sebagai dasar argumentasinya, yakni dengan menganggap hak untuk menjalin hubungan atau pernikahan sesama jenis sebagai hak asasi manusia yang harus diakui, dihormati, bahkan dilegalkan secara formil oleh semua negara.¹⁴

Sementara itu, pada sisi yang lain, negara-negara Asia, Afrika, dan sebagian besar Amerika, termasuk negara-negara berpenduduk mayoritas Muslim juga berjuang untuk mempertahankan nilai-nilai tradisional, budaya, dan agama mereka yang umumnya tidak menghendaki dilegalkannya pernikahan sesama jenis.¹⁵

Untuk itu, selain memaparkan perdebatan dan fenomena legalisasi pernikahan sesama jenis yang sedang melanda dunia saat ini, penelitian ini juga akan mencoba mencari tahu apakah pernikahan sesama jenis itu merupakan hak asasi manusia yang bersifat universal sehingga mutlak harus diakui dan dilegalkan oleh semua negara atau justru sebaliknya, ia hanya sebatas pilihan politik hukum suatu negara yang bersifat terbuka: boleh dilegalkan bagi negara yang memang menganggapnya perlu dan boleh juga dilarang bagi negara yang menganggapnya memang pantas untuk dilarang berdasarkan nilai-nilai tradisional, agama, dan budaya yang mereka anut.

¹³ Sebagai salah satu contoh dan bukti mengenai hal ini ialah diselenggarakannya sebuah event yang disebut “UN’s LGBT Core Group” dengan mengusung tema: “Path to Equality: Global Leaders Discuss Progress Towards LGBT Equality,” yang diselenggarakan di Markas Besar PBB New York, Amerika Serikat 20-21 September 2016. Acara tersebut tidak ditunjukkan untuk mempromosikan penerimaan dan perlindungan hak-hak LGBT di setiap negara anggota PBB yang tidak bisa dipungkiri membawa serta ide dan upaya untuk melegalisasikan LGBT di semua negara. Bahkan dalam petikan pidatonya, Sekretaris Jenderal PBB Ban Ki Moon sempat mengatakan bahwa: *‘I ask those who use religious or cultural arguments to deprive LGBT people of their human rights: what do you gain by making others less equal? Is your religion or culture so weak that the only way you can sustain it is by denying others their basic rights? There is no room in our 21st century for discrimination based on sexual orientation or gender identity..... All countries have accepted the principle – enshrined in international law – that human rights are universal. Consensus is ours. Let’s insist on action.’* Begitulah kata-kata Ban Ki Moon yang begitu bersemangat mengadvokasikan hak-hak LGBT namun pada saat yang bersamaan nampaknya ia lupa bagaimana menghormati dan menghargai hak-hak beragama warga dunia yang dinaungi oleh lembaganya (khususnya Islam) yang amat sangat melarang perbuatan LGBT. Lihat United Nation, ‘Ban calls for efforts to secure equal rights for LGBT community’ <<http://www.un.org/sustainabledevelopment/blog/2016/09/ban-calls-for-efforts-to-secure-equal-rights-for-lgbt-community/>>.

¹⁴ Ronald Holzhaecker, ‘Gay Rights Are Human Rights: The Framing of New Interpretations of International Human Rights Norms’ (International Political Science Association Conference, Montreal, 19-24 July 2014).

¹⁵ Kecia Ali, *Sexual Ethics & Islam* (OneWorld Publishing 2006) 90.

PEMBAHASAN

1. Landasan Teori

Sebelum membahas lebih lanjut permasalahan-permasalahan yang telah diuraikan secara sepintas lalu di atas, ada baiknya jika pada bagian ini dikemukakan terlebih dahulu dua teori penting yang akan digunakan untuk menganalisis permasalahan yang akan dikaji dalam penelitian ini. Kedua teori tersebut adalah:

1. *Shock the Conscience*; dan
2. Perspektif Hak Asasi Manusia tentang Pernikahan Sesama Jenis.

A. *Shock the Conscience*

Apa yang disebut dengan "*Shock the Conscience*" ini merupakan sebuah metode atau alat uji yang umum digunakan oleh peradilan di Amerika Serikat guna menilai salah atau benarnya suatu perbuatan yang menjadi objek pemeriksaan di pengadilan yang dimaksud. Batu uji yang digunakan dalam tes ini adalah kesadaran hati nurani masyarakat luas.¹⁶

Batu uji ini digunakan dalam rangka menentukan apakah suatu perbuatan/perilaku berada di luar standar kepantasan masyarakat beradab (*civilized decency*). Jika berdasarkan tes ini pengadilan menemukan atau merasakan adanya guncangan terhadap kesadaran atau hati nurani masyarakat maka dengan demikian perbuatan itu dapat dianggap sebagai sesuatu yang salah dan tidak bisa diterima sehingga pengadilan dapat menjatuhkan hukuman atas perbuatan yang dimaksud.¹⁷ Demikian itulah pengertian singkat dan prinsip dasar dari apa yang disebut dengan "*Shock the Conscience*."

Metode ini pertama kali mengemuka dalam Putusan Mahkamah Agung Amerika Serikat (*Supreme Court of the United States*) dalam kasus "*Rochin vs California*" pada tahun 1952 yang diintrodusir oleh Justice Felix Frankfurter.¹⁸

¹⁶ See *Rochin versus California* (Supreme Court of the United States, 2 January 1952).

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Kasus "*Rochin vs California*" ini diambil dari nama subjek atau pihak yang terlibat di dalamnya, yaitu Antonio Rochin dan Otoritas Negara Bagian California. Kasus ini bermula dari peristiwa penangkapan Rochin yang diduga sebagai pengedar Narkoba oleh Polisi Lokal Los Angeles – California. Dalam peristiwa tersebut, 3 Polisi Los Angeles menerobos masuk dan menggeledah kediaman Rochin secara ilegal (tanpa surat penangkapan/pengeledahan). Pada saat itu Polisi melihat adanya dua butir kapsul yang diduga Narkoba yang tergeletak di dekat Rochin yang sedang duduk diatas kasur bersama isterinya yang sedang tidur. Ketika Polisi menanyakan perihal kepemilikan kapsul tersebut, dengan seketika Rochin meraihnya dan menelannya. Selanjutnya Polisi memborgol Rochin lalu membawanya ke rumah sakit dan memerintahkan dokter agar memberikan obat emesis yang merangsang muntah dengan maksud agar dua kapsul yang ditelan oleh Rochin itu keluar lagi sehingga dapat dijadikan barang bukti. Obat emesis itu ternyata bekerja dan menyebabkan Rochin muntah dan mengeluarkan dua kapsul yang sempat ditelannya. Berdasarkan pemeriksaan laboratorium, dua kapsul itu dinyatakan mengandung morfin sehingga tergolong sebagai obat-obatan terlarang (*Drugs*). Atas dasar itu kasus Rochin diimpahkan ke Pengadilan Distrik dan Rochin dinyatakan bersalah serta dijatuhi hukuman. Tidak menerima putusan tersebut, Rochin mengajukan banding ke Pengadilan Tertinggi di Negara Bagian California namun bandingnya ditolak. Selanjutnya Rochin mengajukan kasasi ke Mahkamah Agung AS dan ternyata MA AS mengabulkannya. Dalam Putusannya itu, pada intinya Mahkamah Agung AS membatalkan Putusan Pengadilan yang ada dibawahnya dikarenakan adanya masalah legalitas dalam hal penangkapan, pengeledahan, dan

Dalam perkembangan selanjutnya, metode “*shock the conscience*” ini kemudian menjadi yurisprudensi yang banyak diikuti sehingga menjadi salah satu metode yang sangat populer di dalam dunia peradilan Amerika dewasa ini.¹⁹

Metode ini dinilai kompatibel dengan isu yang diangkat dalam penelitian ini, yakni untuk menguji dan menilai apakah pernikahan sesama jenis patut diakui dan dilegalkan di semua negara? Metode ini akan membantu kita menemukan jawabannya, apakah terguncang kesadaran dan hati nurani kita mendengar upaya legalisasi pernikahan sesama jenis sehingga perbuatan itu tidak bisa diterima atau justru sebaliknya, kita merasakan hal tersebut sebagai sebuah keharusan.

B. Perspektif Hak Asasi Manusia tentang Pernikahan Sesama Jenis

Para aktivis dan pendukung pernikahan sesama jenis hampir semuanya mendasarkan perjuangan mereka atas nama hak asasi manusia (HAM). Mereka berdalih bahwa hak untuk menjalin hubungan dan menikah sesama jenis adalah bagian dari hak asasi manusia yang bisa mereka tuntut pemenuhannya, baik secara formal melalui *legal recognition by state* (pengakuan hukum oleh negara) maupun secara informal melalui *social recognition by society* (pengakuan sosial oleh masyarakat).²⁰

Untuk itu penulis akan mengupas perspektif hak asasi manusia tentang pernikahan sejenis ini, tujuannya tidak lain untuk menilai seberapa tepat dan seberapa kokoh argumentasi kelompok yang pro pernikahan sesama jenis yang berlindung dibawah isu hak asasi manusia. Dengan kata lain, melalui penelitian ini penulis ingin menunjukkan apakah benar pernikahan sesama jenis itu adalah bagian dari hak asasi manusia sehingga layak diperjuangkan dan dilegalkan.

Dengan menelusuri dan mencermati sejarah perjuangan HAM (di Barat), kita akan mendapati fakta yang mengejutkan bahwa timbulnya gerakan perjuangan HAM ini justru dilatarbelakangi oleh pengakuan akan adanya nilai-

cara untuk mendapatkan barang bukti, dimana Polisi melakukan proses itu secara ilegal dan melampaui batas-batas kewajaran penegakan hukum, bahkan sampai-sampai Polisi berani memerintahkan dokter untuk memasukan obat emesis (perangsang muntah) secara paksa ke mulut Rochin melalui sebuah tabung. Tindakan ini menurut Mahkamah Agung AS telah mengguncang kesadaran dan hati nurani orang banyak sehingga tidak bisa diterima karena bertentangan dengan *due process of law*, perilaku yang beradab, dan rasa keadilan masyarakat. Dalam hal ini Mahkamah Agung AS telah memperkenalkan dan menggunakan *Shock the Conscience Test* dalam menentukan benar atau salahnya suatu perbuatan, disamping tentu saja norma hukum tertulis yang berlaku. Lihat Randy Rider, 'Rochin v. California: What Shocks the Conscience' <<https://www.officer.com/investigations/forensics/evidence-collection/article/10620186/rochin-v-california-what-shocks-the-conscience>>.

¹⁹ Lihat Saby Ghoshray, 'Searching For Human Rights to Water amidst Corporate Privatization in India: Hindustan Coca-Cola Pvt. Ltd. v. Perumatty Grama Panchayat' (2007) 1 *Georgetown Int'l Environment Law Review*, 667-68.

²⁰ Lihat Claudina Richards, 'The Legal Recognition of Same Sex Couple – The French Perspective' (2002) 2 *International and Comparative Law Quarterly*, 305-06.

nilai Ketuhanan yang bermuara pada satu prinsip inti bahwa manusia (sejak kelahirannya) dianugerahi oleh Tuhannya dengan seperangkat hak kodrati yang melekat secara inheren di dalam dirinya yang tidak bisa dirampas dan dilecehkan secara sewenang-wenang oleh manusia lainnya.²¹

Sebagai contoh misalnya gerakan perjuangan HAM di Inggris sekitar abad ke 13 yang kemudian melahirkan sebuah dokumen yang dikenal dengan nama “*Magna Charta*” yang disebut-sebut oleh ilmuwan barat sebagai dokumen HAM tertulis pertama di dunia.²²

Dalam perjuangan tersebut diceritakan bahwa orang-orang Inggris, khususnya para tuan tanah (*lord*) yang memiliki semacam “kerajaan kecil” yang lengkap dengan kastil, penduduk, tanah, dan budaknya mulai jemu dengan penindasan yang dilakukan oleh Raja Inggris (John Lackland) yang menerapkan pajak yang tinggi guna membiayai perang yang berkepanjangan dengan Perancis.²³ Lama kelamaan orang akhirnya mulai sadar bahwa sesungguhnya mereka memiliki hak kodrati yang diberikan langsung oleh Tuhannya yang tidak bisa dilecehkan begitu saja bahkan oleh Raja sekalipun. Oleh sebab itu muncul tuntutan dari para tuan tanah (*lord*) yang sejatinya juga mewakili penduduk yang ada di bawah perlindungannya agar hak-hak mereka dihormati oleh Raja, sebagai balasan atas pajak dan kontribusi mereka dalam perang melawan Perancis. Atas dasar itu dibuatlah piagam pengakuan hak-hak para tuan tanah yang ditandatangani oleh Raja John yang sekarang kita kenal dengan nama “*Magna Charta*.”²⁴

Itu artinya, sejak kemunculannya gerakan HAM memang diilhami dan tidak bisa dipisahkan dari nilai-nilai Ketuhanan, bahwa manusia mempunyai harkat dan martabat yang diberikan oleh Tuhannya. Itu artinya doktrin dan perjuangan HAM justru bernaung di bawah nilai-nilai Ketuhanan, yakni untuk menegakan apa yang telah ditetapkan Tuhan untuk menjadi kodrat manusia, yakni menjadi makhluk yang bermartabat.²⁵

Keterikatan prinsip-prinsip HAM dengan nilai Ketuhanan itu terus menjadi dasar perjuangan HAM di seluruh dunia pada masa-masa berikutnya. Bahkan

²¹ Arief Ainul Yaqin, ‘Benarkah LGBT bagian dari HAM (Sebuah Koreksi terhadap Gerakan LGBT dari Perspektif HAM)?’ <<http://equityjusticia.blogspot.co.id/2016/02/benarkah-lgbt-bagian-dari-ham-sebuah.html>>.

²² *Ibid.*

²³ Richard P. Claude, *The Classical Model of Human Rights Development* (John Hopkins University Press 1977) 11.

²⁴ Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik* (Gramedia Pustaka Utama 2008) 213-14.

²⁵ Danieal Philpott, ‘No Human Rights Without God’ <<https://www.openglobalrights.org/no-human-rights-without-god/>>. Danieal Philpott is Professor of Political Science and Peace Studies and Director of the Center for Civil and Human Rights at the University of Notre Dame.

naskah proklamasi kemerdekaan Amerika (*Declaration of Independence*) buah tangan Thomas Jefferson yang dibacakan tanggal 4 Juli 1776 kembali mempertegas hubungan itu. Pengakuan itu dirangkai dalam satu bait proklamasi kemerdekaan yang sangat puitis dan indah:

*"We hold these truths to be self evidence, that all men are created equal, that they are endowed by their creator with certain unalienable rights, that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness."*²⁶

Sebagai suatu anugerah dari Tuhan maka sudah pasti HAM itu hanya relevan sepanjang kompatibel dengan hukum-hukum Tuhan. Bukan sebaliknya, menyangkal ketetapan Tuhan atas dasar HAM. Paradigma yang demikian jelas merupakan suatu kekeliruan yang sangat prinsip. Sementara kita tahu dan akan dibuktikan pada penelitian ini, agama-agama besar atau agama-agama yang paling banyak dianut oleh umat manusia di muka bumi ini seperti Kristen,²⁷ Islam,²⁸ Hindu²⁹ dan Budha,³⁰ melarang umatnya untuk melakukan hubungan sesama jenis. Sebab hal itu bertentangan dengan kodrat manusia yang ditakdirkan untuk berpasangan dengan lawan jenisnya (laki-laki dengan perempuan).

Jadi, adalah suatu kekeliruan apabila ada gerakan yang mengatasnamakan HAM untuk melegalkan suatu upaya yang justru bertentangan dengan ketetapan-ketetapan dan kehendak Tuhan. Logikanya cukup sederhana, tidak mungkin ada nilai-nilai HAM yang bertentangan dengan nilai-nilai Ketuhanan, sebab HAM itu sendiri bersumber dari Tuhan (pemberian Tuhan).

²⁶ *Declaration of Independence of the United States of America, Preamble, 4 July 1776.*

²⁷ Sebagaimana diterangkan dalam Kitab Kejadian (Book of Genesis) 1 ayat 27-28 yang berbunyi 'Tuhan menciptakan laki-laki untuk berpasangan dengan perempuan dan Tuhan memberkati pasangan laki-laki dan perempuan serta diperintahkannya untuk beranak cucu' Lihat juga Kitab Imamat 20 ayat 13 yang berbunyi 'Bila seorang laki-laki tidur dengan laki-laki secara orang bersetubuh dengan perempuan, jadi keduanya melakukan suatu kejahatan, pastilah mereka dihukum mati dan darah mereka tertimpa kepada mereka sendiri.'

²⁸ Sebagaimana diterangkan dalam kisah Nabi Luth yang diabadikan dalam Al-Qur'an Surat Al-Araf ayat 80-84 bahwa Tuhan mengutuk dan menghukum kaum gay. Islam dengan hukumnya (sharia) termasuk salah satu agama yang paling keras menentang hubungan sesama jenis. Hal tersebut dapat dilihat misalnya dari Hadits Nabi Muhammad yang berbunyi 'Barangsiapa yang kalian dapati melakukan perbuatan kaum Nabi Luth (gay/sodomy) maka hukumlah pelaku dan pasangannya dengan hukuman mati' diriwayatkan oleh Tirmizi.

²⁹ Dalam salah satu Kitab Suci Umat Hindu 'Manawa Dharmasastra' disebutkan bahwa hubungan sesama jenis (baik lesbian maupun gay) adalah perbuatan yang terlarang dan diancam dengan hukuman pidana. Sedangkan orang yang menikah sesama jenis dilarang menggunakan upacara keagamaan Hindu dan tidak boleh membaca mantra suci 'Veda' sebab perbuatan itu dinilai telah menyimpang dari ajaran agama Hindu. Lihat Kompasiana, 'Homoseksual Bertentangan dengan Dharma (Homosexuals Contrary to Dharma)' <<https://www.kompasiana.com/mertamupu.co.id/5605cd7fb893731510fa0552/homoseksual-bertentangan-dengan-dharma?page=all>>.

³⁰ Sebagaimana dikatakan oleh tokoh agama Budha Indonesia, Maha Pandita Utama Suhadi Sandjaja bahwa 'Budha memandang perkawinan sejenis sebagai tindakan tidak wajar dan menyimpang dari hukum alam. Sedangkan agama Budha sendiri didasarkan pada kewajaran dan hukum alam. Dan hukum alam mengatakan bahwa pernikahan adalah antara laki-laki dengan perempuan sehingga bisa menghasilkan keturunan secara alamiah.' Lihat mengenai hal ini dalam Republika, 'LGBT tidak Dibenarkan dalam Ajaran Budha (LGBT is not justified in Buddhist teachings)' <<https://www.republika.co.id/berita/nasional/umum/16/02/18/o2qib7365-walubi-lgbt-tidak-dibenarkan-dalam-ajaran-budha>>.

Kalau sampai ada perjuangan yang mengatasnamakan HAM tapi ternyata isi perjuangannya justru bertentangan dengan nilai-nilai Ketuhanan maka itu bukan HAM, sekali lagi itu bukan HAM.

2. Perdebatan dan Fenomena Pernikahan Sesama Jenis di Beberapa Negara: Sebuah Tinjauan Singkat

A. Amerika Serikat

Tanggal 26 Juni 2015 adalah hari bersejarah bagi bangsa Amerika, khususnya mereka yang pro terhadap pernikahan sesama jenis. Pada hari itu, Mahkamah Agung Amerika Serikat (*Supreme Court of the United States*) secara resmi melegalkan pernikahan sesama jenis di seluruh negara bagian Amerika melalui Putusannya yang kontroversial *'Obergefell v Hodges'*.³¹

Sebelum Putusan tersebut dikeluarkan, di Amerika masih ada 14 negara bagian yang memberlakukan larangan terhadap pernikahan sesama jenis. Negara-negara tersebut adalah Alabama, Arkansas, Georgia, Kentucky, Louisiana, Michigan, Mississippi, sebagian besar wilayah Missouri, Nebraska, Dakota Utara, Ohio, Dakota Selatan, Tennessee dan Texas.³² Namun setelah keluarnya Putusan tersebut, pernikahan sesama jenis menjadi legal di seluruh wilayah Amerika dan undang-undang negara bagian yang sebelumnya masih melarang pernikahan sesama jenis menjadi tidak berlaku lagi.

Dalam pertimbangan hukumnya, Mahkamah Agung AS menilai bahwa undang-undang negara bagian yang melarang pernikahan sesama jenis adalah bertentangan dengan hak-hak sipil warga negara yang dilindungi oleh Amandemen ke-14 Konstitusi Amerika (khususnya Article 1) yang selengkapnya berbunyi:

*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*³³

³¹ See *Obergefell v Hodges* (Supreme Court of the United States, 26 June 2015).

³² VOA News, 'US Same-Sex Marriage Ruling Likely to Impact Other Countries' <<https://www.voanews.com/a/ap-us-same-sex-marriage-ruling-likely-to-impact-other-countries/2840511.html>>.

³³ See Fourteenth Amendment to the United States Constitution.

Jika ditelusuri lebih jauh ke belakang, sebetulnya Putusan MA AS dalam kasus *Obergefell v Hodges* itu bukanlah yang pertama dan satu-satunya yang memenangkan kaum Lesbian, Gay, Biseksual dan Transgender (LGBT) di Amerika. Sebelumnya tercatat sudah ada tiga (3) Putusan penting yang menguntungkan kelompok LGBT di Amerika.³⁴ Hanya saja memang harus diakui bahwa Putusan MA AS dalam kasus *Obergefell v Hodges (2015)* itulah yang menyempurnakan dan menuntaskan perjuangan kelompok pro LGBT untuk melegalisasi pernikahan sesama jenis secara menyeluruh di semua wilayah Amerika.

Tiga Putusan MA AS sebelumnya yang tercatat memenangkan tuntutan kaum LGBT itu adalah: (i) *Romer v Evans (1996)*, dalam Putusan ini MA membatalkan undang-undang Negara Bagian Colorado yang mencegah kaum LGBT mendapat pengakuan hukum sebagai kelompok yang dilindungi;³⁵ (ii) *Lawrence v Texas (2003)*,³⁶ dalam Putusan ini MA memutuskan untuk membatalkan Sodomy Law di Negara Bagian Texas dan juga di 13 negara bagian lainnya dengan menyatakan bahwa hubungan sex sesama jenis bukan lagi merupakan tindakan yang terlarang (kejahatan) di seluruh wilayah Amerika; (iii) *United States v Windsor (2013)*,³⁷ dalam Putusan ini MA AS membatalkan ketentuan dari *Section 3 Defense of Marriage Act* yang hanya mendefinisikan pernikahan dan suami isteri hanya untuk persatuan dua orang dengan jenis kelamin yang berbeda (laki-laki dan perempuan).³⁸ Jadi total ada empat Putusan penting (*Landmark Decision*) dari MA AS yang menguntungkan atau memenangkan hak-hak LGBT, yakni *Obergefell v Hodges (2015)*, *Romer v Evans (1996)*, *Lawrence v Texas (2003)* dan *United States v Windsor (2013)*.

Dari uraian di atas dapat kita ketahui bahwa sesungguhnya perjuangan kelompok pro LGBT untuk mengadakan perombakan sistem hukum di Amerika yang lebih ramah terhadap mereka sudah dimulai sejak lama. Akan tetapi baru mulai membuahkan hasil pada paruh kedua dekade 90-an, ketika pengadilan mulai berpihak pada kelompok LGBT atas dasar persamaan hak dan hak asasi manusia.³⁹

³⁴ The Washington Post, 'Anthony Kennedy and the four Supreme Court rulings that changed gay life in America' <https://www.washingtonpost.com/lifestyle/style/anthony-kennedy-and-the-four-supreme-court-rulings-that-changed-gay-life-in-america/2018/06/27/fc2a345c-7a48-11e8-80be-6d32e182a3bc_story.html?noredirect=on&utm_term=.7089beab97e3>.

³⁵ See *Romer v Evans (Supreme Court of the United States, 20 May 1996)*.

³⁶ See *Lawrence v Texas (Supreme Court of the United States, 26 June 2003)*.

³⁷ See *United States v Windsor (Supreme Court of the United States, 26 June 2013)*.

³⁸ Jadi dengan kata lain putusan ini mengatakan bahwa definisi pernikahan mencakup juga persatuan pasangan sesama jenis (homosexual).

³⁹ The Washington Post, 'Massachusetts Arrives at Moment for Same-Sex Marriage' <<https://www.nytimes.com/2004/05/17/us/massachusetts-arrives-at-moment-for-same-sex-marriage.html>>.

Rentang waktu tersebut jika dilihat dari perspektif global nampaknya bersamaan dengan perkembangan dan kemajuan yang dicapai kelompok pro LGBT di Eropa, di mana gerakan pro LGBT yang menuntut pengakuan dan legalisasi pernikahan sesama jenis di Eropa juga mengalami kemajuan yang cukup pesat pada waktu itu. Hal tersebut dapat dilihat dari mulai banyaknya negara Eropa yang memberikan pengakuan bahkan legalisasi terhadap pernikahan sesama jenis pada akhir dekade 90-an dan lebih menguat pada dekade berikutnya (tahun 2000-an). Itu artinya, perjuangan kelompok pro LGBT di berbagai negara saling bertaut dan memberikan inspirasi satu sama lain.⁴⁰

Perjuangan untuk mengakui dan melegalkan pernikahan sesama jenis di Amerika selama ini dikampanyekan baik oleh individu (termasuk orang-orang terkenal),⁴¹ lembaga-lembaga kemanusiaan/HAM⁴² dan (termasuk) media.⁴³ Semua elemen tersebut gencar mengkampanyekan perlindungan dan pengakuan pernikahan sesama jenis yang pada akhirnya turut merubah pola pikir dan pranata sosial di Amerika menjadi lebih terbuka terhadap kelompok LGBT. Itulah yang menyebabkan gerakan pro LGBT di Amerika mendapat tempat dan bahkan kemenangan yang meyakinkan secara hukum dengan keluarnya Putusan *Obergefell v Hodges* yang melegalkan pernikahan sesama jenis di seluruh wilayah Amerika.⁴⁴

Dalam menyuarakan aspirasinya untuk mendapat pengakuan dan legalisasi, umumnya kelompok pro LGBT ini menggunakan tema hak asasi manusia sebagai landasan perjuangannya. Alasan yang paling umum dijumpai adalah bahwa mereka sering mengalami diskriminasi atau bahkan persekusi atas dasar pilihan orientasi seksual mereka yang menurut mereka nyata-nyata melanggar hak asasi mereka sebagai manusia.⁴⁵

⁴⁰ Claudina Richards, 'The Legal Recognition of Same Sex Couple – The French Perspective' (2002) 2 *International and Comparative Law Quarterly*, 307-08.

⁴¹ Sebagai contoh, Mantan Presiden Amerika Barrack Obama misalnya, ia secara terbuka mendukung gerakan LGBT di Amerika dan turut bergembira ketika MA AS memutuskan untuk melegalkan pernikahan sesama jenis di seluruh wilayah Amerika. See USA TODAY, 'Obama: Gay marriage ruling is a victory for America' <<https://www.usatoday.com/story/news/politics/2015/06/26/obama-gay-marriage-ruling/29328755/>>. Lihat juga misalnya Chief Executive Officer of Apple Inc, Tim Cook yang secara terbuka berpihak pada kelompok LGBT dan mendukung legalisasi pernikahan sesama jenis. Lihat Huffpost, 'Apple CEO Tim Cook Says LGBTQ People Are "A Unique And Special Gift" To The World' <https://www.huffingtonpost.com/entry/apple-ceo-tim-cook-lgbtq-loveloud-festival_us_5b61c31be4b0de86f49cf077>. Dukungan secara terbuka orang-orang terkenal seperti mereka tentu sangat berpengaruh dan bisa menarik dukungan yang lebih luas pada kelompok pro LGBT.

⁴² Lembaga-lembaga yang dimaksud antara lain: Human Rights Campaign, Lambda Legal, Gay & Lesbian Advocates & Defenders (GLAD), American Civil Liberties Union (ACLU), the National Center for Transgender Equality and the National Center for Lesbian Rights.

⁴³ Nampaknya hampir semua media di Amerika mendukung dan memihak kelompok LGBT (kecuali media-media yang berideologi atau berafiliasi dengan Gereja Katolik yang memang dikenal menentang LGBT) dan turut memainkan peran vital dalam memenangkan pikiran dan hati masyarakat Amerika untuk menerima keberadaan orang-orang LGBT. Lihat Roddrick A. Colvin, 'Understanding Policy Adoption and Gay Rights: The role of the media and other factors' (2006) 2 *The Innovation Journal: The Public Sector Innovation Journal*.

⁴⁴ Kompasiana, 'Alasan Amerika Melegalkan Pernikahan Sesama Jenis' <<https://www.kompasiana.com/saumiere/55c1bd514f7a61de1839fde7/alasan-amerika-melegalkan-pernikahan-sesama-jenis>>.

⁴⁵ Kenneth Mck. Norrie, 'Constitutional Challenges to Sexual Orientation Discrimination' (2000) 4 *The International and Comparative Law Quarterly*, 755-56.

Dalam memandang isu dan fenomena pernikahan sejenis, akan selalu terdapat dua versi argumentasi pokok yang saling bertentangan, yakni alasan hak asasi manusia versus alasan nilai-nilai agama.⁴⁶ Kelompok pro LGBT biasanya akan berlindung dibalik argumentasi hak asasi manusia, yakni dengan mengatakan bahwa hak seseorang untuk menjalin hubungan dan menikah adalah hak asasi manusia sehingga pelarangan terhadapnya merupakan suatu pelanggaran hak asasi manusia. Sedangkan kelompok yang kontra LGBT biasanya akan berlindung dibalik argumentasi nilai-nilai agama, yakni dengan mengatakan bahwa ajaran agama tidak memungkinkan seseorang untuk melaksanakan pernikahan sesama jenis dan oleh karenanya perbuatan tersebut harus dilarang atau bahkan dijatuhi hukuman.⁴⁷

Untuk itu, dalam rangka memuluskan jalan untuk melegalkan pernikahan sesama jenis, biasanya sebuah negara akan mengambil langkah untuk 'mengeluarkan' pernikahan dari institusi agama dan menganggapnya semata-mata hanya urusan/ikatan sipil yang sama sekali bebas dari doktrin agama.⁴⁸ Dengan begitu, pernikahan akan sepenuhnya menjadi urusan negara, bukan lagi urusan agama. Pada titik inilah terjadi apa yang disebut 'sekularisasi pernikahan (*marriage secularization*).'⁴⁹ Titik itu adalah awal dari upaya untuk melegalkan pernikahan sesama jenis di berbagai negara, termasuk dalam hal ini adalah Amerika.

Hal tersebut dapat dilihat dari Putusan *Obergefell v Hodges*, di mana hakim mayoritas yang memenangkan suara membangun pertimbangan hukumnya dengan menarik keluar pernikahan dari lingkaran kekuasaan agama sehingga definisi dan substansi pernikahan dapat dibebaskan dari batasan-batasan yang ditetapkan oleh ajaran agama.⁵⁰ Dengan konstruksi yang demikian maka hakim mayoritas dapat dengan leluasa meredefinisi dan mengubah substansi pernikahan yang semula (menurut definisi tradisional dan religius) hanya bisa dilakukan antara pasangan suami isteri yang berbeda jenis kelamin menjadi pasangan suami isteri yang bisa juga sama jenis kelaminnya, sepanjang hal itu disukai dan dipilih atas dasar kehendak pribadi.⁵¹ Barulah setelah itu

⁴⁶ Mengenai hal ini silahkan lihat Chai R. Feldblum, 'Moral Conflict and Liberty: Gay Rights and Religion' (2006) 1 Brooklyn Law Review, 61-123.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ See Claudina Richards, 'The Legal Recognition of Same Sex Couple – The French Perspective' (2002) 2 International and Comparative Law Quarterly, 306-08.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ See *Obergefell v Hodges* (Supreme Court of the United States, 26 June 2015).

⁵¹ *Ibid.*

teori hak asasi manusia dipergunakan untuk memperkuat argumentasi bahwa pernikahan erat kaitannya dengan hak asasi manusia karena menyangkut kehidupan dan pilihan pribadi seseorang.

Upaya untuk “mensekularisasi pernikahan” itu didukung oleh corak negara Amerika sendiri yang memang sekuler, yakni memisahkan antara negara dan agama. Karenanya ‘sekularisasi pernikahan’ seperti yang digambarkan di atas lebih mudah dilakukan, sebab sejak awal memang nilai-nilai agama tidak mencampuri apalagi menentukan kebijakan politik dan kebijakan hukum di negara-negara yang semacam ini.

Pada saat Amerika melegalkan pernikahan sesama jenis melalui Putusan MA AS dalam kasus *Obergefell v Hodges* (26 Juni 2015), Amerika tercatat sebagai negara ke 22 yang telah melakukannya. Adapun negara-negara lain yang juga telah melegalkan pernikahan sesama jenis adalah: (i) Belanda; (ii) Belgia; (iii) Spanyol; (iv) Kanada; (v) Afrika Selatan; (vi) Norwegia; (vii) Swedia; (viii) Portugal; (ix) Meksiko; (x) Islandia; (xi) Argentina; (xii) Uruguay; (xiii) Selandia Baru; (xiv) Perancis; (xv) Denmark; (xvi) Inggris; (xvii) Skotlandia; (xviii) Brazil; (xix) Luxemburg; (xx) Finlandia; (xxi) Irlandia; (xxii) Amerika Serikat; (xxiii) Kolombia; (xxiv) Jerman; (xxv) Malta; (xxvi) Australia; (xxvii) India.⁵²

Meski jumlah negara yang melegalkan pernikahan sesama jenis masih jauh lebih sedikit daripada negara yang melarangnya, akan tetapi *trend* yang terjadi justru sebaliknya, yakni semakin banyak negara yang mengubah kebijakan hukumnya dari yang sebelumnya melarang pernikahan sesama jenis menjadi negara yang kemudian melegalkan pernikahan sesama jenis.⁵³

Dengan kata lain, kecenderungan yang terjadi dewasa ini adalah semakin bertambahnya jumlah negara yang melegalkan pernikahan sesama jenis dari tahun ke tahun. Jadi, peningkatan dan keuntungan justru berada pada kelompok negara-negara yang melegalkan pernikahan sesama jenis, sebab jumlah mereka dari tahun ke tahun semakin bertambah. Sebagai contoh misalnya, sampai dengan tahun 2000 hanya ada satu (1) negara di dunia

⁵² Data ini diperoleh dan disarikan dari berbagai sumber, antara lain International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA), 'Maps of sexual orientation laws (May 2017)' <<http://ilga.org/maps-sexual-orientation-laws>>; 76crimes.com, '76 countries where homosexuality is illegal (May 2017)' <<https://76crimes.com/76-countries-where-homosexuality-is-illegal/>>; dan fortune.com, 'The 26 Countries That Have Legalized Same-Sex Marriage' <<http://fortune.com/2017/12/07/countries-that-legalized-same-sex-marriage/>>.

⁵³ Arief Ainul Yaqin, 'Kontroversi dan Fenomena Legalisasi LGBT di Berbagai Negara: Daftar Negara-Negara yang Melarang dan Melegalkan LGBT' <<http://equityjusticia.blogspot.com/2018/01/data-dan-fakta-seputar-fenomena.html>>.

ini yang secara resmi melegalkan pernikahan sesama jenis, yakni Belanda. Jumlah tersebut semakin bertambah setiap tahunnya hingga sampai dengan di penghujung tahun 2010, sudah ada 12 negara yang melegalkan pernikahan sesama jenis. Jumlah itu semakin bertambah hingga akhirnya pada tahun 2018 sudah ada 27 negara yang tercatat melegalkan pernikahan sesama jenis.⁵⁴

Bahkan perkembangan terbaru dari India seolah semakin menegaskan kecenderungan tersebut. Pada tanggal 6 September 2018, Mahkamah Agung India resmi melegalkan pernikahan sesama jenis sehingga semakin menambah daftar negara yang sudah melegalkan pernikahan sesama jenis di seluruh dunia.⁵⁵

B. Singapura

Hingga saat ini, Singapura masih menjadi salah satu dari sekian banyak negara yang melarang dan mengkriminalisasi pelaku LGBT dan pernikahan sesama jenis.⁵⁶ Larangan dan kriminalisasi pernikahan sejenis itu tercantum dalam *Section 377A Code Penal of Singapore* yang berbunyi:

*Any male person who, in public or private, commits, or abets the commission of, or procures or attempts to procure the commission by any male person of, any act of gross indecency with another male person, shall be punished with imprisonment for a term which may extend to 2 years.*⁵⁷

Section 377A itu tidak lain adalah produk hukum warisan kolonial Inggris yang mulai diberlakukan di Singapura pada tahun 1938.⁵⁸ Berdasarkan

⁵⁴ See International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA), 'Maps of sexual orientation laws (May 2017)' <<http://ilga.org/maps-sexual-orientation-laws>>; 76crimes.com, '76 countries where homosexuality is illegal (May 2017)' <<https://76crimes.com/76-countries-where-homosexuality-is-illegal/>>; dan fortune.com, 'The 26 Countries That Have Legalized Same-Sex Marriage' <<http://fortune.com/2017/12/07/countries-that-legalized-same-sex-marriage/>>.

⁵⁵ Perjalanan India untuk melegalkan pernikahan sesama jenis terbilang unik dan sangat dinamis. Dikatakan unik dan dinamis sebab India menerapkan kebijakan hukum yang berubah-ubah dari waktu ke waktu terkait pernikahan sesama jenis di negaranya. Sejak era kolonial Inggris (1860) sampai dengan tahun 2009, India melarang dan mempidana pelaku pernikahan sesama jenis dengan hukuman 10 tahun penjara berdasarkan Pasal 377 Code Penal India (Section 377 of the Indian Code Penal). Namun dalam kurun waktu 2009-13, India menerapkan kebijakan hukum yang melegalkan pernikahan sesama jenis sehubungan dengan dibatalkannya Pasal 377 Code Penal tersebut oleh Pengadilan Tinggi Delhi (Delhi High Court). Selanjutnya, dalam kurun waktu 2013-18 India kembali menerapkan kebijakan hukum yang melarang dan mempidana pelaku pernikahan sesama jenis sehubungan dengan dianulirnya putusan Pengadilan Tinggi Delhi yang mencabut Pasal 377 Code Penal India oleh Mahkamah Agung India pada Desember 2013. Dan uniknya, sejak tanggal 6 September 2018 sampai dengan tulisan ini dibuat, India kembali melegalkan pernikahan sesama jenis di negaranya sehubungan dengan direvisinya putusan Mahkamah Agung sebelumnya dan menyatakan bahwa Pasal 377 Code Penal India bertentangan dengan Konstitusi India dan oleh karenanya tidak berlaku lagi. Lihat *Navtej Singh Johar v Union of India* thr. *Secretary Ministry of Law and Justice* (The Supreme Court of India, 6 September 2018).

⁵⁶ Menurut hasil penelitian ILGA (International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association) pada Mei 2017, masih ada 72 negara yang melarang dan mengkriminalisasi pelaku LGBT, salah satunya adalah Singapura. Lihat International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA), 'Maps of sexual orientation laws (May 2017)' <<http://ilga.org/maps-sexual-orientation-laws>>.

⁵⁷ Section 377A Code Penal of Singapore.

⁵⁸ Singapore Law Watch, 'Section 377A: An impotent anachronism' <http://www.singaporelawwatch.sg/Headlines/section-377a-an-impotent-anachronism>.

ketentuan tersebut, gay yang melakukan tindakan cabul baik secara publik maupun privat diancam dengan pidana penjara 2 tahun.

Meskipun kriminalisasi gay ini bersumber dari produk hukum warisan kolonial Inggris, akan tetapi faktanya aturan ini tetap dipertahankan hingga sekarang. Aturan tersebut dipertahankan karena memang susana kebatinan warga Singapura masih menolak perilaku cabul sesama jenis atau gay. Hal tersebut dapat dilihat misalnya dari hasil survey yang dirilis oleh Ipsos⁵⁹ yang menyatakan bahwa 55% dari total 750 responden warga Singapura masih mendukung *Section 377A Code Penal of Singapore*, atau dengan kata lain masih mendukung kriminalisasi terhadap gay. Sedangkan responden yang menentang hanya sekitar 12% dan sisanya, sebanyak 33% memilih untuk diam (netral).⁶⁰

Kriminalisasi terhadap gay yang bersumber pada *Section 377A Code Penal of Singapore* tersebut bukannya tidak pernah mendapat perlawanan. Ada perdebatan dan kontroversi yang cukup hebat mengenai isu ini di Singapura. Hal tersebut dapat dilihat dari dua kasus yang pernah diajukan kepada pengadilan di Singapura oleh mereka yang berusaha untuk menghapus *Section 377A Code Penal of Singapore*.⁶¹

Pertama, kasus *Tan Eng Hong v Attorney General*. Kasus ini diajukan oleh Tan Eng Hong pada 24 September 2010 yang memohon agar *Section 377A Code Penal of Singapore* dihapus/tidak diberlakukan karena dianggap melanggar hak-hak warga negara yang dilindungi oleh Konstitusi Singapura.⁶² Namun permohonan yang diajukan oleh Tan Eng Hong ini pada akhirnya ditolak oleh *Court of Appeal* dengan alasan bahwa gugatan tidak dapat dikabulkan oleh pengadilan karena mengubah atau menghapus ketentuan undang-undang adalah tugas dari Parlemen, bukan Pengadilan. Oleh sebab itu Pengadilan menilai bahwa keinginan untuk melakukan dekriminialisasi gay sebagaimana dimohonkan oleh Tan Eng Hong lebih tepat diarahkan kepada Parlemen.⁶³

⁵⁹ Ipsos adalah global market research and a consulting firm yang berkantor pusat di Paris, Perancis. Pertama kali didirikan pada 1975 dan sekarang memiliki cakupan area kerja di seluruh dunia. Kegiatan bisnisnya meliputi market research, public opinion, dan research. Lihat selengkapnya dalam Ipsos, <<https://www.ipsos.com/en>>.

⁶⁰ See at iNews.id, 'Mayoritas Warga Singapura Menentang Dilegalkannya Gay' <<https://www.inews.id/news/read/242833/mayoritas-warga-singapura-menentang-dilegalkannya-gay>>.

⁶¹ Singapore Law Watch, 'Section 377A: An impotent anachronism' <http://www.singaporelawwatch.sg/Headlines/section-377a-an-impotent-anachronism>.

⁶² Kasus ini bermula ketika Tan Eng Hong dan kekasihnya sesama jenis ditangkap dan ditahan atas tuduhan melakukan oral sex di toilet sebuah kompleks perbelanjaan yang melanggar Section 377A Code Penal of Singapore. Atas tuduhan ini, Tan Eng Hong mengajukan permohonan kepada pengadilan agar pengadilan menyatakan Pasal 377A Code Penal bertentangan dengan Konstitusi. See Supreme Court of Singapore, 'Case Summaries: Tan Eng Hong v Attorney General,' <<https://www.supremecourt.gov.sg/news/case-summaries/tan-eng-hong-v-attorney-general>>.

⁶³ See Tan Eng Hong v Attorney General (The Court of Appeal of the Republic Singapore, 21 August 2012).

Kedua, kasus *Lim Meng Suang v Attorney-General*.⁶⁴ Kasus ini diajukan oleh Lim Meng Suang pada 30 November 2012 yang juga menuntut agar *Section 377A Code Penal of Singapore* dihapus/dibatalkan karena dianggap bertentangan dengan Pasal 9 Konstitusi Singapura mengenai kesetaraan dihadapan hukum dan Pasal 12 Konstitusi Singapura mengenai hak untuk hidup dan hak kebebasan pribadi. Namun sama dengan nasib permohonan Tan Eng Hong sebelumnya, permohonan ini pun akhirnya ditolak oleh *Court of Appeal* (the highest court in Singapore) dengan alasan bahwa *Section 377A Code Penal of Singapore* tidak bertentangan dengan Pasal 9 dan Pasal 12 Konstitusi Singapura.⁶⁵

Dengan demikian hingga tulisan ini dibuat, Singapura masih mantap dengan kebijakan politik hukumnya untuk tetap mempertahankan *Section 377A Code Penal*-nya (mempertahankan kriminalisasi terhadap gay). Oleh karenanya pernikahan sesama jenis tidak diakui dan tidak mendapat tempat di dalam sistem hukum Singapura hingga saat ini.⁶⁶

Jika dicermati, larangan dan kriminalisasi terhadap gay di Singapura tidak bersumber dari hukum agama, seperti halnya negara-negara Timur Tengah yang melakukannya atas dasar perintah hukum Islam (*Sharia*) yang memang mengharuskan pelaku LGBT dihukum.⁶⁷ Larangan dan kriminalisasi gay di Singapura justru bersumber dari hukum barat yang sekular (Hukum Kolonial Inggris) yang dipertahankan eksistensinya berdasarkan aspirasi dan kenyataan sosial (*sociale werkelijkheid*) masyarakat Singapura yang kemudian diserap dan diformilkan oleh pengadilan melalui Putusannya untuk tetap mempertahankan aturan hukum tersebut, betapa pun dunia luar (khususnya Barat dan kelompok-kelompok liberal) mencaci maki putusan tersebut.⁶⁸

Itu artinya masyarakat Singapura masih mempercayai bahwa perbuatan cabul sesama jenis adalah kejahatan atau tindakan tidak bermoral dan tidak

⁶⁴ Kasus ini diajukan oleh Lim Meng Suang and Kenneth Chee Mun-Leon yang merupakan pasangan kekasih sesama jenis yang telah berhubungan selama 16 tahun. Mereka merasa dirugikan oleh keberadaan Pasal 377A Code Penal of Singapore yang berisi ketentuan pidana bagi pelaku tindakan cabul sesama jenis. See Supreme Court of Singapore, 'Case Summaries: Lim Meng Suang and another v Attorney-General,' <<https://www.supremecourt.gov.sg/news/case-summaries/lim-meng-suang-and-another-v-attorney-general>>.

⁶⁵ See *Lim Meng Suang v Attorney-General* (The Court of Appeal of the Republic Singapore, 28 October 2014).

⁶⁶ See Bloomberg, 'Singapore's Ban on Gay Male Sex Is Upheld by Top Court', <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2014-10-29/singapore-s-top-court-upholds-ban-on-sex-between-men>>.

⁶⁷ Lihat mengenai kebijakan kriminalisasi LGBT di negara-negara Islam di Timur Tengah ini selengkapnya dalam Janet Afary, *Sexual Politics in Modern Iran* (Cambridge University Press 2009) 50-55. Lihat juga Scott Siraj al-Haq Kugle, *Homosexuality in Islam: Critical Reflection on Gay, Lesbian and Transgender Muslims* (Oneworld Publications 2010).

⁶⁸ Caci makian terhadap Putusan Pengadilan Singapura ini dapat dibaca salah satunya dalam Huffington Post, 'How One Of The World's Richest Countries Is Limiting Basic Human Rights,' <https://www.huffingtonpost.com/entry/lgbt-singapore_us_561633d5e4b0e66ad4c67fe7>.

mengizinkan tindakan tersebut menyebar luas di negara mereka. Akan ada kegoncangan sosial apabila tindakan itu dibiarkan apalagi dilegalkan karena bertentangan dengan prinsip moral dan hati nurani mayoritas warga Singapura. Hal ini sesuai dengan teori *shock the conscience* yang berkembang dari praktik pengadilan di Amerika Serikat⁶⁹ yang pada intinya mengatakan bahwa untuk menilai baik-buruk atau benar-salahnya suatu tindakan atau kebijakan hukum dapat diukur dari kesadaran hati nurani masyarakat di mana hukum itu berlaku, apakah terguncang hati nurani masyarakat oleh tindakan/kebijakan hukum tersebut? jika ya maka tidak selayaknya tindakan itu dibiarkan. Sebaliknya, jika tidak maka itu artinya tindakan atau kebijakan tersebut bisa dibiarkan dan dapat dibenarkan.⁷⁰

Studi kasus mengenai perdebatan dan kontroversi pernikahan sesama jenis di Singapura ini telah menunjukkan kepada kita bahwa larangan dan kriminalisasi terhadap pelaku LGBT tidak selalu bersumber dari doktrin atau hukum agama. Ternyata ada juga alasan lain selain alasan norma-norma agama untuk melarang dan mengkriminalisasi perbuatan cabul sesama jenis. Masyarakat dan Pengadilan Singapura telah menunjukkannya kepada kita. Pengadilan Singapura (dalam penolakannya terhadap gugatan *Lim Meng Suang v Attorney-General*) bahkan dengan tegas menolak untuk mengatakan bahwa hak untuk menikah bagi pasangan sesama jenis sebagai hak asasi manusia atau hak asasi warga negara yang dilindungi oleh Konstitusi Singapura.⁷¹ Pengadilan Singapura telah mendobrak argumentasi hak asasi manusia yang selalu digunakan oleh kelompok pro LGBT sebagai tameng dalam menuntut legalisasi pernikahan sesama jenis dengan mengatakan bahwa hak tersebut bukanlah hak asasi manusia dan oleh karenanya pelarangan dan kriminalisasi terhadapnya bukanlah suatu pelanggaran terhadap hak asasi manusia.⁷²

C. Indonesia

Seperti yang pernah diuraikan pada bagian awal artikel ini, dilihat dari sudut pandang kebijakan suatu negara dalam menyikapi fenomena LGBT dan pernikahan sesama jenis, setidaknya terdapat tiga kelompok sikap negara:

⁶⁹ Meskipun teori ini berasal dan biasa dipraktekan di Pengadilan (Amerika Serikat), akan tetapi perkembangan teori ini menyatakan bahwa teori ini bisa juga digunakan untuk persoalan-persoalan umum/diluar pengadilan.

⁷⁰ See *Rochin versus California* (Supreme Court of the United States, 2 January 1952).

⁷¹ See *Lim Meng Suang v Attorney-General* (The Court of Appeal of the Republic Singapore, 28 October 2014), 21-94.

⁷² *Ibid.*

1. Sikap negara-negara yang mendukung dan melegalkan LGBT dan pernikahan sesama jenis;⁷³
2. Sikap negara-negara melarang dan mengkriminalisasi LGBT dan pernikahan sesama jenis;⁷⁴
3. Sikap negara-negara yang masih belum memiliki hukum yang spesifik mengenai LGBT dan pernikahan sesama jenis – apakah melegalkan atau mengkriminalisasikannya.⁷⁵

Studi kasus di dua negara sebelumnya telah memberikan gambaran kepada kita mengenai negara yang telah melegalkan dan negara yang mengkriminalisasi pernikahan sesama jenis. Studi kasus di Amerika Serikat merepresentasikan kelompok negara yang pertama dan Singapura merepresentasikan kelompok negara yang kedua. Akan tetapi di samping dua kelompok tersebut masih ada satu kelompok negara yang belum dibahas dalam tulisan ini, yakni kelompok negara yang tidak memiliki hukum yang spesifik mengenai LGBT dan pernikahan sesama jenis – apakah melegalkan atau mengkriminalisasikannya.

Indonesia termasuk ke dalam kelompok yang disebut terakhir itu. Hingga artikel ini dibuat, Indonesia masih belum memiliki hukum yang spesifik dan jelas terkait fenomena LGBT dan pernikahan sesama jenis.⁷⁶ Hal tersebut dapat dilihat dari sistem hukum dan peraturan perundang-undangan di Indonesia yang memang tidak memiliki satu pasal atau satu aturan pun yang secara tegas mengatur permasalahan LGBT dan pernikahan sesama jenis, apakah melegalkan atau mengkriminalisasikannya.⁷⁷ Siapa pun yang mencoba mencari tahu dengan membuka direktori atau kumpulan peraturan perundang-undangan Indonesia pasti tidak akan menemukan jawabannya.

⁷³ Sampai dengan September 2018, jumlah negara yang masuk dalam kategori ini (negara yang melegalkan Pernikahan Sesama Jenis) sudah mencapai 27 negara. Kebanyakan diantaranya adalah negara-negara eropa. Negara di luar eropa yang masuk dalam kategori ini adalah Kanada, Amerika Serikat, Meksiko, Kolumbia, Uruguay, Brazil, Argentina, Afrika Selatan, Selandia Baru, dan Australia. Negara yang baru saja melegalkan pernikahan sesama jenis adalah India (6 September 2018). Lihat Pew Research Center, 'A global snapshot of same-sex marriage' <<http://www.pewresearch.org/fact-tank/2017/12/08/global-snapshot-sex-marriage/>>. Lihat juga CNN India 'India's top court decriminalizes gay sex in landmark ruling' (6 September 2018) <<https://edition.cnn.com/2018/09/06/asia/india-gay-sex-ruling-intl/index.html>>.

⁷⁴ Sampai dengan Maret 2018, jumlah negara yang masuk dalam kategori ini (negara yang melarang dan mengkriminalisasi Pernikahan Sesama Jenis) mencapai 76 negara. Kebanyakan diantaranya adalah negara-negara Asia, Afrika, dan Amerika serta negara-negara yang berpenduduk mayoritas muslim. Lihat 76crimes.com, '76 countries where homosexuality is illegal (May 2017)' <<https://76crimes.com/76-countries-where-homosexuality-is-illegal/>>.

⁷⁵ Termasuk dalam kategori ini adalah Indonesia, dimana Indonesia tidak memiliki hukum yang spesifik tentang LGBT dan Pernikahan Sesama Jenis, apakah melegalkan atau melarang dan mengkriminalkannya.

⁷⁶ Lihat data dan pengeleompokan yang dilakukan oleh ILGA misalnya, ILGA mengelompokan Indonesia kedalam kelompok negara-negara yang tidak memiliki hukum yang spesifik terkait LGBT; apakah melarang atau melegalkannya. Lihat Lihat International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA), 'Maps of sexual orientation laws (May 2017)' <<http://ilga.org/maps-sexual-orientation-laws>>.

⁷⁷ Fakta ini bahkan diakui sendiri oleh Wakil Presiden Jusuf Kala yang mengeluh belum adanya aturan hukum di Indonesia yang jelas dan tegas terkait LGBT. Lihat Republika.co.id, 'JK: Hukum LGBT di Indonesia Masih Belum Jelas,' <<https://www.republika.co.id/berita/nasional/umum/16/02/15/o216nd282-jk-hukum-lgbt-di-indonesia-masih-belum-jelas>>.

Demikian itulah jawaban normatif/yuridis atas pertanyaan ‘apakah Indonesia melegalkan atau melarang LGBT dan pernikahan sesama jenis’?

Artinya, jika dilihat dari sudut pandang yuridis atau positif-legalistik, akan nampak bahwa Indonesia termasuk dalam kelompok negara yang tidak mengatur secara spesifik hukum tentang LGBT dan pernikahan sesama jenis, apakah melegalkan atau mengkriminalisasikannya.⁷⁸

Pertanyaan besar yang kemudian muncul ialah ‘bukan kah Indonesia merupakan negara dengan populasi Muslim terbanyak di dunia⁷⁹ di mana hukum Islam (*sharia*) dikenal sangat keras menentang pernikahan sesama jenis, lalu mengapa peraturan perundang-undangan di Indonesia tidak melarang dan mengkriminalisasikannya?

Jawaban pokok yang dapat diajukan terkait pertanyaan krusial di atas ialah karena hingga saat ini, Indonesia masih menggunakan kitab undang-undang hukum pidana warisan kolonial Belanda (produk hukum barat). Itulah sebabnya secara normatif (positif-legalistik) hukum pidana di Indonesia tidak melarang dan menyediakan sanksi pidana bagi pelaku LGBT dan pernikahan sesama jenis. Sebab aturan tersebut memang tidak terdapat di dalam kitab undang-undang hukum pidana warisan kolonial Belanda yang dibuat oleh peradaban Barat.⁸⁰ Perilaku LGBT dan pernikahan sesama jenis oleh masyarakat Belanda tidak dianggap sebagai sebuah tindak pidana (kecuali menyasar anak di bawah umur) sehingga tidak ada larangan dan ancaman pidana bagi pelakunya di dalam KUHP warisan kolonial Belanda tersebut.⁸¹ Dan celakanya, KUHP itu terus diberlakukan hingga sekarang, puluhan tahun setelah Indonesia merdeka sejak 17 Agustus 1945 silam. Oleh karenanya aturan-aturan yang terdapat dalam KUHP buatan Belanda itulah yang berlaku dan menjadi hukum pidana materiil di Indonesia hingga saat ini.

Akan tetapi, walaupun secara normatif atau positif-legalistik tidak ada sanksi pidana bagi LGBT dan pernikahan sesama jenis namun tidak ada juga aturan hukum di Indonesia yang membenarkan atau melegalkan tindakan tersebut. Dengan kata lain, tidak adanya sanksi pidana bagi pelaku LGBT dan pernikahan sesama jenis di Indonesia tidak berarti bahwa tindakan tersebut legal.⁸² Itulah sebabnya di atas dikatakan bahwa Indonesia tergolong sebagai negara yang tidak

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Lihat Pew Research Center, ‘Muslim Population of Indonesia’ (2010) <<http://www.pewforum.org/2010/11/04/muslim-population-of-indonesia/>>.

⁸⁰ Lihat *Euis Sunarti v Government of the Republic of Indonesia* (Constitutional Court of the Republic of Indonesia, 6 December 20017), 27-34.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² See Tempo.co, ‘LGBT will Not be Legal in Indonesia: VP Kalla,’ <http://en.tempo.co/read/news/2018/01/24/055915120/LGBT-will-Not-be-Legal-in-Indonesia-VP-Kalla>.

memiliki hukum yang spesifik terkait LGBT dan pernikahan sesama jenis. Sebab di satu sisi, tidak ada sanksi pidana bagi pelaku LGBT dan pernikahan sesama jenis, akan tetapi di sisi yang lain tidak ada juga aturan hukum yang membenarkan dan melegalkan tindakan tersebut. Keadaan yang abu-abu inilah yang menjadikan Indonesia sebagai objek studi kasus yang unik dan sayang untuk dilewatkan pembahasannya, apalagi jika dikaitkan dengan kondisi Indonesia sebagai *'religiuous nation state'*⁸³ yang menjadi rumah bagi banyak agama di mana kita tahu persis bahwa semua agama melarang LGBT dan pernikahan sesama jenis.⁸⁴

Kondisi anomali tersebut menunjukkan bahwa ada kesenjangan antara keyakinan rakyat Indonesia yang bersumber dari ajaran agama yang menolak pernikahan sesama jenis dengan kenyataan hukum yang berlaku di Indonesia yang tidak mengategorikannya sebagai tindak pidana.

Kesenjangan antara hukum tertulis (hukum positif) yang tidak tegas dalam mengatur permasalahan LGBT dengan keyakinan masyarakat Indonesia yang sebagian besarnya didasarkan pada nilai-nilai agama ini telah mendorong perdebatan yang cukup hebat di Indonesia.⁸⁵ Banyak kalangan yang menginginkan agar hukum terkait LGBT dan pernikahan sesama jenis dipertegas, yakni dengan menjadikannya sebagai tindakan pidana (kebijakan kriminalisasi) sehingga pelakunya dapat dipidana. Akan tetapi tidak sedikit juga kalangan yang menginginkan agar LGBT dan pernikahan sesama jenis dilegalkan. Singkatnya, ada perdebatan yang cukup sengit antara kelompok yang pro dan kontra LGBT.⁸⁶

Salah satu kelompok yang kontra LGBT ini bahkan pernah mengajukan permohonan *judicial review* atas beberapa Pasal dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (*Code Penal*) yang menyangkut kejahatan seksual di Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MK RI) pada tahun 2016. Para Pemohon meminta agar Pasal mengenai kejahatan seksual yang tercantum dalam KUHP diperluas cakupannya/ rumusannya, dari sebelumnya hanya menjangkau pelaku cabul sesama jenis terhadap anak di bawah umur menjadi menjangkau juga pelaku cabul sesama

⁸³ Istilah 'religiuous nation state' ini menurut Hamid Chalid ialah istilah yang tepat untuk Indonesia. Sebab meskipun Negara Indonesia bukan negara agama, akan tetapi bangsa Indonesia juga tidak melepaskan diri dari agama seperti negara-negara barat pada umumnya, apalagi memusuhi agama seperti yang terjadi di negara-negara komunis. Sebaliknya, Negara Indonesia menghormati semua agama, bahkan menjamin pemenuhan dan pemajuan kehidupan beragama rakyatnya sebagaimana diamanatkan oleh UUD 1945 (*while the Indonesian state does not have an established state religion, the Indonesian people have not turned their backs on religion, as many people have in the Western countries in general, much less become openly hostile to religion, as was the case in the Communist countries. Rather, the Indonesian state respects all religions, and guarantees the fulfillment and promotion of the religious life of the people, as mandated by the Constitution*). Lihat Hamid Chalid, 'Freedom of Religion in the Midst of Indonesia's Plural Society,' (2018) 1 *The Review of Faith and International Affairs*, 78.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *The Jakarta Post*, 'Difficult for Indonesia to legalize gay marriage: Minister,' <<http://www.thejakartapost.com/news/2015/07/02/difficult-indonesia-legalize-gay-marriage-minister.html>>.

⁸⁶ *Ibid.*

jenis yang berusia dewasa.⁸⁷ Tujuan dari permohonan ini tidak lain ialah untuk mengkriminalisasi pelaku LGBT dan pernikahan sesama jenis yang dinilai tidak sesuai dengan nilai-nilai agama dan jati diri bangsa Indonesia sebagai bangsa Timur yang religius.

Permohonan *judicial review* tersebut pada akhirnya ditolak oleh MK RI dengan alasan bahwa apa yang dimohonkan oleh para pemohon lebih merupakan permohonan untuk mengubah rumusan/bunyi suatu pasal undang-undang daripada permohonan untuk membatalkannya. Hal tersebut menurut mahkamah berada di luar kewenangannya di mana mahkamah hanya berwenang untuk membatalkan undang-undang, bukan mengubahnya. Oleh karenanya dalam putusan tersebut mahkamah menyarankan agar para Pemohon mengajukan aspirasinya kepada lembaga yang tepat, yakni Parlemen.⁸⁸

Dengan demikian, keluarnya Putusan MK RI di atas sama sekali tidak mengubah apa pun terkait hukum bagi pelaku LGBT dan pernikahan sesama jenis. Aturan hukum terkait LGBT dan pernikahan sesama jenis di Indonesia masih tetap abu-abu alias tidak jelas.⁸⁹ Di satu sisi, tidak ada sanksi pidana bagi pelaku LGBT dan pernikahan sesama jenis, akan tetapi di sisi yang lain tidak ada juga legalisasi terhadapnya.

Namun demikian, meski secara normatif tidak ada sanksi pidana bagi pelaku LGBT dan pernikahan sesama jenis, akan tetapi secara umum dan secara sosiologis, LGBT dan pernikahan sesama jenis tidak diakui dan tidak diterima di Indonesia. Hal tersebut dapat dibuktikan (salah satunya) dengan pernyataan sikap dari kelompok-kelompok atau organisasi-organisasi keagamaan dari lima agama besar di Indonesia (Islam,⁹⁰ Kristen,⁹¹ Budha,⁹² Hindu,⁹³ dan Kong Hu Chu)

⁸⁷ Lihat *Euis Sunarti v Government of the Republic of Indonesia* (Constitutional Court of the Republic of Indonesia, 6 December 20017), 19-41.
⁸⁸ *Ibid*, 427-53. Pertimbangan hukum MK RI dalam putusan ini sangat mirip dengan Putusan Pengadilan Banding (*court of appeal*) Singapura dalam kasus *Tan Eng Hong v Attorney General* (2010), di mana pengadilan menolak permohonan Pemohon karena alasan formil, yakni apa yang dimohon oleh Pemohon berada di luar kewenangan Pengadilan karena menuntut perubahan rumusan suatu undang-undang.
⁸⁹ Lihat Pan Mohamad Faiz dalam Sindonews.com, 'Salah Paham Putusan MK,' <<https://nasional.sindonews.com/read/1268929/18/salah-paham-putusan-mk-1514318710>>.
⁹⁰ Sebagaimana diterangkan dalam kisah Nabi Luth yang diabadikan dalam Al-Qur'an Surat Al-Araf ayat 80-84 bahwa Tuhan mengutuk dan menghukum kaum gay. Islam dengan hukumnya (sharia) termasuk salah satu agama yang paling keras menentang hubungan sesama jenis. Hal tersebut dapat dilihat misalnya dari Hadits Nabi Muhammad yang berbunyi 'Barangsiapa yang kalian dapati melakukan perbuatan kaum Nabi Luth (gay/sodomy) maka hukumlah pelaku dan pasangannya dengan hukuman mati' diriwayatkan oleh Tirmizi.
⁹¹ Sebagaimana diterangkan dalam Kitab Kejadian (Book of Genesis) 1 ayat 27-28 yang berbunyi 'Tuhan menciptakan laki-laki untuk berpasangan dengan perempuan dan Tuhan memberkati pasangan laki-laki dan perempuan serta diperintahkannya untuk beranak cucu' Lihat juga Kitab Imamat 20 ayat 13 yang berbunyi 'Bila seorang laki-laki tidur dengan laki-laki secara orang bersetubuh dengan perempuan, jadi keduanya melakukan suatu kekejian, pastilah mereka dihukum mati dan darah mereka tertimpa kepada mereka sendiri.'
⁹² Sebagaimana dikatakan oleh tokoh agama Budha Indonesia, Maha Pandita Utama Suhadi Sandjaja bahwa 'Budha memandang perkawinan sejenis sebagai tindakan tidak wajar dan menyimpang dari hukum alam. Sedangkan agama Budha sendiri didasarkan pada kewajaran dan hukum alam. Dan hukum alam mengatakan bahwa pernikahan adalah antara laki-laki dengan perempuan sehingga bisa menghasilkan keturunan secara alamiah.' Lihat mengenai hal ini dalam Republika, 'LGBT tidak Dibenarkan dalam Ajaran Budha (LGBT is not justified in Buddhist teachings)' <<https://www.republika.co.id/berita/nasional/umum/16/02/18/o2qib7365-walubi-lgbt-tidak-dibenarkan-dalam-ajaran-budha>>.
⁹³ Dalam salah satu Kitab Suci Umat Hindu 'Manawa Dharmasastra' disebutkan bahwa hubungan sesama jenis (baik lesbian maupun gay) adalah

yang kesemuanya menolak LGBT dan pernikahan sesama jenis karena dinilai bertentangan dengan ajaran agamanya masing-masing.⁹⁴ Begitu juga dalam kehidupan sehari-hari di tengah masyarakat Indonesia yang masih kental dengan nilai-nilai agama, tindakan LGBT dan pernikahan sesama jenis pastilah dianggap sebagai perbuatan yang tabu dan tercela karena tidak sesuai dengan hukum agama yang diyakini oleh masing-masing orang.

Berbeda dengan masyarakat dan negara-negara Barat yang mengakui hak untuk menikah bagi pasangan sesama jenis sebagai bagian dari hak asasi manusia yang dapat dituntut pemenuhannya layaknya hak menikah bagi pasangan berbeda jenis kelamin (heterosexual), masyarakat dan bangsa Indonesia tidak demikian. Masyarakat dan bangsa Indonesia sebagai sebuah '*religious nation state*' yang tidak terpisahkan dari ajaran-ajaran agama tidak memandang hak untuk menikah bagi pasangan sesama jenis sebagai bagian dari hak asasi manusia.⁹⁵

Konsep dan substansi pernikahan yang diterima oleh bangsa Indonesia dan kemudian diformilkan ke dalam hukum positif adalah konsep pernikahan yang merujuk pada hukum agama masing-masing warga negara. Seandainya seseorang adalah beragama Islam maka berlaku hukum agama Islam di bidang pernikahan terhadap orang tersebut, begitu juga seandainya orang itu beragama Kristen, Hindu, Budha, atau Kong Hu Chu, maka berlaku hukum agamanya masing-masing untuk menentukan sah atau tidaknya pernikahan tersebut. Jadi syarat dan tata cara pernikahan yang diakui oleh hukum positif di Indonesia adalah syarat dan tata cara pernikahan yang sesuai dengan hukum agama yang dianut oleh masing-masing warga negara. Hal tersebut tercantum dengan jelas pada Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan Indonesia yang berbunyi 'Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu.'⁹⁶

Dengan demikian, apa yang disebut dengan 'sekularisasi pernikahan' seperti yang terjadi di negara-negara Barat yang telah melegalkan pernikahan sesama jenis di mana pernikahan seolah-olah dilepaskan dari hukum agama, tidak mungkin dapat dijumpai di Indonesia. Sebaliknya, pernikahan di Indonesia sangat kental

perbuatan yang terlarang dan diancam dengan hukuman pidana. Sedangkan orang yang menikah sesama jenis dilarang menggunakan upacara keagamaan Hindu dan tidak boleh membaca mantra suci 'Veda' sebab perbuatan itu dinilai telah menyimpang dari ajaran agama Hindu. Lihat Kompasiana, 'Homoseksual Bertentangan dengan Dharma (Homosexuals Contrary to Dharma)' <<https://www.kompasiana.com/mertamupu.co.id/5605cd7fb893731510fa0552/homoseksual-bertentangan-dengan-dharma?page=all>>.

⁹⁴ Liputan6, 'Ini Sikap Pemuka Agama Terhadap LGBT' <<https://www.liputan6.com/news/read/2439645/ini-sikap-pemuka-agama-terhadap-lgbt>>.

⁹⁵ Arief Ainul Yaqin, 'Kontroversi dan Fenomena Legalisasi LGBT di Berbagai Negara: Daftar Negara-Negara yang Melarang dan Melegalkan LGBT,' <<https://equityjusticia.blogspot.com/search?q=lgbt>>.

⁹⁶ Lihat Pasal 2 Undang-Undang Republik Indonesia No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

dengan ajaran agama, karena syarat dan tata cara pernikahan yang sah menurut hukum positif di Indonesia adalah pernikahan yang sesuai dengan hukum agama yang dianut masing-masing warga negara.⁹⁷ Sedangkan kita tahu bahwa semua agama yang ada di Indonesia hanya mengizinkan pernikahan bagi pasangan berbeda jenis kelamin (heteroseksual) dan menolak adanya pernikahan pasangan sesama jenis.⁹⁸

Realitas ini menunjukkan dengan pasti kepada kita bahwa pernikahan sesama jenis bukan merupakan bagian dari hak asasi manusia, apalagi hak asasi manusia yang bersifat universal.⁹⁹ Sebab pernikahan sesama jenis tidak diakui dan diterima di semua negara, lingkungan budaya, dan agama.¹⁰⁰ Ada banyak negara, lingkungan budaya, dan agama yang menolak dan menentang pernikahan sesama jenis.¹⁰¹ Alasannya bisa berbagai macam, sebagian besar alasan religius dan sebagian kecil lainnya adalah alasan-alasan yang bernuansa sekular, seperti alasan bertentangan dengan hukum/kodrat alam yang memandang pernikahan sebagai sarana untuk reproduksi atau menghasilkan keturunan demi kelangsungan umat manusia dari generasi ke generasi.

Namun demikian, apapun alasan penolakannya, hal itu sudah cukup membuktikan bahwa pernikahan sesama jenis bukanlah hak asasi manusia, sekurang-kurangnya tidak dapat dikatakan sebagai hak asasi manusia yang bersifat universal yang dapat dituntut pemenuhannya di semua negara di dunia.¹⁰² Sebab pernikahan sesama jenis amat sangat bertentangan dengan hukum agama yang hanya memberkati pernikahan pasangan laki-laki dan perempuan.¹⁰³ Sementara

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Lihat kembali nomor 88-92.

⁹⁹ Teori universalisme hak asasi manusia atau hak asasi manusia universal ini berangkat dari gagasan pokok bahwa manusia memiliki sejumlah hak dasar yang melekat pada tiap-tiap individu dan berlaku pada semua ruang dan waktu (lintas waktu, lintas batas-batas teritorial negara, lintas budaya, dan lintas agama). Pada intinya teori ini hendak mengatakan bahwa hak asasi manusia itu bersifat universal sehingga harus diterima dan diakui secara universal juga oleh semua orang/negara. Lihat penjelasan lebih lanjut mengenai teori universalisme hak asasi manusia ini (salah satunya) dalam Jack Donnelly, *Universal Human Right in Theory and Practice* (Cornell University Press 1989), 105-106.

¹⁰⁰ Kebalikan/lawan dari teori universalisme hak asasi manusia adalah teori relativisme budaya, yang pada intinya menyatakan bahwa tidak semua hak yang dimiliki atau mungkin dinikmati oleh manusia adalah hak asasi manusia yang bersifat universal yang harus diakui dan diterima oleh semua lingkungan budaya maupun negara. Teori ini menolak universalisme hak asasi manusia yang dianut dan disebarluaskan oleh negara-negara Barat. Teori ini umumnya diikuti dan digunakan oleh negara-negara dunia ketiga atau negara berkembang yang menolak hegemoni Barat dalam merumuskan kebijakan HAM internasional yang justru seringkali tidak sejalan dengan nilai-nilai tradisional yang dianut oleh negara-negara tersebut. Lihat penjelasan lebih lanjut mengenai hal ini dalam Satya Arinanto, *Hak Asasi Manusia dalam Transisi Politik di Indonesia*, (Center Study for Constitutional Law 2008), 91-97.

¹⁰¹ Dari 204 negara di seluruh dunia, tercatat hanya 27 saja yang telah melegalkan LGBT dan pernikahan sesama jenis. Itu artinya masih jauh lebih banyak negara yang melarang atau setidaknya-tidaknya tidak mengakui LGBT dan pernikahan sesama jenis di seluruh dunia. Lihat misalnya See International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA), 'Maps of sexual orientation laws (May 2017)' <<http://ilga.org/maps-sexual-orientation-laws/>>; 76crimes.com, '76 countries where homosexuality is illegal (May 2017)' <<https://76crimes.com/76-countries-where-homosexuality-is-illegal/>>; dan fortune.com, 'The 26 Countries That Have Legalized Same-Sex Marriage' <<http://fortune.com/2017/12/07/countries-that-legalized-same-sex-marriage/>>.

¹⁰² Hasan Zaini, 'LGBT Dalam Perspektif Hukum Islam,' (2016) 1 Jurnal Ilmiah Syari'ah, 65-73.

¹⁰³ Lihat kembali nomor 88-92.

untuk dapat dikatakan sebagai hak asasi manusia yang bersifat universal sehingga harus diterima dan diakui oleh semua negara di dunia, tentu saja hak tersebut harus tidak mempunyai pertentangan dengan hukum agama atau hukum Tuhan yang dianut oleh warga dunia.¹⁰⁴ Sebab tidak mungkin ada nilai-nilai HAM yang bertentangan dengan nilai-nilai Ketuhanan, karena HAM itu sendiri bersumber dari Tuhan (pemberian Tuhan). Kalau sampai ada perjuangan yang mengatasnamakan HAM tapi ternyata isi perjuangannya justru bertentangan dengan nilai-nilai Ketuhanan maka itu bukan HAM, sekali lagi itu bukan HAM.

KESIMPULAN

Tidak diragukan lagi, isu mengenai LGBT dan pernikahan sesama jenis adalah isu internasional yang sangat kontroversial dewasa ini. Isu ini telah diperbincangkan dan diperdebatkan dalam banyak forum, baik di level domestik (nasional) maupun di level internasional dan telah menggiring masyarakat dunia yang berasal dari berbagai lingkungan budaya, agama, dan negara ke dalam perdebatan yang membelah pemikiran dan sikap mereka; apakah pernikahan sesama jenis harus dilegalkan atau justru dilarang?

Bisa dikatakan tidak ada satu orang pun di dunia ini yang tidak memiliki tendensi atau pendapat tentang fenomena pernikahan sesama jenis. Kalau tidak mendukung pasti ia menolaknya. Berdasarkan penelitian ini dapat disimpulkan bahwa masyarakat Barat (Eropa dan Amerika Utara) yang dikenal liberal dan sekular lebih mudah menerima fenomena LGBT dan pernikahan sesama jenis, sementara masyarakat dari belahan dunia yang lain, utamanya negara-negara berpenduduk mayoritas Muslim dan negara-negara Timur cenderung lebih sulit dan bahkan banyak diantaranya yang menolak keras fenomena tersebut.

Tidak bisa dipungkiri bahwa alasan atau *background* agama menjadi unsur dominan dalam banyak kasus penolakan LGBT dan pernikahan sesama jenis, yakni bahwa agama-agama besar di dunia ini seperti Islam, Kristen, Hindu, dan Budha pada prinsipnya menolak LGBT dan pernikahan sesama jenis.

Itu artinya ada perbedaan nilai dan pandangan yang sangat tajam terkait fenomena LGBT dan pernikahan sesama jenis antara negara-negara atau komunitas-komunitas yang ada di dunia; ada yang menerima dan mengakuinya secara hukum

¹⁰⁴ Danieal Philpott, 'No Human Rights Without God' <<https://www.openglobalrights.org/no-human-rights-without-god/>>. Daniel Philpott is Professor of Political Science and Peace Studies and Director of the Center for Civil and Human Rights at the University of Notre Dame.

dan banyak juga yang menolak dan melarangnya, bahkan mengancamnya dengan sanksi pidana.

Dengan demikian, LGBT dan pernikahan sesama jenis bukanlah suatu fenomena atau hak yang diterima dan diakui di semua negara, lingkungan budaya, dan agama. Oleh karena itu LGBT dan pernikahan sesama jenis tidak memenuhi syarat untuk dikatakan sebagai hak asasi manusia yang bersifat universal. Sebab fenomena tersebut memang tidak memiliki nilai universal yang diterima pada semua ruang dan waktu layaknya hak asasi manusia yang bersifat universal lainnya seperti hak untuk hidup, hak untuk bebas bebas dari penyiksaan, hak untuk memeluk agama /keyakinan dan lain sebagainya.

Untuk itu, tidak perlu ada paksaan atau tekanan dari negara atau komunitas atau lembaga internasional tertentu terhadap negara lain untuk melegalkan pernikahan sesama jenis di negara yang bersangkutan. Sebab kebijakan untuk melegalkan atau melarang pernikahan sesama jenis sepenuhnya merupakan pilihan politik yang bersifat terbuka dan bebas dipilih oleh tiap-tiap negara berdaulat. Tidak ada kewajiban menurut hukum internasional untuk melegalkan atau melarangnya karena hal tersebut bukan merupakan standar hak sasi manusia dan standar moral yang bersifat universal yang dapat dipaksakan pengakuan dan pemenuhannya pada setiap negara.

DAFTAR PUSTAKA

76crimes.com, "76 countries where homosexuality is illegal (May 2017)," <https://76crimes.com/76-countries-where-homosexuality-is-illegal/>, Diakses 30 Desember 2019.

Afary, Janet. *Sexual Politics in Modern Iran* (Cambridge University Press 2009).

Arinanto, Satya. *Hak Asasi Manusia dalam Transisi Politik di Indonesia*, (Center Study for Constitutional Law 2008).

Bloomberg, "Singapore's Ban on Gay Male Sex Is Upheld by Top Court," <https://www.bloomberg.com/news/articles/2014-10-29/singapore-s-top-court-upholds-ban-on-sex-between-men>, Diakses tanggal 10 Januari 2020.

Budiardjo, Miriam *Dasar-Dasar Ilmu Politik* (Gramedia Pustaka Utama 2008).

Claude, Richard P. *The Clasical Model of Human Rights Development* (John Hopkins University Press 1977).

- CNN India, "India's top court decriminalizes gay sex in landmark ruling," Edisi 6 September 2018, <https://edition.cnn.com/2018/09/06/asia/india-gay-sex-ruling-intl/index.html>, Diakses tanggal 30 Desember 2019.
- Colvin, Roddrick A. 'Understanding Policy Adoption and Gay Rights: The role of the media and other factors' (2006) 2 *The Innovation Journal: The Public Sector Innovation Journal*.
- Donnelly, Jack. *Universal Human Right in Theory and Practice* (Cornell University Press 1989).
- Euis Sunarti v Government of the Republic of Indonesia* (Constitutional Court of the Republic of Indonesia, 6 December 20017).
- Feldblum, Chai R. 'Moral Conflict and Liberty: Gay Rights and Religion' (2006) 1 *Boorklyn Law Review*.
- fortune.com, "The 26 Countries That Have Legalized Same-Sex Marriage," <http://fortune.com/2017/12/07/countries-that-legalized-same-sex-marriage/>, Diakses tanggal 8 Januari 2020.
- Gary, Juneau and Neal S. Rubin, "Are LGBT rights human rights? Recent developments at the United Nations" <http://www.apa.org/international/pi/2012/06/un-matters.aspx>, Diakses tanggal 30 Desember 2019.
- Ghoshray, Saby. "Searching For Human Rights to Water amidst Corporate Privatization in India: Hindustan Coca-Cola Pvt. Ltd. v. Perumatty Grama Panchayat" (2007) 1 *Georgetown Int'l Environment Law Review*, 667-68.
- Hamid Chalid, 'Freedom of Religion in the Midst of Indonesia's Plural Society,' (2018) 1 *The Review of Faith and International Affairs*.
- Holzhacker, Ronald., 'Gay Rights Are Human Rights: The Framing of New Interpretations of International Human Rights Norms' (International Political Science Association Conference, Montreal, 19-24 July 2014).
- Huffington Post, "How One Of The World's Richest Countries Is Limiting Basic Human Rights," https://www.huffingtonpost.com/entry/lgbt-singapore_us_561633d5e4b0e66ad4c67fe7, Diakses tanggal 10 Januari 2020.
- Huffpost, "Apple CEO Tim Cook Says LGBTQ People Are 'A Unique And Special Gift' To The World," <https://www.huffingtonpost.com/entry/apple-ceo-tim->

- cook-lgbtq-loveloud-festival_us_5b61c31be4b0de86f49cf077, Diakses tanggal 4 Januari 2020.
- iNews.id, "Mayoritas Warga Singapura Menentang Dilegalkannya Gay," <https://www.inews.id/news/read/242833/mayoritas-warga-singapura-menentang-dilegalkannya-gay>, Diakses tanggal 8 Januari 2020.
- International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA), "Maps of sexual orientation laws (May 2017)," <http://ilga.org/maps-sexual-orientation-laws>, Diakses 30 Desember 2019.
- Jakarta Post, "Difficult for Indonesia to legalize gay marriage: Minister," <http://www.thejakartapost.com/news/2015/07/02/difficult-indonesia-legalize-gay-marriage-minister.html>, Diakses tanggal 13 Januari 2020.
- Kecia Ali, *Sexual Ethics & Islam* (One World Publishing 2006).
- Kompasiana, 'Alasan Amerika Melegalkan Pernikahan Sesama Jenis' <https://www.kompasiana.com/saumiere/55c1bd514f7a61de1839fde7/alasan-amerika-melegalkan-pernikahan-sesama-jenis>, Diakses tanggal 4 Januari 2020.
- Kompasiana, "Homoseksual Bertentangan dengan Dharma (Homosexuals Contrary to Dharma)," <https://www.kompasiana.com/mertamupu.co.id/5605cd7fb893731510fa0552/homoseksual-bertentangan-dengan-dharma?page=all>, Diakses tanggal 31 Desember 2019.
- Kugle, Scott Siraj al-Haqq. *Homosexuality in Islam: Critical Reflection on Gay, Lesbian and Transgender Muslims* (Oneworld Publications 2010).
- Lawrence v Texas (Supreme Court of the United States, 26 June 2003)*.
- Lim Meng Suang v Attorney-General* (The Court of Appeal of the Republic Singapore, 28 October 2014).
- Liputan6, "Ini Sikap Pemuka Agama Terhadap LGBT," <https://www.liputan6.com/news/read/2439645/ini-sikap-pemuka-agama-terhadap-lgbt>, Diakses tanggal 13 Januari 2020.
- Navtej Singh Johar v Union of India thr. Secretary Ministry of Law and Justice* (The Supreme Court of India, 6 September 2018).
- Norrie, Kenneth Mck., "Constitutional Challenges to Sexual Orientation Discrimination" (2008) 4 *International and Comparative Law Quarterly*.
- Obergefell v Hodges* (Supreme Court of the United States, 26 June 2015).

- Pew Research Center, "A global snapshot of same-sex marriage," <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2017/12/08/global-snapshot-sex-marriage/>, Diakses 30 Desember 2019.
- Pew Research Center, "Muslim Population of Indonesia (2010)," <http://www.pewforum.org/2010/11/04/muslim-population-of-indonesia>, Diakses tanggal 13 Januari 2020.
- Philpott, Danieal. "No Human Rights Without God," <https://www.openglobalrights.org/no-human-rights-without-god/>, Diakses tanggal 31 Desember 2019. Daniel Philpott is Professor of Political Science and Peace Studies and Director of the Center for Civil and Human Rights at the University of Notre Dame.
- Republika, "LGBT tidak Dibenarkan dalam Ajaran Budha (LGBT is not justified in Buddhist teachings)," <https://www.republika.co.id/berita/nasional/umum/16/02/18/o2qib7365-walubi-lgbt-tidak-dibenarkan-dalam-ajaran-budha>, Diakses tanggal 2 Januari 2020.
- Republika.co.id, "JK: Hukum LGBT di Indonesia Masih Belum Jelas," <https://www.republika.co.id/berita/nasional/umum/16/02/15/o2l6nd282-jk-hukum-lgbt-di-indonesia-masih-belum-jelas>, Diakses tanggal 13 Januari 2020.
- Richards, Claudina. 'The Legal Recognition of Same Sex Couple – The French Perspective' (2002) 2 International and Comparative Law Quarterly.
- Rochin versus California* (Supreme Court of the United States, 2 January 1952).
- Romer v Evans* (Supreme Court of the United States, 20 May 1996).
- Sindonews.com, "Salah Paham Putusan MK," <https://nasional.sindonews.com/read/1268929/18/salah-paham-putusan-mk-1514318710>, Diakses tanggal 13 Januari 2020.
- Singapore Law Watch, "Section 377A: An impotent anachronism," <http://www.singaporelawwatch.sg/Headlines/section-377a-an-impotent-anachronism>, Diakses tanggal 8 Januari 2020.
- Supreme Court of Singapore, "Case Summaries: Lim Meng Suang and another v Attorney-General," <https://www.supremecourt.gov.sg/news/case-summaries/lim-meng-suang-and-another-v-attorney-general>, Diakses tanggal 10 Januari 2020.

Tan Eng Hong v Attorney General (The Court of Appeal of the Republic Singapore, 21 August 2012).

Tempo.co, "LGBT will Not be Legal in Indonesia: VP Kalla," <http://en.tempo.co/read/news/2018/01/24/055915120/LGBT-will-Not-be-Legal-in-Indonesia-VP-Kalla>, Diakses tanggal 13 Januari 2020.

The Washington Post, "Anthony Kennedy and the four Supreme Court rulings that changed gay life in America," https://www.washingtonpost.com/lifestyle/style/anthony-kennedy-and-the-four-supreme-court-rulings-that-changed-gay-life-in-america/2018/06/27/fc2a345c-7a48-11e8-80be-6d32e182a3bc_story.html?noredirect=on&utm_term=.7089beab97e3, Diakses tanggal 2 Januari 2020.

The Washington Post, "Massachusetts Arrives at Moment for Same-Sex Marriage," <https://www.nytimes.com/2004/05/17/us/massachusetts-arrives-at-moment-for-same-sex-marriage.html>, Diakses tanggal 2 Januari 2020.

United Nation, "Ban calls for efforts to secure equal rights for LGBT community," <http://www.un.org/sustainabledevelopment/blog/2016/09/ban-calls-for-efforts-to-secure-equal-rights-for-lgbt-community/>, Diakses tanggal 31 Desember 2019.

United States v Windsor (Supreme Court of the United States, 26 June 2013).

USA TODAY, "Obama: Gay marriage ruling is a victory for America," <https://www.usatoday.com/story/news/politics/2015/06/26/obama-gay-marriage-ruling/29328755/>, Diakses tanggal 4 Januari 2020.

VOA News, "US Same-Sex Marriage Ruling Likely to Impact Other Countries," <https://www.voanews.com/a/ap-us-same-sex-marriage-ruling-likely-to-impact-other-countries/2840511.html>, Diakses tanggal 2 Januari 2020.

Yaqin, Arief Ainul. "Benarkah LGBT bagian dari HAM (Sebuah Koreksi terhadap Gerakan LGBT dari Perspektif HAM)?" <http://equityjusticia.blogspot.co.id/2016/02/benarkah-lgbt-bagian-dari-ham-sebuah.html>, Diakses tanggal 31 Desember 2019.

Yaqin, Arief Ainul. "Kontroversi dan Fenomena Legalisasi LGBT di Berbagai Negara: Daftar Negara-Negara yang Melarang dan Melegalkan LGBT," <http://equityjusticia.blogspot.com/2018/01/data-dan-fakta-seputar-fenomena.html>, Diakses tanggal 8 Januari 2020.

Zaini, Hasan. 'LGBT Dalam Perspektif Hukum Islam,

**Menimbang Model Pengujian
Keputusan Pejabat Publik
oleh Mahkamah Konstitusi Republik
Indonesia (Studi Perbandingan
Indonesia dan Korea Selatan)**

***Considering the Model of Review
of Public Official Decisions
by the Constitutional Court of the
Republic of Indonesia
(Comparative Study of Indonesia and
South Korea)***

Yunita Nurwulantari dan Anna Erliyana

Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia,
Jl. Salemba Raya 4, Kenari, Senen, Jakarta Pusat, 10430.
E-mail: yunita.nurwulantari@gmail.com | annaerliyana@gmail.com

Naskah diterima: 25-01-2021 revisi: 26-03-2021 disetujui: 29-03-2021

Abstrak

Pengujian keputusan pejabat publik di Indonesia yang selama ini menjadi kewenangan Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN) seharusnya dapat dilakukan melalui mekanisme pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) yang ditambahkan dalam kewenangan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MKRI). Hal ini disebabkan semua pejabat publik berpotensi untuk melakukan perbuatan yang melanggar atau merugikan hak-hak konstitusional warga negara yang dijamin dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Penambahan kewenangan untuk menguji dan memutus perkara pengaduan konstitusional ini seharusnya dimungkinkan dalam rangka menjalankan fungsi Mahkamah Konstitusi sebagai pengawal konstitusi sebagaimana diimplementasikan pada negara-negara yang menerapkan prinsip supremasi konstitusi, salah satunya adalah sebagaimana yang diterapkan dalam Mahkamah Konstitusi Korea Selatan. Sekalipun Korea

Selatan memiliki peradilan administrasi yang juga memiliki kewenangan untuk melakukan pengujian keputusan pejabat publik, namun Korea Selatan masih membuka ruang bagi warga negaranya untuk melakukan pengaduan konstitusional di Mahkamah Konstitusi Korea apabila terdapat keputusan pejabat publik yang dinilai merugikan dan melanggar hak konstitusional warga negara yang telah dijamin dalam konstitusi. Dengan demikian, manakala seluruh upaya hukum (*legal remedy*) atas pelanggaran hak konstitusional akibat dikeluarkannya suatu keputusan pejabat publik, telah dilakukan (*exhausted*), namun pelanggaran tetap terjadi, maka adanya mekanisme pengaduan konstitusional menjadi kebutuhan untuk memberikan perlindungan yang maksimum atas hak konstitusional warga negara. Oleh karenanya, penambahan kewenangan untuk mengadili dan memutus perkara pengaduan konstitusional itupun juga tidak dapat dipisahkan dari kewenangan Mahkamah Konstitusi.

Kata kunci: *Pengujian Keputusan Pejabat Publik, Pengadilan Tata Usaha Negara, Pengaduan Konstitusional, Mahkamah Konstitusi.*

Abstract

Testing public officials decision in Indonesia, which has been the authority of the State Administrative Court (PTUN) should be done through a constitutional complaint mechanism, written under the authority of the Constitutional Court of the Republic of Indonesia (MKRI). This is due to all public officials have the potential to perform acts that violate or harm the constitutional rights of citizens as guaranteed in the 1945 Constitution (UUD 1945). This additional authority to examine and decide cases of constitutional complaints should be possible in the framework of carrying out the functions of the Constitutional Court as the guardian of the constitution as implemented in countries that apply the principle of constitutional supremacy, one of which is as applied in the Constitutional Court of The South Korea. Even though South Korea has an administrative court which also has the authority to examine the decision of public officials, South Korea still open space for its citizens to file constitutional complaint in Constitutional Court of South Korea when there is a public official decision that harm and violating the constitutional rights of the citizens that have been guaranteed in constitution. Thus, when all legal remedy for violations of constitutional rights as a result of the issuance of public official decision has been exhausted, but violations still occur, then this constitutional complaint mechanism into the need to provides maximum protection and respect the constitutional rights of citizens. Therefore, the additional authority to examine and decide constitutional complaint can not be separated from the authority of the Constitutional Court.

Keywords: *Testing Public Officials Decision, State Administrative Court, Constitutional Complaint, Constitutional Court.*

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Keputusan pejabat publik merupakan produk hukum yang dikeluarkan oleh pejabat publik sebagai otoritas penyelenggaraan kepentingan umum (*public service*) baik di tingkat pusat maupun daerah yang memiliki kewenangan untuk menjalankan roda pemerintahan. Dalam Pasal 1 angka 8 Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2008 tentang Keterbukaan Informasi Publik, pejabat publik dimaknai sebagai orang yang ditunjuk dan diberi tugas untuk menduduki posisi atau jabatan tertentu pada badan publik. Sementara badan publik dalam Pasal 1 angka 3 diartikan sebagai lembaga eksekutif, legislatif, yudikatif, dan badan lain yang fungsi dan tugas pokoknya berkaitan dengan penyelenggaraan negara, yang sebagian atau seluruh dananya bersumber dari anggaran pendapatan dan belanja negara (APBN) dan/atau anggaran pendapatan dan belanja daerah (APBD), atau organisasi non-pemerintah sepanjang sebagian atau seluruh dananya bersumber dari APBN dan/atau APBD, sumbangan masyarakat, dan/atau luar negeri. Beranjak dari pengertian tersebut, maka pejabat publik sama artinya dengan *regering*,¹ yakni pejabat publik menentukan bentuk kekuasaan suatu negara dan pemerintahannya sendiri. Oleh karenanya, C.F. Strong memberikan perumpamaan, pejabat publik selain sebagai sebuah mesin negara (*State's Machinery*) yang juga dianggap sebagai penyelenggara kekuasaan (*authority*).² Dengan demikian terlihat bahwa, pejabat publik merupakan bagian terpenting dari organ suatu negara untuk mencapai tujuannya. Untuk mencapai tujuan negara dimaksud, pejabat publik bertindak sesuai kewenangan yang dimilikinya, termasuk dalam melakukan tindakan-tindakan hukum, khususnya dalam membentuk suatu keputusan-keputusan yang bersifat administratif sebagai salah satu instrumen yuridis dalam menjalankan pemerintahan.³ Di Indonesia, penyelenggaraan urusan pemerintahan dilaksanakan oleh Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku.⁴

Sedangkan keputusan pejabat publik dimaknai sebagai setiap jenis keputusan administratif yang dikeluarkan oleh pejabat publik dalam rangka pelaksanaan

¹ Amrah Muslimin, *Beberapa Asas dan Pengertian Pokok Tentang Administrasi Dan Hukum Administrasi*, Bandung: Alumni, 1985, h. 83, dan Moh. Mahfud MD, *Dasar Dan Struktur Ketatanegaraan Indonesia*, Yogyakarta: UII Press, 2001, h. 66.

² C.F. Strong, *Modern Political Constitutions*, London: Sidgwick & Jackson Limited, 1952, h. 66.

³ Paulus Effendi Lotulung, *Hukum Tata Usaha Negara dan Kekuasaan*, Jakarta: Salemba Humanika, 2013, h. 28.

⁴ *Undang-Undang Tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara*, UU Nomor 51 Tahun 2009, LN No.160 Tahun 2009, TLN No. 5079, Pasal 1 angka 8.

kewenangannya untuk mengatur hubungan antara badan atau pejabat tata usaha negara dengan warga masyarakat yang berisi hak dan kewajiban-kewajiban. Pengertian administratif yang dimaksud dalam hal ini menurut konsep hukum administrasi sebagaimana dirumuskan oleh Philipus M. Hadjon, yaitu *administrative law* yang mengandung konotasi negara atau publik.⁵ Dari sifatnya, keputusan administratif menurut A. Hamid S. Attamimi meliputi⁶: i) keputusan administratif berentang umum (*berluiten van algemene strekking*), dimana kategori norma dalam keputusan ini bersifat umum dan konkret, serta merupakan produk badan atau pejabat tata usaha negara yang bertujuan mengatur kepentingan dan ketertiban masyarakat; dan ii) keputusan administratif yang ditujukan kepada orang-orang tertentu atau disebut Keputusan Tata Usaha Negara dalam Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009, yang juga dimaknai sebagai suatu penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh badan atau pejabat tata usaha negara dan berisi tindakan hukum tata usaha negara berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, bersifat konkret, individual, dan final, serta menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata.⁷

Sedangkan menurut Pasal 1 angka 7 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, keputusan administrasi pemerintahan yang juga disebut Keputusan Tata Usaha Negara atau Keputusan Administrasi Negara adalah ketetapan tertulis yang dikeluarkan oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dalam penyelenggaraan pemerintahan. Dengan demikian, konsep keputusan pejabat publik yang digunakan dalam kajian konseptual ini adalah keputusan yang merupakan tindakan hukum yang bersifat sepihak dalam bidang pemerintahan, dilakukan oleh pejabat publik atau suatu badan pemerintahan berdasarkan wewenang luar biasa yaitu menurut ketentuan hukum publik. Lebih spesifik yang dimaksud di sini adalah keputusan administratif berentang umum dalam konsep menurut A. Hamid S. Attamimi yang didalamnya mengandung norma hukum yang bersifat umum dan konkret. Dimana didalamnya juga meliputi keputusan berentang umum yang dibuat oleh pejabat tata usaha negara.

Dalam prakteknya, apabila terdapat sengketa yang timbul dalam bidang tata usaha negara antara orang atau badan hukum perdata dengan badan atau pejabat

⁵ Philipus M. Hadjon, *et.al.*, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2019, h. 3.

⁶ A. Hamid S. Attamimi, *Hukum Tentang Peraturan Perundang-Undangan dan Peraturan Kebijakan (Hukum Tata Pengaturan)*, Jakarta: Fakultas Hukum UI, 1993, h. 15.

⁷ Indonesia, 2009, *Undang-Undang Tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara*, UU Nomor 51 Tahun 2009, LN No. 160 Tahun 2009, TLN No. 5079, Pasal 1 angka 9.

tata usaha negara, baik di pusat maupun di daerah, sebagai akibat dikeluarkannya suatu keputusan tata usaha negara, maka yang berwenang untuk memeriksa, memutus dan menyelesaikan sengketa tersebut adalah Peradilan Tata Usaha Negara.⁸ Salah satu alasan yang dapat digunakan oleh pihak yang bersengketa dalam gugatannya adalah apabila keputusan tata usaha negara yang digugat itu bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Namun demikian, gugatan ini dapat dilakukan manakala seluruh upaya administratif (pengajuan keberatan atau banding administratif) yang tersedia telah ditempuh oleh penggugat. Kemudian, keputusan yang ditetapkan dan/atau dilakukan dengan melampaui wewenang atau yang dilakukan dengan mencampuradukkan wewenang sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan dapat dinyatakan tidak sah ataupun dapat dibatalkan apabila telah diuji dan telah memperoleh putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap.⁹

Persoalannya, apakah pengujian keputusan pejabat publik dalam hal ini keputusan tata usaha negara yang dianggap bertentangan dengan peraturan perundang-undangan tersebut pada peradilan tata usaha negara selama ini merupakan mekanisme yang ideal, dalam arti telah memberikan perlindungan dan jaminan yang maksimum atas hak-hak konstitusional warga negara? Salah satu cara untuk memperlihatkan bahwa hal ini telah ideal adalah dengan melihat konsep dan mekanisme pengujian keputusan tata usaha negara di Indonesia dan membandingkannya dengan negara lain. Kajian konseptual ini dimaksudkan untuk memperlihatkan persoalan jaminan dan perlindungan maksimum atas hak konstitusional warga negara yang berpotensi untuk dilanggar oleh pejabat-pejabat publik melalui keputusan-keputusan pejabat publik yang dikeluarkannya. Kajian ini akan memperlihatkan bahwa mekanisme pengujian keputusan pejabat publik, yakni melalui upaya administratif dan kemudian melalui mekanisme gugatan di pengadilan memiliki persoalan dalam kaitannya dengan, *pertama*, rentang waktu yang cukup lama dan harus ditempuh oleh pihak yang dirugikan atas dikeluarkan keputusan tata usaha negara tersebut. Hal ini terlihat jelas dari diharuskannya menempuh upaya administratif terlebih dahulu sebelum mengajukan gugatan ke peradilan tata usaha negara, dimana masing-masing upaya administratif tersebut

⁸ Indonesia, 1986, *Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara*, UU Nomor 5 Tahun 1986, LN No. 77 Tahun 1986, TLN No. 3344, Pasal 47.

⁹ Indonesia, 2014, *Undang-Undang Administrasi Pemerintahan*, UU Nomor 30 Tahun 2014, LN No 292 Tahun 2014, TLN No. 5601, Pasal 19 ayat (1) dan (2).

saja sudah membutuhkan waktu yang tidak sebentar, belum lagi ditambahkan waktu penyelesaian di peradilan tata usaha negara yang kurang lebih dapat membutuhkan waktu selama 42 hari.¹⁰ *Kedua*, sebelum persoalan tersebut sampai pada Peradilan Tata Usaha Negara, tingkat obyektifitas penilaian dalam upaya administratif kerap kali terjadi mengingat pejabat pembuat keputusan terkadang memiliki kepentingan baik secara langsung maupun tidak langsung sehingga mengurangi penilaian maksimal yang seharusnya ditempuh.¹¹

Penelitian ini akan dimulai dengan penjelasan mengenai kedudukan Peradilan Tata Usaha Negara dalam sistem ketatanegaraan di Indonesia sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan. Bagian selanjutnya menjelaskan terkait kedudukan *The Administrative Court* (Peradilan Administrasi) dalam sistem ketatanegaraan di Korea Selatan. Hal ini ditujukan untuk memberikan gambaran perbandingan mengingat Korea Selatan yang juga merupakan negara berbentuk kesatuan (*unitary state*) selain memiliki peradilan administratif layaknya di Indonesia, juga memiliki Mahkamah Konstitusi yang salah satu kewenangannya adalah mengadili dan memutus perkara pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) dimana salah satu objek pengaduan konstitusionalnya adalah keputusan pejabat publik. Kajian konseptual ini menggunakan berbagai literatur untuk menjelaskan kedudukan peradilan administrasi di Indonesia dan Korea, berikut mekanisme pengujian keputusan pejabat publiknya. Bagian selanjutnya memberikan analisis mengenai potensi pengujian keputusan pejabat publik oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia melalui mekanisme pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) sebagaimana telah dipraktekkan di Korea Selatan, sedangkan bagian terakhir merupakan kesimpulan.

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang di atas, maka permasalahan yang diangkat dalam kajian konseptual ini adalah: *pertama*, bagaimana kedudukan Peradilan Tata Usaha Negara dalam sistem ketatanegaraan di Indonesia? *Kedua*, bagaimana kedudukan *The Administrative Court* dalam sistem ketatanegaraan Korea Selatan? *Ketiga*, bagaimanakah potensi pengujian keputusan pejabat publik oleh Mahkamah Konstitusi melalui mekanisme pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*)?

¹⁰ *Ibid*, Pasal 21 ayat (3) dan (5).

¹¹ Soemaryono, dan Anna Erliyana, *Tuntunan Praktek Beracara di Peradilan Tata Usaha Negara*, PT. Premedya Pustaka, Jakarta, 1999, h. 8.

PEMBAHASAN

A. Kedudukan Peradilan Tata Usaha Negara dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia

Perlunya peradilan tata usaha negara dalam sistem kekuasaan kehakiman di Indonesia salah satunya dapat dilacak dalam pemikiran yang dikemukakan oleh Rochmat Soemitro. Dalam disertasinya, dikemukakan pemikiran-pemikiran konstitusional tentang eksistensi peradilan administrasi negara.¹² Menurutnya, penyelesaian sengketa dalam bidang administrasi negara secara tepat adalah melalui peradilan administrasi negara karena¹³:

1. Peradilan umum kewalahan dalam menyelesaikan perkara yang menjadi kompetensinya;
2. Ketepatan putusan terjamin, karena penyelesaian sengketa melalui peradilan administrasi dilakukan oleh sarjana hukum yang ahli dalam masing-masing bidangnya;
3. Penyelesaian perkara melalui peradilan administrasi akan meringankan beban peradilan umum;
4. Penyelesaian perkara dapat dilakukan dengan cepat;
5. Beberapa sengketa akan dapat diselesaikan melalui jalan surat keberatan karena saluran ini lebih mudah dan lebih supel daripada melalui saluran yuridis murni;
6. Penyelesaian melalui peradilan administrasi mempunyai bobot yang sama dengan peradilan umum, karena keduanya termasuk dalam kekuasaan kehakiman.

Keberadaan Peradilan Tata Usaha Negara adalah konsekuensi dari diundangkannya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara (UU No. 5/1986). Lahirnya undang-undang ini merupakan amanat Pasal 24 ayat (1) UUD NKRI 1945 yang menyatakan bahwa kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan yang dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan-badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan

¹² Rochmat Soemitro, *Masalah Peradilan Administrasi dalam Hukum Pajak di Indonesia*, Bandung: Eresco, 1976, sebagaimana dikutip ulang oleh Sirajuddin dan Winardi, *Dasar-Dasar Hukum Tata Negara Indonesia*, Malang: Setara Press, 2015, h. 157.

¹³ Rochmat Soemitro, *Peradilan Tata Usaha Negara dan Perlindungan Hak-Hak Azasi*, kertas kerja disampaikan pada seminar hukum nasional IV di Jakarta, 1979, h. 23, dalam Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*, Surabaya: Bina Ilmu, 1987, h. 151-152.

peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi".¹⁴ Dengan demikian, Pengadilan Tata Usaha Negara memiliki kedudukan yang sepadan dan sejajar dengan pengadilan lain di bawah Mahkamah Agung yang menyelenggarakan kekuasaan kehakiman yang bebas dari campur tangan, paksaan, perintah maupun rekomendasi dari pihak luar.

Lahirnya UU No. 5/1986 bagaikan dua sisi mata uang, disatu sisi adalah untuk melindungi warga masyarakat dari tindakan sewenang-wenang pejabat/aparatur pemerintah, sedangkan di sisi lain adalah dalam kerangka pembinaan, penyempurnaan dan penertiban aparatur pemerintah agar dalam melaksanakan tugasnya selalu berdasarkan ketentuan perundang-undangan yang berlaku.¹⁵ Sistem Peradilan Tata Usaha Negara (PTUN) di Indonesia cukup unik, karena tidak mengikuti sepenuhnya sistem PTUN di negara-negara *Civil Law*, yakni memiliki dua set peradilan (*duality of jurisdiction*), dimana PTUN merupakan lembaga tersendiri yang tidak berada di bawah Mahkamah Agung. Dengan prinsip bahwa terdapat pemisahan kekuasaan secara tegas antara eksekutif dan yudikatif, maka yudikatif dilarang untuk mencampuri urusan eksekutif dalam menjalankan tugasnya, sehingga PTUN bukan merupakan lembaga yang posisinya di bawah Mahkamah Agung, melainkan berpuncak kepada eksekutif atau setidaknya tidaknya lembaga hukum sendiri.

Struktur PTUN di Indonesia dapat dikatakan lebih mengarah kepada konsep *unity of jurisdiction* sebagaimana diterapkan oleh negara-negara *Common Law* yang tidak mengenal eksistensi PTUN secara mandiri, dimana sengketa tata usaha negara diadili oleh pengadilan umum yang berpuncak kepada Mahkamah Agung. Meskipun demikian menurut Yodi Martono Wahyunadi hal demikian bukan berarti PTUN Indonesia menganut sistem *Common Law*, karena sekalipun PTUN di Indonesia tidak eksis secara mandiri dan masih berada dibawah Mahkamah Agung, namun dalam pelaksanaan fungsinya PTUN Indonesia lebih cenderung pada konsep *Civil Law* yang memposisikan Pejabat Pemerintahan tidak sejajar dihadapan pengadilan.¹⁶ Oleh karena posisi PTUN dan peradilan umum dalam struktur peradilan di Indonesia adalah sama-sama menjalankan kekuasaan

¹⁴ Ketentuan sebagaimana diatur dalam Pasal 24 ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 tersebut di atas, ditegaskan kembali dalam Pasal 1 dan 2 Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

¹⁵ Sjahran Basah, *Eksistensi dan Tolak Ukur Badan Peradilan Administrasi di Indonesia*, Bandung: Alumni, 1985, sebagaimana dikutip ulang dalam Sirajuddin dan Winardi, *Dasar-Dasar Hukum Tata Negara...* op.cit., h. 159.

¹⁶ Yodi Martono Wahyunadi, Hakim Agung pada Mahkamah Agung Republik Indonesia, wawancara pada tanggal 20 November 2017. dalam Riawan Tjandra, Willy, 2013, "Perbandingan Sistem Peradilan Tata Usaha Negara dan Conseil d'etat sebagai Institusi Pengawas Tindakan Hukum Tata Usaha Negara", *Jurnal Hukum IUS QUIA IUSTUM* No. 3 Vol. 20 Juli.

kehakiman di bawah Mahkamah Agung, yang pemisahan keduanya hanya terbatas pada pemisahan instansi pengadilan tingkat pertama dan pengadilan tingkat banding saja, maka dapat dikatakan bahwa konsep sistem PTUN di Indonesia lebih mendekati sistem *unity of jurisdiction*.

PTUN bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan sengketa tata usaha negara di tingkat pertama, antara orang atau badan hukum perdata dengan badan atau pejabat tata usaha negara, sebagai akibat dikeluarkannya keputusan tata usaha negara, termasuk sengketa kepegawaian berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku.¹⁷ Seperti halnya peradilan-peradilan lain yang berpuncak pada Mahkamah Agung sebagai pengadilan negara tertinggi, kekuasaan kehakiman di lingkungan Peradilan TUN juga terbagi atas pengadilan tingkat pertama dan tingkat banding, yang disediakan untuk menyelesaikan sengketa antara pemerintah dan warga masyarakat dalam bidang hukum publik. Dalam menjalankan kewenangannya, PTUN setidaknya memiliki prinsip khusus PTUN, seperti:¹⁸ i) prinsip pembuktian bebas (*Vrij bewijs*), hakim bebas membebaskan pembuktian kepada para pihak yang dianggap kompeten menghadirkan bukti yang dibutuhkan; ii) prinsip keaktifan hakim (*active rechter/ domini litis principle*), prinsip ini berkaitan dengan prinsip sebelumnya yakni prinsip pembuktian bebas, karena hakim administrasi memiliki tanggung jawab untuk secara aktif menemukan kebenaran materiil terhadap sengketa yang diperiksanya; iii) prinsip *erga omnes*, prinsip ini berarti bahwa pejabat pemerintahan dalam membuat suatu keputusan telah mempertimbangkan semua kepentingan masyarakat (kepentingan umum) sehingga walaupun keputusan bersifat konkrit, individual dan final, namun apabila keputusan ini dipermasalahkan di PTUN maka putusan PTUN nantinya menimbulkan konsekuensi mengikat secara umum dan mengikat terhadap sengketa lain yang mengandung persamaan.

Di samping itu, karena perannya dalam menjalankan fungsi yudisial murni, maka PTUN terikat pula pada prinsip-prinsip pemeriksaan *rechtmatigheid* dan larangan pemeriksaan *doelmatigheid*, artinya pengujian terhadap keputusan tata usaha negara hanya dapat dilakukan dari segi yuridisnya saja.¹⁹ Hakim dilarang melakukan pengujian dari segi kebijaksanaan (*doelmatigheid*) suatu keputusan yang disengketakan, sekalipun hakim administrasi tidak sependapat dengan

¹⁷ Indonesia, 1986, *Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara*, UU Nomor 5 Tahun 1986, LN No. 77 Tahun 1986, TLN No. 3344, Pasal 1 angka 4.

¹⁸ S.F. Marbun, *Peradilan Administrasi dan Upaya Administratif*, Yogyakarta: UII Press, 2003, h. 159-168.

¹⁹ *Ibid.*

keputusan dimaksud. Hakim hanya dapat melakukan pengujian sebatas keputusan yang disengketakan tidak merupakan keputusan yang bersifat melawan hukum (*onrechtmatige overheidsdaad*), menyalahgunakan wewenang (*detournement de pouvoir*), sewenang-wenang (*wilekeur/a bus de droit*). Dalam konteks ini hakim PTUN tidak boleh atau dilarang mengkonsentrasikan penilaiannya terhadap isi atau maksud dari keputusan, namun yang menjadi fokus penilaian adalah bagaimana proses pengambilan keputusan tersebut, apakah terdapat cacat wewenang, prosedur, dan substansi. Hal ini tentunya menjadi tantangan besar dari keadilan yang ingin dicapai oleh warga masyarakat, karena dalam prakteknya dalam pengambilan keputusan yang seringkali menjadi fokus utama dalam pembahasan adalah yang semata-mata berkenaan dengan cacat wewenang atau prosedur. Sedangkan persoalan substansi terkadang belum dijadikan poin penting untuk menilai keberlakuan suatu keputusan. Padahal persoalan substansi tersebutlah yang seringkali menimbulkan kerugian hingga menimbulkan sengketa di masyarakat.

Penjabaran Pasal 1 butir 10 Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009 tentang perubahan kedua atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara (UU No. 51/2009) menyebutkan bahwa Sengketa Tata Usaha Negara adalah sengketa yang timbul dalam bidang tata usaha negara antara orang atau badan hukum perdata dengan badan atau pejabat tata usaha negara, baik di pusat maupun di daerah sebagai akibat dikeluarkannya keputusan tata usaha negara, termasuk sengketa kepegawaian berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Berdasarkan hal tersebut dapat ditarik analisa bahwa unsur sengketa tata usaha negara adalah:²⁰

1. Subjek atau yang bersengketa ialah orang atau Badan Hukum privat di satu pihak dan Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara di lain pihak;
2. Objek sengketa adalah Keputusan yang dikeluarkan oleh Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara.

Lebih lanjut dalam UU No. 30/2014 disebutkan bahwa yang termasuk keputusan administrasi pemerintahan atau KTUN adalah ketetapan tertulis yang dikeluarkan oleh badan dan/atau pejabat pemerintahan dalam penyelenggaraan pemerintahan yang juga meliputi diskresi, izin, konsesi, dan dispensasi, yang kesemuanya dapat dijadikan objek dalam sengketa tata usaha negara.

²⁰ Baharuddin Lopa dan Andi Hamzah, *Mengenal Peradilan Tata Usaha Negara*, Jakarta: Sinar Grafika, 1993, h. 47.

Mengenai alasan gugatan sebagaimana disebutkan dalam Pasal 53 ayat (2) huruf a Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004, yakni KTUN yang digugat itu bertentangan dengan perturan perundang-undangan yang berlaku atau bertentangan dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik, tidak ada penjelasan pasal yang dapat dipergunakan untuk menjabarkan lebih lanjut dasar pengujian yang diatur pada Pasal 53 ayat (2) huruf a, yakni “Keputusan Tata Usaha Negara yang digugat itu bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku”.²¹ Jika menggunakan penafsiran historis, alasan-alasan untuk mengajukan gugatan yang diatur dalam Pasal 53 ayat (2) UU No. 5 Tahun 1986 sebelum perubaham terdiri atas 3 (tiga) hal, yaitu: i) Keputusan Tata Usaha Negara yang digugat itu bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku; ii) Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara pada waktu mengeluarkan keputusan telah menggunakan wewenangnya untuk tujuan lain dari maksud diberikannya wewenang tersebut; dan iii) Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara pada waktu mengeluarkan atau tidak mengeluarkan keputusan, setelah mempertimbangkan semua kepentingan yang tersangkut dengan keputusan itu seharusnya tidak sampai pada pengambilan atau tidak pengambilan keputusan tersebut. Berkenaan dengan alasan pertama, lebih lanjut juga dijelaskan bahwa suatu Keputusan Tata Usaha Negara dapat dinilai “bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku” apabila keputusan yang bersangkutan itu: 1) bertentangan dengan ketentuan-ketentuan dalam peraturan perundang-undangan yang bersifat prosedur/formal; 2) bertentangan dengan ketentuan-ketentuan dalam peraturan perundang-undangan yang bersifat materil/substansial; 3) dikeluarkan oleh Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara yang tidak berwenang.²² Sedangkan menurut UU No 30/2014 keputusan-keputusan tersebut dapat diuji manakala keputusan dan/atau tindakan tersebut ditetapkan dan/atau dilakukan dengan melampaui wewenang atau dilakukan dengan mencampurkan wewenang.

Berdasarkan penjabaran di atas, tampak bahwa sumber lahirnya sengketa adalah keputusan tata usaha negara, oleh karena itu putusan hakim PTUN yang utama adalah membebaskan kewajiban kepada tergugat untuk: (a) mencabut KTUN yang disengketakan; (b) mencabut KTUN yang disengketakan dan menerbitkan KTUN baru; (c) menerbitkan KTUN dalam hal gugatan didasarkan pada Pasal 3

²¹ Indonesia, 2004, *Undang-Undang Tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara*, UU Nomor 9 Tahun 2004, LN No. 35 Tahun 2004, TLN No.4380, Pasal 53 ayat (2).

²² Willy Riawan Tjandra, "Perbandingan Sistem Peradilan Tata Usaha Negara dan Conseil d'etat sebagai Institusi Pengawas Tindakan Hukum Tata Usaha Negara", *Jurnal Hukum IUS QUIA IUSTUM* No. 3, Vol. 20 Juli 2013, h. 433.

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara. Di samping itu, putusan juga dimungkinkan pula memuat ganti rugi yang dibebankan kepada tergugat dan mewajibkannya untuk merehabilitasi penggugat dengan atau tanpa kompensasi dalam hal sengketa kepegawaian. Sebagaimana disebutkan sebelumnya, bahwa karena putusan PTUN memiliki sifat *erga omnes* maka putusannya mengikat pihak-pihak lain selain pihak yang bersengketa. Dengan demikian, menurut S.F. Marbun dan Philipus M. Hadjon, sifat *erga omnes* dalam putusan PTUN ini menyebabkan intervensi baik dalam bentuk *voeging*, *vrijwaring*, dan *tussenkomst* sebagaimana diatur dalam Pasal 83 UU No. 5/1986, tidak lagi diperlukan dan bahkan menjadi bertentangan.²³ Karena intervensi tidak mutlak adanya dan mengingat dengan adanya prinsip *erga omnes* maka putusan peradilan administrasi yang *in kracht van gewijsde* berlaku bagi semua orang, termasuk pihak-pihak yang berkepentingan secara langsung dalam sengketa tersebut.

B. Kedudukan *The Administrative Court* dalam Sistem Ketatanegaraan Korea Selatan

Menurut I Dewa Gede Palguna, sistem hukum Korea Selatan dapat dikatakan mengandung percampuran unsur-unsur tradisi *civil law* Eropa, Anglo-Amerika, dan filosofi Cina Klasik.²⁴ Namun demikian, meskipun sistem hukumnya merupakan percampuran beberapa unsur, sistem peradilannya tidak menampakkan perbedaan dengan sistem peradilan negara barat pada umumnya khususnya Eropa daratan. Sistem peradilan Korea Selatan terdiri atas Mahkamah Agung, yang merupakan pengadilan tertinggi negara, dan pengadilan lain pada tingkat tertentu.²⁵ Sebagai pengadilan dalam tingkatan terakhir, Mahkamah Agung memiliki yurisdiksi untuk mendengarkan banding atas putusan atau putusan yang diberikan oleh Pengadilan Tinggi, Pengadilan Paten, dan panel banding dari Pengadilan Negeri atau Pengadilan Keluarga, dalam kasus perdata, pidana, administrasi, paten, dan hubungan domestik.²⁶ Di samping itu, dalam keadaan khusus, Mahkamah Agung mendengarkan banding luar biasa terhadap putusan pengadilan pertama dan juga memiliki kewenangan untuk meninjau putusan yang diberikan oleh Pengadilan Keselamatan Maritim Korea sesuai dengan 'Undang-Undang tentang Investigasi dan Penyelidikan Kecelakaan Laut' serta memiliki yurisdiksi eksklusif

²³ SF. Marbun, *Peradilan Administrasi dan Upaya Administratif di Indonesia*, Yogyakarta: Liberty, 1997, h. 211. Lihat pula Philipus M. Hadjon, et al., *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 1993, h. 314.

²⁴ I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint)*, Jakarta: Sinar Grafika, 2013, h. 452.

²⁵ South Korea, *Korea (republic of)'s Constitution of 1948 with Amendments Through 1987*, Chapter V, Article 101, No. 2.

²⁶ Supreme Court of Korea, *Supreme Court - Jurisdiction*, diakses melalui <https://eng.scour.go.kr/eng/judiciary/organization/courts.jsp>, pada tanggal 3 Desember 2020.

atas validitas pemilihan presiden atau parlemen dan melakukan tinjauan definitif atas konstiusionalitas atau legalitas perintah, aturan, regulasi, dan tindakan yang diambil oleh badan administratif.²⁷

Adapun peradilan-peradilan lain dibawah Mahkamah Agung terdiri atas: *pertama*, pengadilan tinggi (*high court*), yang hanya berjumlah 5 pengadilan dan terletak di lima kota besar Korea, yakni Seoul, Busan, Daegu, Gwangju, dan Daejeon.²⁸ Sedangkan untuk meningkatkan aksesibilitas peradilan bagi para penggugat, beberapa pengadilan tinggi terpilih membentuk salah satu panelnya di pengadilan distrik terpencil, yang terdiri dari tiga hakim dari pengadilan distrik, pengadilan keluarga, atau pengadilan administrasi. Sebab, yurisdiksi pengadilan tinggi dijalankan oleh panel yang terdiri atas 3 (tiga) hakim. *Kedua*, pengadilan negeri (*district court dan branch courts*), yang sampai dengan saat ini terdapat 18 (delapan belas) pengadilan negeri/distrik di seluruh negeri. Sedangkan *branch courts*, dan/atau pengadilan kota dapat dibentuk di bawah pengadilan negeri dan menjalankan yurisdiksi atas kasus-kasus kecil atau kasus dengan jumlah yang disengketakan tidak melebihi 20juta won Korea, serta kasus pelanggaran ringan atau yang dendanya tidak melebihi 200.000 won Korea.²⁹ *Ketiga*, pengadilan khusus (*specialized courts*), yang terdiri atas *patent court, family court, dan administrative court*.³⁰ Pengadilan Paten (*patent court*) memiliki kedudukan yang sederajat dengan pengadilan tinggi. Sedangkan pengadilan keluarga (*family court*), dan pengadilan administrasi atau tata usaha negara (*administrative court*) kedudukannya sederajat dengan pengadilan negeri. Sedangkan untuk pengadilan khusus lainnya adalah pengadilan militer (*martial court*) yang khusus berlaku bagi para anggota militer.³¹

Sementara itu, kewenangan Mahkamah Agung Korea Selatan (*Supreme Court*), adalah untuk memeriksa banding atas putusan-putusan yang dijatuhkan oleh Pengadilan Tinggi, Pengadilan Paten, panel banding dari Pengadilan Negeri atau Pengadilan Keluarga dalam perkara-perkara perdata, pidana, administrasi, paten dan hubungan dalam rumah tangga, dan juga merupakan mahkamah banding terakhir dari pengadilan militer. Kewenangan lainnya dari Mahkamah Agung adalah memiliki kewenangan eksklusif terhadap perkara keabsahan pemilihan presiden

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Supreme Court of Korea, 2020, *High Court - Organization, Jurisdiction*, diakses melalui <https://eng.scourt.go.kr/eng/judiciary/organization/courts.jsp> pada tanggal 2 Desember 2020.

²⁹ Supreme Court of Korea, 2020, *District Court & Branch Courts - Organization and Jurisdiction*, diakses melalui <https://eng.scourt.go.kr/eng/judiciary/organization/courts.jsp>, pada tanggal 3 Desember 2020.

³⁰ Supreme Court of Korea, 2020, *Specialized Courts - Patent Court, Family Court, dan Administrative Court*, diakses melalui <https://eng.scourt.go.kr/eng/judiciary/organization/courts.jsp>, pada tanggal 3 Desember 2020.

³¹ *Ibid.*

dan pemilihan anggota parlemen. Disamping itu, juga mempunyai kewenangan untuk menentukan konstitusionalitas atau legalitas perintah peraturan dan tindakan pejabat administrasi atau tata usaha negara.

Sebagai bagian dari salah satu pengadilan khusus (*specialized courts*) di bawah Mahkamah Agung, pengadilan administrasi (*The Administrative Courts of South Korea*) yang kedudukannya sederajat dengan pengadilan negeri ini hanya ada satu yakni di Seoul.³² Pengadilan administrasi ini didirikan pada tanggal 1 Maret 1998. Untuk meningkatkan aksesibilitas terhadap pengadilan administrasi, maka pengadilan negeri masing-masing juga menjalankan fungsi pengadilan tata usaha/administrasi sampai dibentuk pengadilan administrasi tersendiri di wilayah tersebut. Pengadilan ini mempunyai yurisdiksi untuk mengadili perkara perpajakan, perburuhan, dan perkara-perkara administratif lainnya. Jika dimasa lampau keharusan untuk menempuh semua prosedur penyelesaian administratif merupakan prasyarat untuk dapat diajukan gugatan administrasi, maka pada saat ini, sepanjang tidak diberlakukan ketentuan lain, persyaratan demikian tidak lagi diberlakukan sebagai syarat diajukan gugatan administrasi atau tata usaha negara.³³

Pengadilan administrasi memiliki seorang ketua yang ditunjuk dan diangkat di antara para hakim. Ketua pengadilan bertanggung jawab atas urusan administrasi peradilan pengadilan, dan mengarahkan serta mengawasi pejabat publik di bawah kendalinya.³⁴ Ketika hakim ketua pada suatu pengadilan tinggi tidak dapat menjalankan tugasnya karena satu dan lain hal yang tidak dapat dihindarkan, maka kompetensinya akan dilaksanakan oleh hakim ketua satu, atau hakim senior.³⁵ Pengadilan administrasi akan mengadili pada tingkat pertama untuk kasus-kasus administratif seperti yang ditentukan oleh Undang-Undang Litigasi Administratif dan mereka yang berada di bawah kewenangan pengadilan administratif berdasarkan Undang-Undang lainnya, dan kemudian diizinkan untuk dua kali kesempatan naik banding berikutnya dari keputusannya ke Pengadilan Tinggi dan kemudian ke Mahkamah Agung.³⁶ Dalam kasus administratif, pengadilan memutuskan apakah kepemilikan atau nonpenyitaan entitas administratif adalah

³² Supreme Court of Korea, 2020, *Specialized Courts - Patent Court, Family Court, dan Administrative Court*, diakses melalui <https://eng.scourt.go.kr/eng/judiciary/organization/courts.jsp>, pada tanggal 3 Desember 2020.

³³ Supreme Court of Korea, 2020, *Administrative Court*, diakses melalui <https://eng.scourt.go.kr/eng/judiciary/organization/courts4.jsp#403>, pada tanggal 25 November 2020.

³⁴ South Korea, *Act No. 15490 of 2018 concerning Court Organization*, Article 40-2.

³⁵ *Ibid*, Article 26, Paragraph 4.

³⁶ Hee-Jung Lee, "The Structures and Roles in Judicial Review of Administrative Litigation in Korea", *Journal of Korean Law*, Vol 6, No. 1, 2006, h. 47.

ilegal dan menyelesaikan perselisihan seputar hubungan hukum dalam hukum publik. Sebagian besar kasus administratif berkaitan dengan pencabutan atau penegasan dari pembatalan disposisi atau keputusan badan administratif. Disposisi termasuk pemungutan pajak, penangguhan atau pencabutan SIM, penolakan untuk membayar santunan kecelakaan industri, tindakan disipliner terhadap pegawai negeri, penangguhan atau pencabutan izin usaha, penolakan untuk menerima aplikasi, dan lain-lain. Tindakan penegakan status sebagai PNS dan tindakan kontraktual dalam hukum publik juga merupakan contoh tindakan yang melibatkan hubungan hukum dalam hukum publik. Selain itu, tindakan untuk penegasan tindakan yang tidak sah diizinkan jika entitas administratif gagal menanggapi aplikasi oleh publik.³⁷

C. Gagasan Pengujian Keputusan Pejabat Publik oleh Mahkamah Konstitusi Melalui Mekanisme *Constitutional Complaint*

Telah disebutkan sebelumnya bahwa Korea Selatan dijadikan sebagai perbandingan atau model percontohan bagi Indonesia karena bentuk negara Korea yang sama dengan Indonesia, yakni berbentuk negara kesatuan, juga karena Korea memiliki peradilan administrasi atau peradilan tata usaha negara sama halnya dengan Indonesia yang memiliki PTUN dan juga memiliki Mahkamah Konstitusi Korea Selatan (MK Korea) yang kewenangannya sangat mirip dengan kewenangan yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MKRI). Perbedaannya hanya pada kewenangan untuk mengadili dan memutus perkara pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*). Kewenangan semacam ini sudah dimiliki oleh MK Korea namun belum dimiliki oleh MKRI.

MK Korea telah dibentuk berdasarkan Konstitusi tahun 1987. Setahun kemudian yakni pada tahun 1988, Undang-undang yang mengatur pelaksanaan otoritas Mahkamah Konstitusi ditetapkan oleh Majelis Nasional Korea Selatan, sekaligus menandai pembentukan MK Korea.³⁸ Sampai dengan saat ini MK Korea telah memainkan peran penting dalam melindungi hak-hak dasar warga negaranya dan nilai-nilai konstitusional terhadap konstitusi, melalui intepretasi yang tidak memihak. Selain itu putusan MK Korea juga turut memperkuat sistem konstitusional di Korea. Setelah Undang-Undang Mahkamah Konstitusi

³⁷ Supreme Court of Korea, 2020, *The Judiciary Administrative*, diakses melalui <https://eng.scourt.go.kr/eng/judiciary/proceedings/administrative.jsp>, diakses pada tanggal 28 November 2020.

³⁸ Constitutional Court of Korea, *History*, diakses melalui <http://english.ccourt.go.kr/cckhome/engNew/introduction/history/theConsCourtHistory.do>, 4 Desember 2020.

ditetapkan pada tahun 1988, barulah MK Korea dapat menyelenggarakan seluruh kewenangannya sebagaimana diatur dalam Pasal 111 ayat (1) Konstitusi Korea Selatan Tahun 1987 dan Pasal 2 *Constitutional Court Act*, sebagai berikut:³⁹

“ ...

- 1) mengadili konstitusionalitas suatu undang-undang atas permintaan Pengadilan;
- 2) pemakzulan (*impeachment*);
- 3) memutus pembubaran partai politik yang tidak konstitusional;
- 4) menyelesaikan sengketa kewenangan antar lembaga-lembaga negara, antara lembaga negara dengan pemerintah lokal, atau antar pemerintah lokal;
- 5) memutus permohonan individual”

Kewenangan mengadili perkara pengaduan konstitusional nampak dalam Pasal 111 Konstitusi Korea Selatan dan Pasal 2 angka 5 *Constitutional Court Act*, yakni memutus permohonan individual.⁴⁰ Dalam Pasal 111 ayat (1) angka 5 Konstitusi Korea disebutkan bahwa salah satu kewenangan dari Mahkamah Konstitusi adalah “*Petitions relating to the Constitution as prescribed by law*” dan sebagai penegasan dari aturan tersebut, dalam Pasal 2 angka 5 *Constitutional Court Act* disebutkan secara tegas bahwa kewenangan yang dimaksud adalah kewenangan memutus perkara pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*). Lebih lanjut dalam Pasal 68 sampai dengan Pasal 75 *Constitutional Court Act*, diatur secara jelas mengenai mekanisme untuk pengaduan konstitusional.

Berdasarkan ketentuan tersebut, pihak yang dapat mengajukan permohonan pengaduan konstitusional ke MK Korea adalah, *pertama*, setiap orang yang menganggap hak-hak dasarnya yang dijamin oleh Konstitusi telah terlanggar oleh suatu tindakan pemerintahan atau oleh tidak bertindakannya pemerintah atau langsung oleh undang-undang yang dibuat oleh legislatif; *kedua*, pihak-pihak dalam proses peradilan di pengadilan biasa (*ordinary courts*) yang permintaannya agar pengadilan yang bersangkutan mengajukan permohonan kepada MK Korea untuk menguji konstitusionalitas undang-undang yang berlaku akan proses peradilan itu ditolak oleh pengadilan dimaksud, tujuannya adalah untuk mendapatkan putusan final tentang konstitusionalitas undang-undang yang bersangkutan.⁴¹ Perkara

³⁹ South Korea, 1987, *Korea (Republic of)'s Constitution of 1948 with Amendments through 1987*, lihat rangkaian ketentuan yang terdapat dalam Pasal 111 tentang *Competence dan Appointment*.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*, h. 466.

yang dapat dimohonkan secara perorangan ataupun kelompok, ini umumnya adalah perkara yang timbul akibat penyalahgunaan kekuasaan diskresi oleh aparatus penyidik (*law investigatory officers*), ketika penyalahgunaan dikresi itu tidak memperoleh ganjaran atau telah luput dari pengawasan internal sistem peradilan pidana.⁴² Melalui ketentuan dalam Pasal 68 ayat (2) *Constitutional Court Act*, jika peradilan umum menolak permohonan dari para pihak untuk mengajukan perkaranya kepada Mahkamah Konstitusi, pemohon secara langsung dapat mengajukan gugatan kepada Mahkamah Konstitusi. Namun demikian, hal tersebut harus dimohonkan berdasarkan dalil-dalil yang berbeda dengan dalil seperti yang diutarakan sebelumnya kepada pengadilan umum. Dalam ketentuan Pasal 68 ayat (1) dan (2), dibenarkan suatu permohonan yang mempertanyakan konstitusionalitas undang-undang (*statute*), dengan syarat utama keberlakuan dari undang-undang itu telah melanggar hak konstitusional yang bersangkutan. Ikhwal konstitusionalitas tidak selamanya bersumber dari produk hukum, namun juga dapat saja bersumber dari tindakan inkonstitusional aparat penegak hukum.

Pengaduan konstitusional kepada Mahkamah Konstitusi Korea juga baru dapat dilakukan jika semua upaya hukum yang diberikan oleh Undang-undang telah dilaksanakan (*exhausted*).⁴³ Akan tetapi, di Korea, *Legal person* (badan hukum) tidak dimungkinkan untuk mempunyai *standing* dalam pengaduan konstitusional, melainkan hanya *natural person*. Kemudian, putusan pengadilan biasa (*ordinary courts*) tidak dapat menjadi objek pengaduan konstitusional, dan tidak dimungkinkan untuk menjadikan norma undang-undang sebagai objek pengaduan, yang dikecualikan dari keharusan untuk menempuh jalan hukum lain terlebih dahulu, meskipun norma undang-undang tersebut langsung merugikan hak konstitusional warga negara.

Untuk pengaduan konstitusional yang didasarkan atas ketentuan Pasal 68 ayat (1) UU MK Korea, yaitu pengaduan yang dibuat karena adanya pelanggaran terhadap hak-hak konstitusional pemohon yang disebabkan oleh perbuatan atau tidak berbuatan pejabat pemerintah, atau akibat penyalahgunaan kekuasaan diskresi oleh aparatus penyidik (*law investigatory officers*), maka permohonan pengaduan konstitusional setidak-tidaknya harus memuat mengenai identitas pemohon, hak konstitusional yang dilanggar perbuatan atau tidak berbuatan

⁴² Jimly Asshidiqie, *Peradilan Konstitusi di Sepuluh Negara*, Jakarta: Konstitusi Press, 2006, h. 248.

⁴³ South Korea, *Constitutional Court Act of Korea*, Pasal 68 ayat (1).

pejabat pemerintah yang menjadi sebab terlanggarnya hak konstitusional pemohon, alasan-alasan diajukannya permohonan, dan hal-hal lain yang dipandang perlu.⁴⁴

Adapun beberapa contoh kasus pengaduan konstitusional yang disebabkan oleh perbuatan atau tidak berbuatan pejabat pemerintah, atau akibat penyalahgunaan kekuasaan oleh *law investigatory officers*, antara lain:

1. Kasus pengaduan konstitusional terkait *Examination Plan* (Rencana Ujian Masuk) *Seoul National University* - [4 KCCR 659, 92Hun-Ma68 et.al, October 1, 1992]⁴⁵;

Dalam kasus ini, sekelompok siswa menengah pertama dan menengah atas yang tengah mempersiapkan diri untuk mengikuti ujian masuk universitas pada tahun 1994 atau 1995 mengajukan pengaduan konstitusional kepada MK Korea atas dikeluarkannya keputusan Seoul National University (SNU) yang mengecualikan bahasa Jepang dalam salah satu mata pelajaran pilihan bahasa asing dalam ujian masuk SNU, karena keputusan tersebut dianggap telah merugikan para siswa yang sudah bersiap untuk mengikuti ujian bahasa Jepang sebagai syarat masuk universitas dan melanggar ekspektasi kepentingan mereka atau hak mereka atas kesetaraan kesempatan pendidikan. Dalam putusannya, MK Korea menyatakan bahwa *examination plan* atau keputusan yang telah ditetapkan oleh SNU tidak melanggar *fundamental rights* para pemohon yang telah mempersiapkan diri untuk mengikuti ujian masuk universitas. Karena menurut MK Korea, keputusan tersebut merupakan kebebasan akademis yang independen dan otonomi dari universitas itu sendiri, dimana pelaksanaannya sah menurut hukum.

2. Kasus pengaduan konstitusional terkait tanda larangan masuk arena billiard bagi anak yang berusia di bawah delapan belas tahun - [5-1 KCCR 365, 92Hun-Ma80, May 13, 1993]⁴⁶;

Kasus ini berkenaan dengan dikeluarkannya suatu keputusan (*enforcement rules*) dari Menteri Olahraga dan Kebudayaan yang mewajibkan operator arena billiard untuk memasang tanda larangan masuk bagi anak yang berusia di bawah delapan belas pada pintu masuk arena billiard. Keputusan ini dianggap oleh para pemohon yang merupakan operator arena billiard, sebagai suatu upaya pembatasan pelanggan yang ternyata hanya berlaku untuk arena billiard

⁴⁴ I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint)*, Jakarta: Sinar Grafika, 2013, h. 471.

⁴⁵ The Constitutional Court of Korea, *The First Ten Years of The Korean Constitutional Court*, Seoul: The Constitutional Court, 2001, h. 265 - 267.

⁴⁶ *Ibid.*, h. 202-204.

saja dan tidak berlaku untuk arena olahraga lainnya. Sehingga menurutnya hal tersebut merupakan suatu bentuk diskriminasi dan melanggar hak atas kesetaraan pemohon. Terlebih lagi substansi dari keputusan tersebut tidak diatur dalam undang-undang atau peraturan yang disahkan oleh mandat undang-undang, sehingga menyimpang dari ruang lingkup pendelegasian. Oleh sebab itu, dalam perkara pengaduan konstitusional tersebut, MK Korea memutuskan bahwa keputusan yang mewajibkan untuk memasang tanda larangan masuk tersebut melanggar konstitusi.

3. Kasus pengaduan konstitusional terkait persyaratan kesehatan untuk impor daging sapi Amerika (*US Beef*) - [20-2(B) KCCR 960, 2008Hun-Ma419 *et.al.*, December 26, 2008]⁴⁷;

Pengaduan konstitusional ini diajukan oleh lebih dari 96.000 pemohon kepada MK Korea, karena menganggap bahwa keputusan berupa pemberitahuan publik yang dikeluarkan oleh Kementerian Pangan, Pertanian, Kehutanan dan Perikanan terkait persyaratan kesehatan untuk mengimpor daging sapi dan produk olahan daging sapi Amerika Serikat (*US Beef*), merugikan hak-hak dasar pemohon. Dalam persyaratan kesehatan tersebut daging sapi dan produk olahan daging sapi dari Amerika yang boleh diimpor hanyalah yang berasal dari sapi yang berusia kurang dari 30 bulan. MK Korea dalam putusannya menolak pengaduan konstitusional pemohon, karena maksud dari keputusan tersebut adalah untuk mencegah risiko terhadap kesehatan orang-orang yang mengkonsumsi daging sapi US, dengan demikian tidak ada hak-hak dasar dari pemohon yang terlanggar atas dikeluarkannya pemberitahuan tersebut.

4. Kasus pengaduan konstitusional terkait kualifikasi masuk ke Sekolah Hukum EWHA-[25-1 KCCR 337, 2009Hun-Ma514, May 30, 2013]⁴⁸;

Pengaduan konstitusional ini diajukan oleh pemohon laki-laki yang bersiap untuk masuk sekolah hukum kepada MK Korea, karena menganggap bahwa rencana ujian masuk (*examination plan*) sekolah EWHA yang diputuskan oleh Menteri Pendidikan, yang menetapkan bahwa hanya perempuan yang memenuhi syarat untuk masuk ke sekolah hukum tersebut, telah melanggar hak-hak dasarnya yakni kebebasan pilihan pekerjaan. Namun demikian, MK Korea dalam putusannya pada akhirnya memutuskan bahwa pembatasan tersebut bukanlah suatu diskriminasi gender, karena hal tersebut merupakan

⁴⁷ The Constitutional Court of Korea, *Thirty Years of the Constitutional Court of Korea*, Seoul: The Constitutional Court, 2018, h. 512 -514.

⁴⁸ *Ibid.* h. 517-518.

disposition of authorization (disposisi otorisasi). Sekolah hukum tersebut mengadopsi prinsip untuk mempertahankan jumlah siswa tetap, dan memang merupakan lembaga pendidikan tinggi bagi perempuan. Hal ini merupakan kebijakan dan otonomi universitas yang tidak melanggar hak-hak pemohon, karena pemohon masih dapat mengikuti seleksi masuk pada 24 sekolah hukum lainnya di seluruh negeri.

5. Kasus pengaduan konstitusional terkait kewajiban mengenakan seragam penjara bagi narapidana yang belum divonis bersalah - [11-1 KCCR 653, 97Hun-Ma137 *et.al.* May 27, 1999]⁴⁹:

Dalam kasus pengaduan konstitusional yang diajukan oleh pemohon yang merupakan narapidana ini mempermasalahkan keputusan direktur pusat penahanan tempat para pemohon ditahan, yang melarang mengenakan pakaian pribadi dan meminta pemohon untuk mengenakan seragam penjara pada saat dilakukan penyidikan dan di persidangan. Keputusan ini menurut pemohon merupakan pelanggaran terhadap hak mereka atas martabat dan harga diri sebagai manusia untuk mengejar kebahagiaan sebagaimana diatur dalam Pasal 10 Konstitusi. Di samping itu, menurut para pemohon, hal tersebut melanggar hak mereka untuk dianggap tidak bersalah yang dijamin oleh Pasal 27 ayat (4) Konstitusi. Dalam putusannya, MK Korea menyatakan bahwa keputusan tersebut inkonstitusional karena kewajiban pengenaaan seragam tahanan pada tahap penyidikan dan persidangan sebelum narapidana divonis bersalah dan dihukum hanya akan menghina dan mempermalukan para pemohon. Disamping itu keputusan ini melanggar prinsip proporsionalitas, asas praduga tak bersalah, hak atas kepribadian dan untuk mengejar kebahagiaan berdasarkan nilai konstitusional harkat dan martabat manusia, serta hak konstitusionalitas atas peradilan yang adil.

Berdasarkan contoh kasus tersebut di atas, nampak bahwa pengaduan konstitusional ini ditujukan untuk melindungi hak-hak dasar (*fundamental rights*) masyarakat dari pelaksanaan kekuasaan pemerintahan. Pengaduan konstitusional ini setidaknya memiliki dua fungsi, yakni fungsi subyektif untuk memberikan bantuan kepada individu yang haknya dilanggar, dan fungsi obyektif untuk memeriksa pelaksanaan kekuasaan pemerintah yang tidak konstitusional, sehingga dengan demikian dapat menegakkan tatanan konstitusional.⁵⁰ Jika perkara yang

⁴⁹ *Ibid.*, h. 560-561.

⁵⁰ The Constitutional Court of Korea, *The First Ten Years...*, *Op. Cit.*, h. 22-23.

sama terjadi di Indonesia, maka perkara sejenis tersebut hanya akan dapat dilakukan pengujiannya di Peradilan Tata Usaha Negara, namun demikian harus terlebih dahulu melalui mekanisme upaya administratif. Dan dapat dipastikan bahwa pengujiannya hanya terbatas pada apakah keputusan tersebut telah dibuat sesuai dengan wewenang yang diberikan dan tidak menyalahi prosedur. Perihal substansi keputusan akan kecil kemungkinannya sampai ditarik pada konstitusi sebagai batu ujinya. Sehingga perlindungan atas hak-hak konstitusional pemohon yang dirugikan akibat keberlakuan suatu keputusan pejabat publik sangat berpotensi untuk dilanggar dan tidak mendapatkan perlindungan yang maksimum oleh negara. Terlebih lagi, kewenangan yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia tidak sekompleks dan se-eksklusif yang dimiliki oleh negara lain, karena Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia tidak memiliki kewenangan mengadili perkara pengaduan konstitusional. Hal ini dikarenakan kewenangan untuk mengadili perkara pengaduan konstitusional tersebut memang tidak diamanatkan baik dalam UUD NRI 1945 maupun dalam UU MK. Telah disebutkan pula bahwa Mahkamah Konstitusi berperan sebagai pengawal konstitusi (*the guardian of the constitution*) karena melalui mekanisme kerjanya dimungkinkan konstitusi atau undang-undang dasar sebagai hukum tertinggi dalam suatu negara benar-benar dilaksanakan dan ditegakkan dalam praktik bernegara. Oleh sebab itu, penegakan hukum dimulai dari tegaknya hukum yang paling tinggi, yaitu konstitusi atau UUD.

Dilihat dari perspektif ini, kewenangan untuk mengadili perkara pengaduan konstitusional dimana salah satu objek pengaduannya adalah keputusan pejabat publik, khususnya yang bersifat umum, seharusnya tidak dapat dipisahkan dari fungsi mahkamah konstitusi sebagai pengawal konstitusi. Sebab, sebagaimana telah diuraikan sebelumnya, pengaduan konstitusional adalah salah satu mekanisme untuk melindungi hak-hak konstitusional warga negara, sedangkan hak-hak konstitusional itu sendiri merupakan bagian tak terpisahkan dari konstitusi atau UUD. Manakala Mahkamah Konstitusi dikatakan sebagai pengawal UUD atau konstitusi maka dengan sendirinya dia juga mengawal hak-hak konstitusional.

Jika dikaitkan dengan gagasan tentang negara hukum yang dalam UUD 1945 memiliki akar sejarah yang kuat dalam sistem ketatanegaraan Indonesia, dimana gagasan tersebut bukan dilahirkan oleh perubahan UUD 1945, namun telah ada dan telah menjadi cita-cita sejak UUD 1945 itu disusun, adapun perubahan terhadap UUD 1945 adalah untuk “menyempurnakan aturan dasar mengenai jaminan dan

perlindungan hak asasi manusia agar sesuai dengan perkembangan paham hak asasi manusia dan peradaban umat manusia yang sekaligus merupakan syarat bagi suatu negara hukum yang dicita-citakan oleh UUD 1945⁵¹. Sehingga, secara teoritik, mekanisme pengaduan konstitusional dimaksud perlu diatur dalam hukum positif sebagai bagian dari upaya untuk memberikan perlindungan maksimum terhadap hak-hak konstitusional warga negara. Konsekuensi menjadikan negara hukum sebagai salah satu landasan perubahan terhadap UUD 1945 adalah seluruh syarat yang melekat sebagai ciri dari suatu negara hukum harus terpenuhi secara konstitusional dan terjelma secara aktual dalam praktik, yakni salah satunya yang berkenaan dengan pengaduan konstitusional adalah syarat perlindungan terhadap hak asasi manusia, dimana dalam ikatan hubungan negara dengan warga negaranya, tatkala hak-hak asasi tersebut dimasukkan menjadi bagian dari konstitusi maka hak-hak dimaksud kemudian menjadi hak-hak konstitusional warga negara.⁵²

Melekatnya kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam mengadili perkara pengaduan konstitusional juga tampak nyata jika dilihat dari sudut pandang mahkamah konstitusi sebagai penafsir konstitusi. Telah disebutkan bahwa pada setiap putusan terhadap kasus diajukan kepadanya, pada dasarnya, mahkamah konstitusi senantiasa melakukan kegiatan menafsirkan konstitusi. Walaupun lembaga-lembaga atau organ-organ negara lainnya tidak dilarang untuk memberikan penafsirannya terhadap konstitusi, di negara yang memiliki mahkamah konstitusi hanya penafsiran yang dilakukan oleh mahkamah konstitusi lah yang memiliki kekuatan mengikat secara hukum.⁵³ Dalam teori Negara Hukum, pemerintah terikat oleh hukum, karena prinsip ini menekankan pada prinsip supremasi hukum atas orang. Dalam konteks kehidupan bernegara prinsip itu diartikan bahwa kekuasaan negara harus didefinisikan dan ditentukan batas-batasnya oleh hukum, sehingga bukan hanya orang tetapi pemerintah pun harus tunduk pada hukum termasuk perihal penafsiran konstitusi.

Disamping itu, mekanisme pengaduan konstitusional ini merupakan kebutuhan empirik,⁵⁴ karena dalam praktiknya terdapat banyak fakta yang secara substansial merupakan pengaduan konstitusional, tetapi tidak dapat diselesaikan karena mekanismenya belum tersedia. Ketiadaan kewenangan untuk mengadili pengaduan

⁵¹ Majelis Permusyawaratan Rakyat, *Panduan Dalam Memasyarakatkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia*, Jakarta: Sekretariat Jenderal MPR RI, 2003, h.15-16.

⁵² I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan Konstitusional....*, op. cit., h. 542.

⁵³ Jimly Asshidiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, Jakarta: Bhuana Ilmu Populer, 2007, h. 605.

⁵⁴ I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan Konstitusional....*, op.cit., h. 543.

ini pada Mahkamah Konstitusi RI menyebabkan banyak permohonan yang secara substansial merupakan permohonan pengaduan konstitusional namun diajukan sebagai permohonan pengujian undang-undang atau sebagai perkara sengketa kewenangan lembaga negara. Akibatnya, permohonan demikian dinyatakan tidak dapat diterima.⁵⁵

Mengingat pentingnya melindungi hak-hak konstitusional warga negara dalam rangka menegakkan supremasi konstitusi, serta melihat praktik penanganan perkara pengaduan konstitusional pada Mahkamah Konstitusi Austria, Jerman, dan Korea, maka kiranya penting untuk mempertimbangkan kembali penambahan kewenangan untuk mengadili perkara pengaduan konstitusional pada Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Namun demikian persoalan penambahan tersebut tentu bukanlah hal yang sederhana, karena implikasi hukum atas penambahan kewenangan tersebut adalah, diperlukannya perubahan UUD 1945 atau melalui tafsir konstitusi, serta dibutuhkan restrukturisasi organisasi Mahkamah Konstitusi mengingat perkara pengaduan konstitusional pada praktiknya dapat mencapai ribuan kasus per tahunnya, karena dengan struktur organisasi Mahkamah Konstitusi yang ada saat ini dirasa belum dapat mengimbangi potensi pertambahan jumlah perkara yang akan diterima akibat penambahan kewenangan pengaduan konstitusional dalam Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.

KESIMPULAN

Pengujian keputusan pejabat publik di Indonesia yang selama ini sepenuhnya menjadi kewenangan Peradilan Tata Usaha Negara sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman, seharusnya juga mulai dipertimbangkan untuk dapat diuji melalui mekanisme pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) yang tentunya terlebih dahulu ditambahkan dalam kewenangan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MKRI). Berkaca dari sistem peradilan Korea Selatan yang juga menjadikan keputusan pejabat publik sebagai salah satu objek pengaduan konstitusional yang dapat dilakukan oleh perseorangan kepada Mahkamah Konstitusi Korea Selatan. Sekalipun perbandingan ini tetap memerlukan kajian yang lebih komprehensif apabila akan diterapkan di Indonesia. Namun demikian, yang menjadi poin penting dalam hal ini adalah bagaimana memberikan perlindungan dan jaminan yang maksimal terhadap hak-hak konstitusional warga negara yang

⁵⁵ *Ibid*, h. 701-719.

berpotensi untuk dilanggar dengan diberlakukannya suatu keputusan pejabat publik. Hal ini disebabkan semua pejabat publik berpotensi untuk melakukan perbuatan yang melanggar atau merugikan hak-hak konstitusional warga negara yang dijamin dalam UUD 1945, dan manakala seluruh upaya hukum (*legal remedy*) telah dilakukan (*exhausted*) namun pelanggaran tetap terjadi, maka adanya mekanisme pengaduan konstitusional menjadi kebutuhan untuk memberikan perlindungan yang maksimum atas hak konstitusional warga negara. Penambahan kewenangan untuk menguji dan memutus perkara pengaduan konstitusional ini seharusnya dimungkinkan dalam rangka menjalankan fungsi Mahkamah Konstitusi sebagai pengawal konstitusi sebagaimana diimplementasikan pada negara-negara yang menerapkan prinsip supremasi konstitusi.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Attamimi, A. Hamid S., 1993, *Hukum Tentang Peraturan Perundang-Undangan dan Peraturan Kebijakan (Hukum Tata Pengaturan)*, Jakarta: Fakultas Hukum UI.
- Asshidiqqie, Jimly, 2006, *Peradilan Konstitusi di Sepuluh Negara*, Jakarta: Konstitusi Press.
- Asshidiqqie, Jimly, 2007, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, Jakarta: Bhuana Ilmu Populer.
- Basah, Sjahran, 1985, *Eksistensi dan Tolak Ukur Badan Peradilan Administrasi di Indonesia*, Bandung: Alumni.
- Hadjon, Philipus M., 1987, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*, Surabaya: Bina Ilmu.
- Hadjon, Philipus M., et.al., 2019, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Yogyakarta: Gajah Mada University Press.
- Lopa, Baharuddin dan Andi Hamzah, 1991, *Mengenal Peradilan Tata Usaha Negara*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Lotulung, Paulus Effendi, 2013, *Hukum Tata Usaha Negara dan Kekuasaan*, Jakarta: Salemba Humanika.
- Marbun, SF, 1997, *Peradilan Administrasi dan Upaya Administratif di Indonesia*, Yogyakarta: Liberty.

- Majelis Permusyawaratan Rakyat, 2003, *Panduan Dalam Memasyarakatkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia*, Jakarta: Sekretariat Jenderal MPR RI.
- MD, Moh. Mahfud, 2001, *Dasar dan Struktur Ketatanegaraan Indonesia*, Yogyakarta: UII Press.
- Muslimin, Amrah, 1985, *Beberapa Asas dan Pengertian Pokok Tentang Administrasi Dan Hukum Administrasi*, Bandung: Alumni.
- Palguna, I Dewa Gede, 2013, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint)*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Sirajuddin dan Winardi, 2015, *Dasar-Dasar Hukum Tata Negara Indonesia*, Malang: Setara Press.
- Soemitro, Rochmat, 1976, *Masalah Peradilan Administrasi Dalam Hukum Pajak di Indonesia*, Bandung: Eresco.
- Soemaryono, dan Anna Erliyana, 1999, *Tuntunan Praktek Beracara di Peradilan Tata Usaha Negara*, Jakarta: PT. Premedya Pustaka.
- Strong, C.F., 1952, *Modern Political Constitutions*, London: Sidgwick & Jackson Limited.

Jurnal

- Lee, Hee-Jung, 2006, "The Structures and Roles in Judicial Review of Administrative Litigation in Korea", *Journal of Korean Law*, Volume 6, Nomor 1.
- Tjandra, Riawan dan Willy, 2013, "Perbandingan Sistem Peradilan Tata Usaha Negara dan Conseil d'etat sebagai Institusi Pengawas Tindakan Hukum Tata Usaha Negara", *Jurnal Hukum IUS QUIA IUSTUM*, Nomor 3, Volume. 20, Juli.

Peraturan Perundang-Undangan

- Indonesia, 1945, *Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*.
- Indonesia, 1986, *Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara*, UU Nomor 5 Tahun 1986, LN. No. 77 Tahun 1986, TLN No. 3344.
- Indonesia, 2004, *Undang-Undang Tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara*, UU Nomor 9 Tahun 2004, LN No.35 Tahun 2004, TLN No. 4380.
- Indonesia, 2009, *Undang-Undang Tentang Kekuasaan Kehakiman*, UU Nomor 48 Tahun 2009, LN No. 157, Tahun 2009, TLN No. 5076.

Indonesia, 2009, *Undang-Undang Tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara*, UU Nomor 51 Tahun 2009, LN No.160 Tahun 2009, TLN No. 5079.

Indonesia, 2014, *Undang-Undang Tentang Administrasi Pemerintahan*, UU Nomor 30 Tahun 2014, LN No 292 Tahun 2014, TLN No. 5601.

South Korea, *Korea (Republic of)'s Constitution of 1948 with Amendments through 1987*.

South Korea, *Constitutional Court Act of Korea*.

South Korea, *Act No. 15490 of 2018 concerning Court Organization*.

Dokumen Lain

Soemitro, Rochmat, 1979, *Peradilan Tata Usaha Negara dan Perlindungan Hak-Hak Azasi*, kertas kerja disampaikan pada seminar hukum nasional IV di Jakarta.

The Constitutional Court of Korea, 2001, *The First Ten Years of The Korean Constitutional Court*, Seoul: The Constitutional Court.

The Constitutional Court of Korea, 2018, *Thirty Years of the Constitutional Court of Korea*, Seoul: The Constitutional Court.

Internet

Supreme Court of Korea, *Supreme Court - Jurisdiction*, diakses melalui <https://eng.scourt.go.kr/eng/judiciary/organization/courts.jsp>, pada tanggal 3 Desember 2020.

Supreme Court of Korea, 2020, *High Court - Organization, Jurisdiction*, diakses melalui <https://eng.scourt.go.kr/eng/judiciary/organization/courts.jsp> pada tanggal 2 Desember 2020.

Supreme Court of Korea, 2020, *District Court & Branch Courts - Organization and Jurisdiction*, diakses melalui <https://eng.scourt.go.kr/eng/judiciary/organization/courts.jsp>, pada tanggal 3 Desember 2020.

Supreme Court of Korea, 2020, *Specialized Courts - Patent Court, Family Court, dan Administrative Court*, diakses melalui <https://eng.scourt.go.kr/eng/judiciary/organization/courts.jsp>, pada tanggal 3 Desember 2020.

Supreme Court of Korea, 2020, *Administrative Court*, diakses melalui <https://eng.scourt.go.kr/eng/judiciary/organization/courts4.jsp#t403>, pada tanggal 25 November 2020.

Supreme Court of Korea, 2020, *The Judiciary Administrative*, diakses melalui <https://eng.scourt.go.kr/eng/judiciary/proceedings/administrative.jsp>, diakses pada tanggal 28 November 2020.

Constitutional Court of Korea, *History*, diakses melalui <http://english.ccourt.go.kr/cckhome/engNew/introduction/history/theConsCourtHistory.do>, 4 Desember 2020.

Implikasi *Omnibus Law* terhadap Hak Konstitusional Atas Lingkungan Hidup yang Sehat

Omnibus Law Implication Towards Constitutional Rights of Healthy Environment

Ahmad Gelora Mahardika

Hukum Tata Negara Institut Agama Islam Negeri Tulungagung
Jl. Major Sujadi Timur No.46 Tulungagung
E-mail : geloradika@gmail.com

Naskah diterima: 06-02-2020 revisi: 02-06-2020 disetujui: 22-02-2021

Abstrak

Salah satu tujuan dibentuknya *omnibus law* adalah untuk meningkatkan indeks kemudahan berusaha di Indonesia yang saat ini masih tertinggal jauh dengan negara lain. Salah satu upaya yang kemudian dilakukan oleh pemerintah adalah memangkas sejumlah perizinan yang salah satunya adalah izin lingkungan yaitu kewajiban untuk melengkapi dokumen amdal dan ukl-upl. Akan tetapi regulasi tersebut justru kontradiktif dengan semangat pembangunan berkelanjutan (SDGs) yang mana pembangunan harus sejalan dengan perlindungan lingkungan hidup. Tindakan tersebut juga berpotensi melanggar Pasal 28H ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 yang mewajibkan negara untuk memastikan terlindungnya hak konstitusional warga negara atas lingkungan hidup yang bersih dan sehat. Apalagi di negara-negara yang memperoleh indeks kemudahan usaha tertinggi seperti Denmark, Korea Selatan dan Amerika Serikat penerbitan dokumen amdal diwajibkan dan dilakukan secara ketat. Oleh karena itulah artikel ini akan mencoba melihat implikasi *omnibus law* terhadap hak konstitusional warga negara atas lingkungan hidup yang bersih dan sehat.

Kata kunci : Omnibus; Lingkungan; Konstitusional.

Abstract

One of the goals of the formation of the omnibus law is to increase the index of ease of doing business in Indonesia, which is currently far behind other countries. One effort that was then carried out by the government was to cut down a number of permits, one of which was an environmental permit, namely the obligation to complete EIA and UKL-UPL documents. However, this regulation is actually contradictory to the spirit of sustainable development (SDGs) which development must be in line with environmental protection. The action also has the potential to violate Article 28H paragraph (1) of the 1945 Constitution which requires the state to ensure the protection of citizens' constitutional rights to a clean and healthy environment. Especially in countries that have the highest business ease indexes, such as Denmark, South Korea and the United States, the issuance of EIA documents is mandatory and is carried out strictly. Therefore this article will try to look at the implications of the omnibus law for citizens' constitutional rights to a clean and healthy environment.

Keywords : Omnibus; Environment; Constitutional.

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Rancangan Undang-Undang Cipta Lapangan Kerja atau lebih dikenal dengan *omnibus law* cipta lapangan kerja menjadi salah satu rancangan undang-undang yang menjadi prioritas Presiden Joko Widodo pada periode kepemimpinan 2019-2024. *Omnibus Law* tentang Cipta Lapangan Kerja direncanakan akan meniadakan sejumlah ketentuan dalam sejumlah undang-undang, total 1.244 pasal dalam 79 Undang-Undang rencananya akan dihapus melalui *omnibus law*.¹ Salah satu pasal yang kemungkinan besar akan terimplikasi dengan lahirnya *omnibus law* adalah Pasal 36 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup yang mana mewajibkan pemilik usaha sebelum memiliki izin usaha wajib memiliki izin lingkungan terlebih dahulu yang salah satu didalamnya merupakan kewajiban amdal. Sedangkan dalam draft *Omnibus Law*, kewajiban amdal hanya digunakan untuk aktivitas yang berisiko tinggi.² Oleh karena itulah rencana perubahan ketentuan tersebut secara tidak langsung pasti akan berimplikasi terhadap perlindungan lingkungan hidup.

¹ <https://www.liputan6.com/news/read/4161341/soal-omnibus-law-mahfud-md-hanya-menghapus-pasal-yang-tumpang-tindih> diakses pada tanggal 21 Januari 2020

² <https://indopolitika.com/demi-sederhanakan-perizinan-omnibus-law-hapus-amdal-usaha-tambang-kecuali/> diakses pada tanggal 21 Januari 2020

Persoalan lingkungan hidup merupakan salah satu persoalan strategis dalam kajian ilmu hukum, karena regulasi dianggap sebagai satu-satunya cara untuk menciptakan lingkungan hidup yang bersih dan sehat. Konsep tersebut sejalan dengan fungsi hukum sebagai *a tool of social engineering*, dimana hukum menjadi alat untuk melakukan rekayasa sosial.³ Konsep menggunakan regulasi sebagai media untuk melakukan perubahan budaya hukum demi terciptanya lingkungan hidup yang bersih dan sehat pernah diterapkan oleh Singapura, dimana penerapan denda terbukti berhasil menciptakan efek jera dan pada akhirnya membuat Singapura menjadi salah satu negara dengan tingkat kesehatan tertinggi di dunia yaitu di urutan 8 (delapan) dan menjadi satu-satunya negara di Asia Tenggara yang berada di posisi 10 (sepuluh besar).⁴ Singapura pada periode 1960an pernah menghadapi permasalahan yang sama dengan negara berkembang lainnya, menurut Heng permasalahan lingkungan yang terjadi di Singapura saat itu sangat kompleks,

*These include the lack of proper sewage disposal facilities, highly polluted rivers and river basins, indiscriminate waste disposal leading to land contamination and water pollution, poor health management systems leading to outbreaks of typhoid and cholera, polluted air from old and inefficient gas works, and frequent floods due to poor drainage.*⁵

Melihat kasus di Singapura, dapatlah disimpulkan bahwa perlindungan lingkungan hidup dan regulasi merupakan satu kesatuan yang tidak bisa dipisahkan, tanpa kehadiran regulasi yang mumpuni mustahil akan melahirkan perlindungan lingkungan hidup yang diharapkan.

Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup (PPLH) pada dasarnya merupakan suatu tindakan yang sistematis dari negara dalam upayanya untuk melakukan perlindungan lingkungan. Salah satu ketentuan yang terdapat dalam undang-undang tersebut adalah kewajiban bagi pelaku usaha untuk memenuhi kewajiban amdal dan ukl-upl terlebih dahulu sebelum mendapatkan izin usaha. Dalam artian, kedudukan amdal dan ukl-upl sangat strategis dalam Undang-Undang PPLH, ketiadaan dua syarat tersebut berefek negatif bagi pengusaha yaitu tidak bisa mendapatkan izin usaha.⁶

³ Wahyu Wiriadinata, "Korupsi dan Pembalikan Beban Pembuktian", *Jurnal Konstitusi*, Volume 9, Nomor 2, Juni 2012, h.313-332

⁴ <http://worldpopulationreview.com/countries/healthiest-countries/> diakses pada tanggal 21 januari 2020

⁵ Lye Lin Heng, "A Fine City In A Garden-Environmental Law And Governance In Singapore", *Singapore Journal of Legal Studies*, Juli 2008, h.68-117.

⁶ Karla Kalang, "Kedudukan Amdal Tentang Eksploitasi Pertambangan Menurut Undangundang Nomor. 32 Tahun 2009 Tentang Perlindungan Dan Pengelolaan Lingkungan Hidup", *Lex Privatum*, Volume VI, Nomor 1, Januari-Maret 2018, h. 43-50

Tindakan penghapusan kedua syarat tersebut pada dasarnya sebagai upaya pemerintah untuk memberikan kemudahan izin usaha (*ease of doing bussiness*). Namun upaya pemerintah tersebut bertolak belakang dengan semangat pembangunan berkelanjutan (*sustainable development and goals*) atau yang lebih dikenal dengan SDGs yang mana menempatkan lingkungan sebagai bagian integral dari pembangunan. Hal itu ditegaskan oleh Casey Stevens, *The 2030 Agenda for Sustainable Development and the SDGs offer a potential to transform the dominant approaches to economic, social, and environmental challenges*.⁷

Tindakan pemerintah tersebut didasarkan pada stagnansi indeks kemudahan berusaha (*ease of doing bussiness*) yang diperoleh Indonesia dalam beberapa tahun terakhir. Menurut data *World Bank*, Indonesia pada tahun 2019 berada di urutan ke 73 dan peringkat tersebut turun satu peringkat yaitu 72 pada tahun 2018. Stagnannya posisi Indonesia dalam indeks kemudahan berusaha menjadi salah satu faktor yang menyebabkan pemerintah memutuskan untuk memangkas sejumlah perizinan yang dianggap menghambat kemudahan berusaha di Indonesia, salah satunya adalah izin lokasi, izin lokasi perairan, izin lingkungan dan/atau IMB. Pemangkasan tersebut kemudian diatur dalam Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2018 tentang Pelayanan Perizinan Berusaha Terintegrasi Secara Elektronik yang mana selama pemilik usaha sudah memegang izin dengan komitmen, pemegang usaha tersebut dapat melakukan sejumlah aktivitas yaitu:⁸

- a. pengadaan tanah;
- b. perubahan luas lahan;
- c. pembangunan bangunan gedung dan pengoperasiannya;
- d. pengadaan peralatan atau sarana;
- e. pengadaan sumber daya manusia;
- f. penyelesaian sertifikasi atau kelaikan;
- g. pelaksanaan uji coba produksi (*commisioning*); dan/atau
- h. pelaksanaan produksi.

Ketentuan tersebut secara tidak langsung memosisikan izin lingkungan yang didalamnya terdapat kewajiban AMDAL dan UKL-UPL sebagai penghambat dalam memperoleh izin usaha. Mengacu pada kasus di sejumlah negara dengan indeks

⁷ Casey Stevens, Norichika Kanie, "The transformative potential of the Sustainable Development Goals (SDGs)", *International Environmental Agreements : Politics, Law and Economics*; Dordrecht, Volume 16, Iss. 3, 2016, h.393-396.

⁸ Desi Arianing Arrum, "Kepastian Hukum Dalam Perizinan Berusaha Terintegrasi Secara Elektronik (Online Single Submission) Di Indonesia", *Jurist-Diction*, Volume 2, Nomor 5, September 2019, h.1631-1653

kemudahan berusaha tertinggi seperti Selandia Baru, Singapura dan Hongkong, penerapan pembangunan tetaplah berparadigma terhadap lingkungan hidup. Selain itu mengacu pada Pasal 28H ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945, hak atas lingkungan hidup yang sehat dan bersih adalah hak asasi dan hak konstitusional warga negara yang harus dijaga dan tidak boleh dikurangi sedikit pun oleh negara, baik itu melalui peraturan pemerintah ataupun melalui *omnibus law*. Oleh karena itulah artikel ini akan mencoba untuk menjawab pertanyaan terkait bagaimanakah potensi pelanggaran hak konstitusional warga negara atas lingkungan hidup yang bersih dan sehat sebagai implikasi penerapan *omnibus law*.

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang masalah tersebut diatas, artikel ini hendak menjawab rumusan masalah sebagai berikut, bagaimanakah Implikasi *Omnibus Law* terhadap Hak Konstitusional atas Lingkungan Hidup yang Sehat?

PEMBAHASAN

Amandemen Undang-Undang Dasar 1945 telah mencantumkan sejumlah hak asasi baru dalam konstitusi, salah satunya adalah ketentuan yang tercantum pada Pasal 28H ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 yang menyatakan bahwa Setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan.⁹

Pencantuman hak atas lingkungan yang bersih dan sehat dalam konstitusi selayaknya menjadi rujukan bagi pembuat undang-undang dalam membuat suatu peraturan. Karena mengacu pada teori Adolf Merkl (*das doppelte rechtsantlitz*) yang mana norma dasar itu selalu mempunyai 2 wajah yaitu norma hukum itu ke atas jika ia bersumber dan berdasar pada norma yang di atasnya, tetapi ke bawah ia juga menjadi dasar dari norma hukum yang berada dibawahnya.¹⁰ Dalam artian Undang-Undang sebagai produk hukum yang tepat berada di bawah konstitusi berdasarkan hierarki norma yang tercantum dalam Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan selayaknya tidak boleh bertentangan dengan UUD 1945. Hal tersebut

⁹ Saldi Isra, "Peran Mahkamah Konstitusi dalam Penguatan Hak Asasi Manusia Di Indonesia", *Jurnal Konstitusi*, Volume 11, Nomor 3, September 2014, h.410-427

¹⁰ Aan Eko Widiarto, "Implikasi Hukum Pengaturan Hukum Acara Mahkamah Konstitusi dalam Bentuk Peraturan Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Konstitusi*, Volume 16, Nomor 1, Maret 2019, h.24-42

juga berlaku bagi peraturan di bawahnya mulai dari peraturan pemerintah hingga Peraturan Daerah.

Omnibus Law Cipta Lapangan Kerja yang berencana menghapus kewajiban amdal sebagai persyaratan terhadap izin usaha atau aktivitas dengan resiko sedang dan rendah tentu saja berpotensi akan merusak lingkungan yang mana hal tersebut bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945 yaitu kewajiban negara untuk menjamin hak konstitusional warga negara atas lingkungan hidup yang bersih dan sehat.¹¹

Selain itu apabila melihat upaya dan tindakan pemerintah terkait dengan upaya untuk meningkatkan kemudahan berusaha melalui RUU Cipta Lapangan Kerja atau *Omnibus Law* nampak kontradiktif dengan regulasi yang tercantum dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Minimnya keterlibatan masyarakat dalam tahapan pembahasan pada hakikatnya telah melanggar ketentuan pada Pasal 96 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 yaitu hak masyarakat untuk memberikan masukan secara lisan dan/atau tertulis dalam Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Pelibatan masyarakat selayaknya dilakukan sejak tahapan perencanaan, penyusunan hingga pembahasan.

Hal kontradiktif sebelumnya yang dilakukan oleh pemerintah adalah dengan pemberlakuan Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2018 tentang Pelayanan Perizinan Berusaha Terintegrasi Secara Elektronik yang dalam salah satu ketentuannya memperkenalkan konsep baru yang dikenal dengan izin usaha dengan komitmen. Izin usaha dengan komitmen adalah suatu bentuk izin usaha yang dikeluarkan oleh pemerintah dengan mengesampingkan terlebih dahulu izin lingkungan, yang didalamnya termasuk amdal dan ukl-upl. Peraturan Pemerintah tersebut secara jelas tidak sesuai dengan Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang PPLH yang menempatkan izin lingkungan sebagai prasyarat untuk memperoleh izin usaha. Akan tetapi ketiadaan kata “komitmen” dalam Undang-Undang PPLH, membuat sebagian pihak menganggap ketentuan sebagai dimaksud dalam Peraturan pemerintah tidak bertentangan dengan Undang-Undang PPLH.

Padahal salah satu semangat yang tersirat ketika lahirnya Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang PPLH adalah memosisikan analisis mengenai dampak lingkungan (amdal) sebagai salah satu perangkat *preemptive* pengelolaan

¹¹ <https://www.vivanews.com/bisnis/ekonomi/32346-omnibus-law-hapus-izin-amdal-usaha-tambang-kecuali-risiko-tinggi> diakses pada tanggal 1 Februari 2020

lingkungan hidup dikarenakan adanya potensi dampak negatif yang ditimbulkan sebagai konsekuensi dari pembangunan. Oleh karena itulah amdal merupakan salah satu instrumen yang dikembangkan sebagai upaya pengendalian dampak kerusakan lingkungan hidup secara dini.

Akan tetapi penempatan amdal sebagai alat kelengkapan semata yang justru terkesan sebagai penghambat dalam memperoleh izin usaha, membuat pelaksanaan pembangunan berpotensi merusak lingkungan hidup dan berimplikasi melanggar hak konstitusional warga negara atas lingkungan hidup yang bersih dan sehat. Untuk melihat apakah terjadi potensi pelanggaran hak konstitusional warga negara atas lingkungan hidup yang bersih dan sehat, penelitian ini akan melihat implikasi atau dampak negatif dari peniadaan amdal terhadap perlindungan hak konstitusional warga negara.

Fungsi Amdal dalam Pemberian Izin Usaha

Analisis mengenai dampak lingkungan atau dalam bahasa Inggris dikenal dengan *Environmental impact assessment* adalah kajian mengenai dampak besar dan penting suatu usaha dan/atau kegiatan yang direncanakan pada lingkungan hidup yang diperlukan bagi proses pengambilan keputusan tentang penyelenggaraan usaha dan/atau kegiatan.¹²

Perkembangan kewajiban amdal telah mengalami perubahan dari ketentuan yang tercantum dalam Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup dan Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup. Pada regulasi terdahulu, pelaksanaan izin amdal hanya dilakukan terhadap izin usaha yang berdampak besar:

“Setiap usaha dan/atau kegiatan yang menimbulkan dampak besar dan penting terhadap lingkungan hidup wajib memiliki analisis mengenai dampak lingkungan hidup untuk memperoleh izin melakukan usaha dan/atau kegiatan”.

Ketentuan tersebut dianggap tidak memberikan perlindungan yang cukup terhadap lingkungan hidup, oleh karena itulah dalam Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 ketentuan tersebut dihilangkan, dalam artian setiap usaha yang menimbulkan dampak terhadap lingkungan hidup wajib memiliki amdal. Ketentuan

¹² Juhani Anhava and Olli Kolehmainen, “Environmental Impact Assessment - Valuable Experiences of EIA Procedure and Public Perception of Major Industrial Projects”, *Water Science and Technology*; London, Volume 29, Iss. 5-6, Mar 1994, h.131-136

tersebut diatur pada Pasal 22 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang PPLH yang menyatakan bahwa, *"Setiap usaha dan/atau kegiatan yang berdampak penting terhadap lingkungan hidup wajib memiliki amdal"*. Kewajiban memiliki amdal dan ukl-upl sebagai persyaratan untuk mendapatkan izin lingkungan menunjukkan peran vital amdal untuk memastikan perlindungan hak konstitusional warga negara atas lingkungan hidup yang bersih dan sehat.

Apabila mengacu pada filosofi diadakannya amdal adalah mempunyai tujuan untuk menjamin suatu usaha atau kegiatan pembangunan dapat berjalan secara berkesinambungan tanpa merusak lingkungan hidup. Hal itu sesuai dengan konsep pembangunan berkelanjutan dimana upaya untuk memenuhi kebutuhan generasi masa kini tanpa mengorbankan kemampuan generasi mendatang untuk memenuhi kebutuhan mereka:

"Development that meets the needs of the present without compromising the ability of the future generations to meet theirs own needs"(Brundtland,1987).¹³

Berdasarkan hal tersebut di atas, pelaksanaan amdal diperlukan untuk menjamin bahwa pelaksanaan aktivitas atau kegiatan yang dilaksanakan saat ini tidak akan merugikan generasi selanjutnya.

Mengacu pada ketentuan dalam Pasal 23 ayat (1) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang PPLH disebutkan beberapa kriteria usaha dan/atau kegiatan yang berdampak penting yang wajib dilengkapi dengan amdal, yaitu sebagai berikut :

- a. perubahan bentuk lahan dan bentang alam;
- b. eksploitasi sumber daya alam, baik yang terbarukan maupun yang tidak terbarukan;
- c. proses dan kegiatan yang secara potensial dapat menimbulkan pencemaran dan/atau kerusakan lingkungan hidup serta pemborosan dan kemerosotan sumber daya alam dalam pemanfaatannya;
- d. proses dan kegiatan yang hasilnya dapat mempengaruhi lingkungan alam, lingkungan buatan, serta lingkungan sosial dan budaya;
- e. proses dan kegiatan yang hasilnya akan mempengaruhi pelestarian kawasan konservasi sumber daya alam dan/atau perlindungan cagar budaya;
- f. introduksi jenis tumbuh-tumbuhan, hewan, dan jasad renik;

¹³ Adam Fenech, Jay Foster, Kirk Hamilton, and Roger Hansell, " Natural Capital in Ecology and Economics: An Overview", *Dordrecht*, Volume 86, Iss. 1-2, Jul 2003, h.3-17

- g. pembuatan dan penggunaan bahan hayati dan non hayati;
- h. kegiatan yang mempunyai risiko tinggi dan/atau mempengaruhi pertahanan negara; dan/atau
- i. penerapan teknologi yang diperkirakan mempunyai potensi besar untuk mempengaruhi lingkungan hidup.

Apabila mengacu pada draft *Omnibus Law* Cipta Lapangan Kerja yang mana amdal hanya diwajibkan untuk aktivitas dengan risiko tinggi, maka diantara sejumlah aktivitas tersebut hanya kegiatan pada huruf h yang masih diwajibkan melampirkan dokumen amdal. Andaikan pada aktivitas lainnya kewajiban amdal ditiadakan sebagai persyaratan pemberian izin usaha, maka kegiatan-kegiatan yang lain tidak lagi memerlukan amdal pada pelaksanaannya. Lantas bagaimanakah implikasi peniadaan amdal terhadap hak konstitusional warga negara atas lingkungan hidup yang bersih dan sehat?

Amdal dan Hak Konstitusional

Amdal sebagai kewajiban bagi pemilik usaha untuk mendapatkan izin lingkungan pada hakikatnya merupakan wujud kesepakatan antara pihak swasta, pemerintah dan masyarakat terkait perlindungan lingkungan hidup. Hal itu ditegaskan oleh Kwiatkowski,

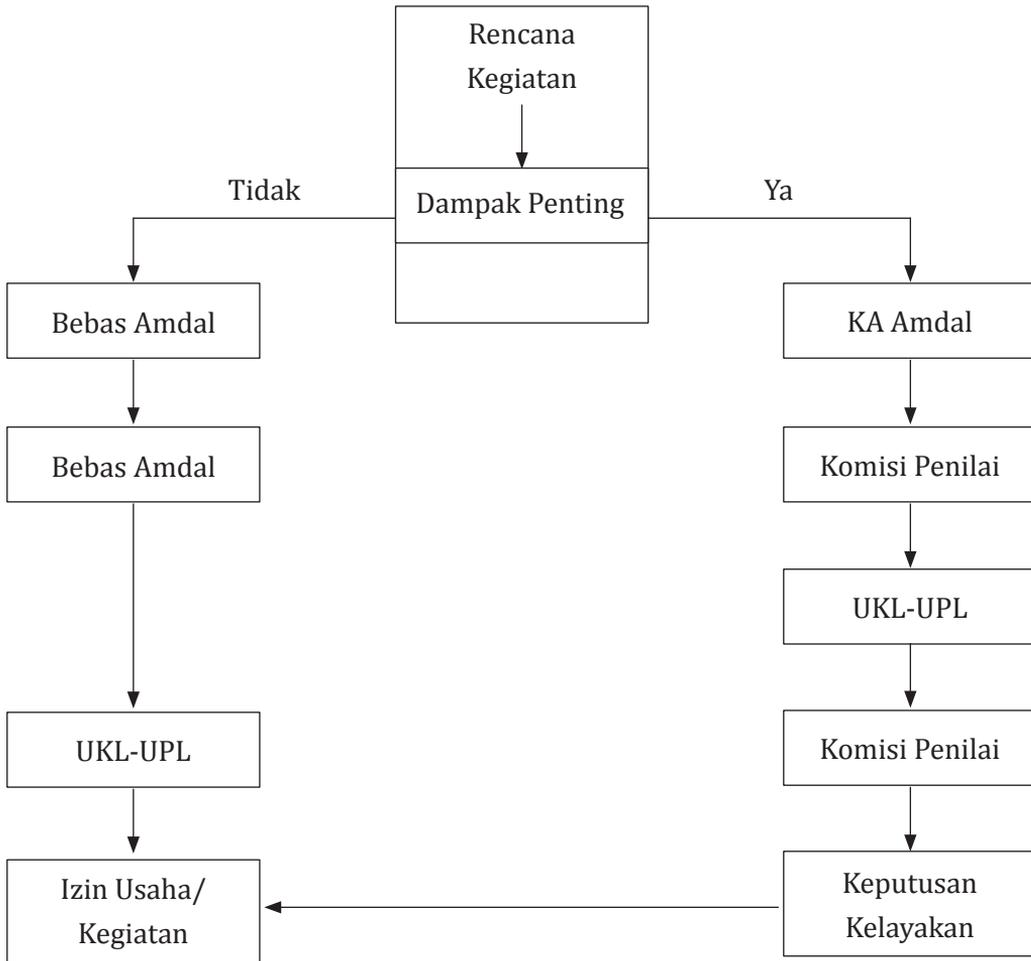
*Environmental assessment serves several purposes. For proponents of development projects (DP), it reduces risks and liabilities through early identification of potential environmental problems. For the public, it provides an opportunity to participate in the EIA process. For governments, it ensures that all stakeholders have a chance to participate.*¹⁴

Sebagai bentuk interaksi antara pemerintah, swasta dan masyarakat, kewajiban amdal pada hakikatnya merupakan wujud kehadiran negara sebagai pelindung hak konstitusional warga negara (*the guardian of the constitutional rights*) atas lingkungan hidup yang bersih dan sehat.

Hal itu bisa dibuktikan dengan melihat proses pembuatan amdal berdasarkan Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup,

¹⁴ R E Kwiatkowski and Pierre Gosselin, "Promoting human impact assessment within the environmental impact assessment process: Canada's work in progress", *Promotion & Education; Paris*, Volume 8, Iss.1, 2001, h.17-20.

Tabel 1
Tahapan Pelaksanaan Amdal



Terlihat pada tabel di atas, proses kewajiban amdal melibatkan sejumlah pihak, yang mana tahapan awalnya sebuah rencana usaha/kegiatan akan dinilai terlebih dahulu apakah berdampak penting ataukah tidak. Setelah dilakukan klasifikasi, apabila suatu aktivitas tidak berdampak penting maka hanya diwajibkan mengurus

dokumen ukl-upl untuk persyaratan memperoleh izin usaha. Akan tetapi apabila suatu aktivitas berdampak penting, pelaku usaha harus menyiapkan dokumen amdal. Pembuatan dokumen amdal harus dilakukan oleh pemrakarsa amdal yang mendapatkan sertifikat kompetensi penyusun amdal secara resmi yang dikeluarkan oleh Kementerian Lingkungan Hidup dan Kehutanan. Setelah sudah ada dokumen amdal, hasil tersebut akan dinilai oleh komisi penilai amdal untuk melihat seberapa besar dampak yang dihasilkan dalam usaha/kegiatan tersebut. Setelah tahapan tersebut, Komisi Penilai Amdal kemudian mengembalikan dokumen amdal yang dibuat pemrakarsa tersebut dan meminta pemilik usaha untuk melengkapi dokumen UKL-UPL (Usaha Pengelolaan Lahan dan Usaha Pemantauan Lahan) sebagai persyaratan. Setelah itu komisi penilai akan melakukan penilaian, dan dalam waktu 75 hari akan dikeluarkan keputusan layak atau tidaknya aktivitas atau usaha tersebut untuk memperoleh izin lingkungan.

Proses yang rumit pada hakikatnya dilakukan karena negara dalam melaksanakan proses amdal didasarkan pada asas kehati-hatian sebagaimana yang tercantum dalam Pasal 2 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang PPLH. Hal itu disebabkan apabila suatu usaha ternyata berdampak buruk terhadap lingkungan maka negara dianggap gagal dalam menjamin perlindungan hak asasi manusia dan hak konstitusional warga negara atas lingkungan hidup yang bersih dan layak sebagaimana tercantum dalam Pasal 28H ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945.

Kemudahan Berusaha dan Lingkungan yang sehat

Salah satu alasan hendak di tiadakannya izin lingkungan sebagai prasyarat untuk mendapatkan izin usaha adalah dikarenakan ikhtiar pemerintah untuk menyederhanakan birokrasi sebagai bagian dari upaya meningkatkan indeks kemudahan berusaha (*ease of doing business*). Hal itu didasarkan pada tren yang dialami oleh Indonesia dalam hal indeks kemudahan berusaha dimana pada tahun 2016-2019, indeks kemudahan berusaha tidak mengalami perubahan yang signifikan.

Tabel 2



Sumber : diolah dari berbagai sumber

Ketika melihat tabel tersebut diatas terlihat bahwa terdapat peningkatan cukup signifikan dalam 4 tahun terakhir (dari 106 ke 73), akan tetapi dalam dua tahun terakhir tingkat kemudahan berusaha (*ease of doing bussiness*) cenderung stagnan dan bahkan menurun (72 ke 73). Akan tetapi apakah penghilangan izin lingkungan menjadi solusi untuk mengatasi persoalan birokrasi demi menaikkan indeks kemudahan berusaha?. Hal tersebut pada hakikatnya bisa dilihat dengan membandingkan posisi amdal dalam pemenuhan persyaratan untuk mendapatkan izin usaha di negara-negara yang indeks kemudahan usahanya mendapatkan nilai yang tinggi berdasarkan survey yang dilakukan oleh World Bank. Berdasarkan peringkat tahun 2019, berikut adalah negara-negara yang memperoleh peringkat tertinggi terkait kemudahan dalam berusaha;

1. Selandia Baru
2. Singapura
3. Hong Kong
4. Denmark
5. Korea Selatan
6. Amerika Serikat

Untuk selanjutnya, artikel ini akan melihat bagaimana penerapan izin amdal pada keenam negara dengan indeks kemudahan berusaha tertinggi di dunia tersebut sebagai studi komparasi.

1. Selandia Baru

Selandia Baru merupakan negara peringkat pertama dalam indeks kemudahan berusaha yang dikeluarkan oleh World Bank. Berdasarkan *Resource Management Act 1991* regulasi yang mengatur terkait perlindungan dan pengelolaan lingkungan di Selandia Baru, amdal merupakan dokumen yang wajib dipenuhi oleh pemilik usaha sebelum melakukan aktivitas/kegiatan. Sebagaimana yang terdapat dalam Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 dimana terdapat klasifikasi usaha yang berdampak penting ataukah tidak penting. Dalam *Resource Management Act 1991*, diklasifikasikan jenis-jenis usaha mulai dari yang berdampak ringan, menengah hingga berat.¹⁵

Berikut ini merupakan aktivitas yang mempunyai dampak ringan berdasarkan *Resource Management Act 1991*, yang termasuk aktivitas tersebut adalah:¹⁶

- a. *hunting and fishing*
- b. *short and overnight guided walks*
- c. *one off or irregular aircraft landing*
- d. *rafting or kayaking*
- e. *some filming*
- f. *some easements*
- g. *short term grazing*
- h. *small one off events*
- i. *long term grazing*
- j. *large, annual sporting events.*

Sementara itu terdapat aktivitas dengan skala besar yang kemungkinan mempunyai dampak signifikan terhadap lingkungan, dalam *Resource Management Act 1991* aktivitas tersebut di sampaikan secara mendetail:¹⁷

- a. *the building of any structure*
- b. *low impact activities in sensitive locations*
- c. *large scale films*
- d. *telecommunication sites.*

Berdasarkan regulasi yang terdapat di Selandia Baru, semua aktivitas/kegiatan harus melengkapi kewajiban amdal (EIA) terlebih dahulu sebelum

¹⁵ Sarah Michaels and Owen J Furusest, "Innovation in environmental policy: the National Environmental Policy Act of the US and the Resource Management Act of New Zealand", *Environmentalist; Lausanne*, Volume 17, Iss. 3, Sep 1997, h.181-190

¹⁶ <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1991/0069/latest/DLM230265.html> diakses pada tanggal 3 Februari 2020

¹⁷ *Ibid*

melakukan aktivitas, terkait dampak dan skalanya bisa dicantumkan dalam dokumen amdal. Hal itu bisa dilihat didalam ketentuan yang terdapat di *Resource Management Act 1991*,¹⁸

Everyone applying to undertake an activity on public conservation land must provide an EIA with their application. The size and amount of detail in your EIA depends on the size and scale of your activity and its potential environmental effects.

Ketaatan untuk memenuhi kewajiban amdal sebagai persyaratan izin usaha berimplikasi terhadap tingkat kesehatan negara Selandia Baru. Berdasarkan survey yang dilakukan oleh Bloomberg terkait Indeks negara paling sehat, pada tahun 2019 Selandia Baru merupakan negara dengan peringkat 18 paling sehat didunia.¹⁹

Oleh karena itulah regulasi yang terdapat di Selandia Baru sebagai negara dengan indeks kemudahan berusaha tertinggi di dunia kontradiktif dengan rencana penerapan *Omnibus Law* yang meniadakan amdal bagi aktivitas dengan resiko menengah dan kecil, di Selandia Baru izin usaha baik dengan resiko kecil, menengah dan tinggi tidak akan bisa dilakukan sebelum terpenuhinya kewajiban amdal.

2. Singapura

Singapura merupakan negara peringkat kedua dalam indeks kemudahan usahanya berdasarkan survey yang dilakukan World Bank. Dengan peringkat yang tinggi, bagaimanakah kewajiban amdal dalam proses izin usaha yang dilakukan Singapura?. Pelaksanaan terkait amdal di Singapura terdapat dalam *Environmental Protection and Management Act*, pada pasal 26 disebutkan bahwa:²⁰

- 1) Pengembang atau pemilik usaha baik yang tetap maupun berpindah-pindah yang mana berkeinginan untuk menjalankan aktivitas yang menyimpan, menangani, dan menggunakan bahan-bahan yang berbahaya wajib untuk memenuhi persyaratan:
 - a. Melakukan identifikasi semua kemungkinan bahaya yang mengancam kesehatan atau keamanan setiap orang atau yang menyebabkan polusi

¹⁸ <https://www.doc.govt.nz/get-involved/apply-for-permits/managing-your-concession/environmental-impact-assessment/> diakses pada tanggal 2 Februari 2020

¹⁹ <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-02-24/spain-tops-italy-as-world-s-healthiest-nation-while-u-s-slips> diakses pada tanggal 6 Februari 2020

²⁰ Alice Christudason, "Legislating for environmental practices within residential property management in Singapore", *Property Management, Bradford*, Volume 20, Iss. 4, 2002, h. 252-263

- b. Melakukan estimasi frekuensi atau kemungkinan dari terjadinya potensi-potensi bagata tersebut
- c. Melakukan kuantifikasi dari konsekuensi dan level risiko potensi-potensi bahaya tersebut
- d. Melakukan evaluasi efek potensi kebakaran atau kerusakan lainnya termasuk potensi untuk melepaskan bahan-bahan beracun dan potensi untuk dilepaskannya *fire-fighting water* (air yang digunakan untuk pemadam kebakaran yang mana mempunyai bahan-bahan yang cenderung beracun dan tidak ramah lingkungan) ke dalam lingkungan.
- e. Melakukan identifikasi dari semua tindakan preventif yang diperlukan untuk menghindari dan mengontrol hal-hal tersebut dan membuat formulasi kebijakan untuk mengatasinya.

Selain hal-hal tersebut diatas, pemerintah Singapura melalui *Ministry of the Environment and Water Resources* juga meminta para pengembang untuk melakukan *review* dan evaluasi dari segala tindakan pencegahan, reduksi atau kontrol dari segala potensi bahaya yang bisa membahayakan kesehatan masyarakat atau menyebabkan pencemaran lingkungan.²¹

Terlihat pada ketentuan yang diatur dalam regulasi yang terdapat di Singapura, setiap aktivitas/kegiatan diwajibkan untuk membuat amdal terlebih dahulu atau di Singapura dikenal dengan *impact analysis studies*. Bahkan pemilik usaha mempunyai kewajiban untuk menerapkan tindakan tambahan sebagai pencegahan untuk mengantisipasi potensi bahaya yang dapat mengganggu kesehatan masyarakat atau menyebabkan polusi dan pencemaran lingkungan.

Dengan persyaratan yang ketat tersebut, Singapura selain dinobatkan sebagai negara dengan indeks kemudahan berusaha terbaik kedua dunia menurut survei World Bank, juga menjadi negara dengan tingkat kesehatan tertinggi ke delapan dunia menurut indeks negara paling sehat menurut survei Bloomberg.²²

3. Hongkong

Sebagai negara peringkat ketiga tertinggi terkait kemudahan berusaha, Hongkong mempunyai regulasi khusus yang menangani terkait persoalan

²¹ Gurdip Singh Batra, "Environment Management and Environmental Disclosures: A Comparison of Corporate Practices Across Malaysia, Singapore and India", *South Asian Journal of Management*; *New Delhi*, Volume 20, Iss. 1, Jan-Mar 2013, h. 62-96

²² <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-02-24/spain-tops-italy-as-world-s-healthiest-nation-while-u-s-slips> diakses pada tanggal 6 Februari 2020

lingkungan yang disebut *Environmental Impact Assessment Ordinance (EIAO)*, sementara itu terkait amdal dikenal dengan *Environmental Impact Assessment (EIA)*.²³

EIA yang diterapkan di Hongkong dilaksanakan melalui 6 (enam) tahapan, yaitu: *screening, scoping, reporting, reviewing, decision-making* dan terakhir adalah *monitoring*.²⁴

Berdasarkan EIAO, disebutkan bahwa izin lingkungan diperlukan untuk aktivitas/usaha, yaitu:²⁵

- (1) *A person who is planning a designated project shall apply to the Director:*
- a) *for an environmental impact assessment study brief to proceed with an environmental impact assessment study for the project; or*
 - b) *if the requirements of subsection (9), (10) or (11) are relevant, for approval to apply directly for an environmental permit.*

Terlihat dari regulasi yang diatur di Hongkong, amdal diwajibkan bagi usaha/kegiatan apapun tanpa ada klasifikasi resiko rendah, sedang dan tinggi. Sebagaimana yang tercantum pada huruf b, izin lingkungan langsung bisa dikeluarkan oleh *Environmental Protection Department*, apabila:²⁶

- a) *the environmental impact of the project is adequately assessed in an environmental impact assessment report in the register; and*
- b) *the information and findings of the environmental impact assessment report in the register are still relevant.*
- c) *for a material change to an exempted project by notice in writing if the applicant satisfies the Director, having regard to the project profile, that the impact of the material change to the project and the mitigation measures described in the project profile meet the requirements of the technical memorandum.*
- d) *The Director may, with the consent of the Secretary, permit an applicant to apply directly for an environmental permit if he satisfies the Director, having regard to the project profile, that the environmental impact of the designated project is unlikely to be adverse and the mitigation*

²³ Peter Hills, "Environmental policy and planning in Hong Kong: an emerging regional agenda, Hills, Peter", *Sustainable Development; Chichester*, Volume 10, Iss. 3, Aug 2002, h. 171.

²⁴ Zhitao Wang, Yuping Wu, Guoqin Duan, Hanjiang Cao, Jianchang Liu, et al. "Assessing the Underwater Acoustics of the World's Largest Vibration Hammer (OCTA-KONG) and Its Potential Effects on the Indo-Pacific Humpbacked Dolphin (*Sousa chinensis*)", *PLoS One; San Francisco*, Volume 9, Iss. 10, Oct 2014, h. 1-15.

²⁵ <https://www.epd.gov.hk/eia/english/guid/index1.html> diakses pada tanggal 6 Februari 2020.

²⁶ *Ibid.*

measures described in the project profile meet the requirements of the technical memorandum.

Apabila melihat ketentuan terkait persyaratan memperoleh izin lingkungan di Hongkong dimana pemerintah Hongkong memberikan kesempatan untuk memberikan izin lingkungan secara langsung tanpa melalui amdal apabila dalam dokumen yang dilampirkan telah memenuhi persyaratan yang diperlukan dimana ada komitmen untuk memenuhi ketentuan yang dipersyaratkan. Konsep ini sesuai dengan yang terdapat dalam Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2018 yang memperkenalkan istilah izin usaha dengan komitmen. Sebagai hasilnya meskipun Hongkong termasuk negara dengan kemudahan usaha tertinggi, namun dalam survei terakhir Hongkong tidak termasuk ke dalam 56 besar negara tersehat di dunia pada tahun 2019 menurut survei Bloomberg.

4. Denmark

Denmark merupakan negara peringkat keempat dengan indeks kemudahan berusaha tertinggi ke dunia. Berbeda dengan konsep amdal di negara lain yang mana kewajiban tersebut dilakukan oleh pihak yang hendak mengajukan izin usaha, di Denmark proses pembuatan amdal (*environmental impact assesement*) dilakukan oleh otoritas wilayah (*county*). Pihak pengembang melalui konsultannya mempunyai kewajiban untuk memberikan semua informasi yang diperlukan namun pelaksanaan terkait pembuatan dokumen amdal dilakukan oleh pihak otoritas. Pihak otoritas bisa meminta konsultan untuk membuat penilaian, akan tetapi tanggung jawab tetap berada di pihak otoritas wilayah.²⁷

Amdal sebagai dokumen wajib harus dilengkap untuk aktivitas/usaha yang berdampak baik langsung maupun tidak langsung terhadap:²⁸

- a. *Human beings, fauna and flora,*
- b. *Soil, water, air, climate and the landscape,*
- c. *Material assets and the cultural heritage*
- d. *The interaction between the factors mentioned in the first, second and third indents.*

²⁷ Diana Perry, Linus Hammar, , Hans W Linderholm, and Martin Gullström, "Spatial risk assessment of global change impacts on Swedish seagrass ecosystems", *PLoS One; San Francisco*, Volume 15, Iss. 1, Jan 2020, h. 1-16

²⁸ Maria Pettersson, Olof Stjernström, and E. Carina H Keskitalo, "The role of participation in the planning process: examples from Sweden", *Local Environment*, 2017, h. 22. DOI: 10.1080/13549839.2017.1319805

Dengan pengelolaan amdal yang cukup ketat, pada tahun 2019 Denmark berada di urutan ke-25 negara dengan indeks negara terbersih di dunia berdasarkan survei yang dilakukan oleh Bloomberg.

5. Korea Selatan

Korea Selatan merupakan salah satu negara di Asia yang menerapkan regulasi yang ketat terkait izin usaha yang dikenal dengan *a one-size-fits-all approach to all large-scale construction projects*.²⁹ Regulasi yang diterapkan di Korea Selatan mempunyai karakteristik yang berbeda antara satu wilayah dengan wilayah lainnya, oleh karena itulah tindakan preventif yang dilakukan di kota besar seperti Seoul berbeda dengan Jeju.

Tindakan preventif dilakukan melalui sistem yang mampu menganalisis serta memperkirakan kelayakan, persyaratan secara teknik, serta dampaknya terhadap lingkungan terutama pada proyek-proyek tertentu. Selain hal tersebut, sistem juga mempunyai kemampuan untuk membandingkan sejumlah alternatif yang mampu mengurangi dampak negatif kegiatan terhadap lingkungan. Hal tersebut merupakan alat sederhana untuk membantu operator kegiatan menemukan solusi yang paling efektif.

Meskipun pembuatan amdal dilakukan oleh otoritas wilayah (*county*), akan tetapi pengawasan dilakukan oleh lembaga yang disebut *Environmental Impact Assessment Deliberation Council* yang mana strukturnya terdiri dari ketua dan 60 pakar yang berasal dari akademisi dan lembaga penelitian. Satu tim berisi 15 anggota, pengambilan dilakukan secara voting manakala terjadi *deadlock* dalam pengambilan keputusan.³⁰

Pelaksanaan kewajiban amdal di Korea Selatan dilakukan dengan melibatkan publik pada tiga tahapan, yaitu *proposal*, *draft*, dan *final report*. Pada tahapan pertama yaitu pihak pengembang harus menentukan kategori yang digunakan untuk penilaian seperti udara ataupun cuaca. Lingkungan sekitar dari tempat pembangunan harus juga dimasukkan kedalam pertimbangan dalam prosesnya. Pada tahapan kedua, pihak pengembang harus menulis *draft* yang didalamnya mencantumkan dampak-dampak apa yang bisa muncul diakibatkan pembangunan di wilayah lingkungan sekitar.³¹

²⁹ Anonymous, "Achieving the "low carbon, green growth" vision in Korea", *OECD Economic Surveys: Paris*, Vol. 20, Iss. 10, Apr 2012.

³⁰ http://elaw.klri.re.kr/kor_service/lawView.do?lang=ENG&hseq=45070 diakses pada tanggal 6 Februari 2020.

³¹ *Ibid.*

Selain itu pihak pengembang diharapkan juga menyertakan solusi yang paling memungkinkan untuk mengurangi dampak-dampak negatif terhadap lingkungan di dalam *draft* yang dilaporkan pada otoritas. *Draft* tersebut wajib disampaikan dan disebarluaskan kepada publik, selain itu pihak pengembang mempunyai kewajiban untuk menyelenggarakan diskusi dan presentasi kepada publik. Pada tahap akhir, *final report*, yang mana merupakan laporan akhir aktual tertulis. Dokumen tertulis tersebut wajib merefleksikan pendapat yang diambil dari semua tahapan. *Final report* kemudian disampaikan kepada *the Council for deliberation* dan lembaga tersebutlah yang akan mengambil keputusan terakhir. Dengan sejumlah persyaratan yang ketat tersebut, saat ini Korea Selatan adalah negara peringkat ke-17 tersehat di dunia berdasarkan survey yang dilakukan oleh Bloomberg.³²

6. Amerika Serikat

Amdal atau *environmental impact assessment* pertama kali diperkenalkan di Amerika Serikat, dan lembaga yang mempunyai kewenangan untuk mengeluarkannya adalah *Environmental Protection Agency (EPA)*.³³ Dasar hukum yang digunakan oleh Amerika Serikat adalah *The National Environmental Policy Act (NEPA)* yang secara resmi telah diundangkan oleh Presiden Nixon pada 1 Januari 1970. NEPA telah memberikan kewajiban kepada setiap pemerintahan federal untuk tunduk kepada EPA. NEPA mewajibkan semua tindakan yang dilakukan oleh pemerintah negara bagian ataupun pihak-pihak lainnya yang mana mempengaruhi kualitas lingkungan hidup harus tunduk pada NEPA.³⁴

NEPA sebagai dasar hukum perlindungan lingkungan hidup di Amerika Serikat telah menegaskan bahwa setiap orang mempunyai hak fundamental dan hak yang tidak dapat diganggu gugat (*inalienable rights*) untuk mendapatkan lingkungan hidup yang sehat, selain itu setiap orang dilekati pula kewajiban serta tanggung jawab untuk berkontribusi terhadap perlindungan lingkungan hidup.

Di Amerika Serikat EIA merupakan alat untuk memprediksi kondisi lingkungan kedepannya.

³² <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-02-24/spain-tops-italy-as-world-s-healthiest-nation-while-u-s-slips> diakses pada tanggal 6 februari 2020

³³ Sabine E Apitz, Anne G Fitzpatrick, Amanda McNally, David Harrison, Conor Coughlin, et al, "Stakeholder value linked sustainability assessment: Evaluating remedial alternatives for the Portland Harbor Superfund Site, Portland, Oregon, USA", *Integrated Environmental Assessment and Management*; Oxford, Volume 14, Iss. 1, Jan 2018, h. 43-62.

³⁴ Steve Fiscor, "Environmental Issues", *Engineering and Mining Journal*; Jacksonville, Vol. 220, Iss. 8, Aug 2019, h. 2.

*It is designed to provide information that can be integrated into the decisions to be taken by the engineers and planners.*³⁵

Oleh karena itulah semua aktivitas usaha/kegiatan yang dilakukan oleh pengembang wajib untuk melampirkan dokumen kewajiban amdal. Tanpa dokumen tersebut, maka pihak pengembang tidak bisa memperoleh izin usaha. Dengan persyaratan yang ketat tersebut, Amerika Serikat pada tahun 2019 merupakan negara peringkat ke-35 sebagai negara dengan indeks kesehatan paling tinggi di dunia.

Omnibus Law Cipta Lapangan Kerja dan Pembangunan Berkelanjutan

Salah satu hal yang terdampak dalam *omnibus law* cipta lapangan kerja adalah peniadaan izin lingkungan yang didalamnya adalah kewajiban amdal dan ukl-upl. Apabila mengacu pada kasus di negara yang saat ini menduduki peringkat 1-6 terkait kemudahan berusaha (*ease of doing bussiness*), akar persoalannya bukanlah pada izin lingkungan yang didalamnya terdapat amdal dan ukl-upl. Bahkan 5 dari 6 negara dengan nilai tertinggi kemudahan usahanya menempati posisi 50 besar negara yang termasuk paling sehat di dunia. Dalam artian, pembangunan yang dilakukan tidak selayaknya mengorbankan persoalan lingkungan.

Hal ini pada dasarnya telah sesuai dengan konsep pembangunan berkelanjutan (SDGs), yang mana menempatkan lingkungan yang sehat sebagai bagian integral dari pembangunan, hal tersebut sebagaimana dikatakan oleh Hone,³⁶

The Sustainable Development Goals (SDGs) are now steering the global development agenda and are key drivers of international action on social and environmental determinants of health. The 17 goals cover poverty reduction, hunger, health, education, inequalities, sanitation, energy, social justice, the environment, and climate change.

Oleh karena itulah, penerapan omnibus law yang meniadakan sejumlah izin terkait dengan lingkungan seperti kewajiban amdal dan ukl-upl untuk aktivitas beresiko sedang dan kecil justru kontradiktif dengan visi misi pembangunan berkelanjutan (SDGs).

³⁵ Robin Bidwell, "Integrating Environmental Aspects into Decision Making", *Water Science and Technology*; London, Vol. 16, Iss. 3-4, Mar 1984, h. 599-607.

³⁶ Thomas Hone, James Macinko, Christopher Millett, "Revisiting Alma-Ata: what is the role of primary health care in achieving the Sustainable Development Goals?", *The Lancet*; London, Vol. 392, Iss. 10156, 20 Oct 2018, h.1461-1472.

KESIMPULAN

Pasal 28H ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 secara jelas mengatakan bahwa hak atas kehidupan yang bersih dan sehat merupakan hak asasi manusia dan hak konstiusional warga negara yang selayaknya dipenuhi oleh negara dan tidak dikurangi sedikitpun. Akan tetapi gagasan dikeluarkannya *omnibus law* cipta lapangan kerja yang salah satu poinnya adalah menempatkan izin lingkungan sebagai salah satu izin yang ditiadakan dalam proses pembuatan izin usaha tidak sejalan dengan ketentuan pada pasal 28H ayat (1) UUD 1945. Dalam artian, norma tersebut berpotensi melanggar konstitusi dan hak konstitusional warga negara untuk mendapatkan lingkungan yang bersih dan sehat. Pada dasarnya *Omnibus law* cipta lapangan kerja dibuat dengan tujuan yang positif yaitu sebagai upaya pemerintah untuk menarik investasi sehingga mampu menciptakan lapangan kerja baru serta berimplikasi mengurangi pengangguran. Akan tetapi tindakan pemerintah yang menempatkan izin lingkungan sebagai penghambat dalam memperoleh izin usaha pada hakikatnya merupakan kesalahan fatal yang selayaknya tidak dilakukan, karena mengacu pada contoh kasus di sejumlah negara dengan indeks kemudahan berusaha yang tinggi, tidak ada korelasi antara kewajiban amdal dan kemudahan berusaha. Di negara-negara tersebut penerapan amdal sebagai bagian dari izin lingkungan dilakukan secara selektif dan ketat. Kemudahan usaha bisa dilakukan dengan meniru konsep amdal sebagaimana yang dilakukan di negara Korea Selatan, dimana pembuatan dokumen amdal dilakukan oleh otoritas wilayah yang mana hal tersebut bisa mempercepat proses penerbitan dokumen amdal, karena akan meniadakan proses penilaian dari komisi penilai amdal. Selain itu, Pemerintah harus meninjau kembali Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2018 tentang Pelayanan Perizinan Berusaha Terintegrasi Secara Elektronik yang memberikan kesempatan bagi pemilik usaha untuk mendapatkan izin usaha dengan komitmen sebelum mendapatkan izin lingkungan berupa amdal dan ukl-upl, karena norma yang diatur dalam peraturan tersebut mempunyai semangat yang kontradiktif dengan perlindungan lingkungan yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang PPLH.

DAFTAR PUSTAKA

- Aan Eko Widiarto, "Implikasi Hukum Pengaturan Hukum Acara Mahkamah Konstitusi dalam Bentuk Peraturan Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Konstitusi*, Volume 16, Nomor 1, Maret 2019, h.24-42
- Anhava, Juhani; Kolehmainen, Olli. "Environmental Impact Assessment - Valuable Experiences of EIA Procedure and Public Perception of Major Industrial Projects", *Water Science and Technology; London*, Vol. 29, Iss. 5-6, Mar 1994, h. 131-136
- Anonymous, "Achieving the "low carbon, green growth" vision in Korea", *OECD Economic Surveys; Paris*, Vol. 2012, Iss. 10, April 2012.
- Apitz, Sabine E; Fitzpatrick, Anne G; McNally, Amanda; Harrison, David; Coughlin, Conor; et al, "Stakeholder value-linked sustainability assessment: Evaluating remedial alternatives for the Portland Harbor Superfund Site, Portland, Oregon, USA", *Integrated Environmental Assessment and Management; Oxford*, Vol. 14, Iss. 1, Jan 2018, h.43-62
- Batra, Gurdip Singh. "Environment Management and Environmental Disclosures: A Comparison of Corporate Practices Across Malaysia, Singapore and India", *South Asian Journal of Management; New Delhi*, Volume 20, Iss. 1, Jan-Mar 2013, h. 62-96
- Bidwell, Robin, "Integrating Environmental Aspects into Decision Making", *Water Science and Technology; London*, Volume 16, Iss. 3-4, Mar 1984, h. 599-607.
- Christudason, Alice. "Legislating for environmental practices within residential property management in Singapore", *Property Management; Bradford*, Vol. 20, Iss. 4, 2002, h. 252-263
- Desi Arianing Arrum, "Kepastian Hukum Dalam Perizinan Berusaha Terintegrasi Secara Elektronik (Online Single Submission) Di Indonesia", *Jurist-Diction*, Vol. 2 No. 5, September 2019, h.1631-1653
- Fenech, Adam; Foster, Jay; Hamilton, Kirk; Hansell, Roger. "Natural Capital in Ecology and Economics: An Overview", *Dordrecht*, Volume 86, Iss. 1-2, July 2003, h.3-17
- Fiscor, Steve, "Environmental Issues", *Engineering and Mining Journal; Jacksonville*, Vol. 220, Iss. 8, Aug 2019, h. 2

- Heng, Lye Lin, "A Fine City In A Garden-Environmental Law And Governance In Singapore", *Singapore Journal of Legal Studies; Singapore*, July 2008, h.68-117.
- Hills, Peter. "Environmental policy and planning in Hong Kong: an emerging regional agenda", *Sustainable Development; Chichester*, Vol. 10, Iss. 3, Aug 2002, h.171
- Hone, Thomas; Macinko, James; Millett, Christopher, "Revisiting Alma-Ata: what is the role of primary health care in achieving the Sustainable Development Goals?", *The Lancet; London*, Volume 392, Iss. 10156, Oct 20, 2018. h.1461-1472
- Karla Kalang, "Kedudukan Amdal Tentang Eksploitasi Pertambangan Menurut Undangundang Nomor 32 Tahun 2009 Tentang Perlindungan Dan Pengelolaan Lingkungan Hidup", *Lex Privatum*, Vol. VI, No. 1, Jan-Mar 2018, h. 43-50
- Kwiatkowski, R E; Gosselin, Pierre. "Promoting human impact assessment within the environmental impact assessment process: Canada's work in progress", *Promotion & Education; Paris*, Volume 8, Iss.1, 2001, h.17-20.
- Michaels, Sarah; Furuseh, Owen J, "Innovation in environmental policy: the National Environmental Policy Act of the US and the Resource Management Act of New Zealand, "Environmentalist; Lausanne", Vol. 17, Iss. 3, Sep 1997, h.181-190
- Perry, Diana; Hammar, Linus; Linderholm, Hans W; Gullström, Martin. "Spatial risk assessment of global change impacts on Swedish seagrass ecosystems", *PLoS One; San Francisco*, Vol. 15, Iss. 1, Jan 2020, h.1-16
- Pettersson, Maria. Stjernström, Olof. Keskitalo, E. Carina H, "The role of participation in the planning process: examples from Sweden". *Local Environment*, 2017, 22. DOI: 10.1080/13549839.2017.1319805
- Saldi Isra, "Peran Mahkamah Konstitusi dalam Penguatan Hak Asasi Manusia Di Indonesia", *Jurnal Konstitusi*, Volume 11, Nomor 3, September 2014, h.410-427
- Stevens, Casey; Kanie, Norichika, "The transformative potential of the Sustainable Development Goals (SDGs)", *International Environmental Agreements : Politics, Law and Economics; Dordrecht*, Vol. 16, Iss. 3, 2016, h. 393-396.
- Wahyu Wiriadinata, Korupsi dan Pembalikan Beban Pembuktian, *Jurnal Konstitusi*, Volume 9, Nomor 2, Juni 2012, 313-332
- Wang, Zhitao; Wu, Yuping; Duan, Guoqin; Cao, Hanjiang; Liu, Jianchang; et al. "Assessing the Underwater Acoustics of the World's Largest Vibration Hammer

(OCTA-KONG) and Its Potential Effects on the Indo-Pacific Humpbacked Dolphin (*Sousa chinensis*)", *PLoS One; San Francisco*, Vol. 9, Iss. 10, Oct 2014, h. 1-15

<https://www.liputan6.com/news/read/4161341/soal-omnibus-law-mahfud-md-hanya-menghapus-pasal-yang-tumpang-tindih> diakses pada tanggal 21 Januari 2020

<https://indopolitika.com/demi-sederhanakan-perizinan-omnibus-law-hapus-amdal-usaha-tambang-kecuali/> diakses pada tanggal 21 Januari 2020

<http://worldpopulationreview.com/countries/healthiest-countries/> diakses pada tanggal 21 Januari 2020

<https://www.vivanews.com/bisnis/ekonomi/32346-omnibus-law-hapus-izin-amdal-usaha-tambang-kecuali-risiko-tinggi> diakses pada tanggal 1 Februari 2020

<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1991/0069/latest/DLM230265.html> diakses pada tanggal 3 Februari 2020

<https://www.doc.govt.nz/get-involved/apply-for-permits/managing-your-concession/environmental-impact-assessment/> diakses pada tanggal 2 Februari 2020

<https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-02-24/spain-tops-italy-as-world-s-healthiest-nation-while-u-s-slips> diakses pada tanggal 6 Februari 2020

<https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-02-24/spain-tops-italy-as-world-s-healthiest-nation-while-u-s-slips> diakses pada tanggal 6 Februari 2020

<https://www.epd.gov.hk/eia/english/guid/index1.html> diakses pada tanggal 6 Februari 2020

http://elaw.klri.re.kr/kor_service/lawView.do?lang=ENG&hseq=45070 diakses pada tanggal 6 Februari 2020

<https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-02-24/spain-tops-italy-as-world-s-healthiest-nation-while-u-s-slips> diakses pada tanggal 6 Februari 2020

Perlindungan Hak-Hak Konstitusional Masyarakat Adat di Kabupaten Boalemo dalam Penerapan Sanksi Adat

The Protection of Constitutional Rights for Indigenous People in Boalemo District in the Implementation of Customary Sanctions

Lisnawaty W. Badu, Julisa Aprilia Kaluku, dan Abas Kaluku

Fakultas Hukum Universitas Negeri Gorontalo

Jl. Jenderal Sudirman No. 6 Kota Gorontalo Kode Pos. 96128

E-mail: lisnawatybadu@ung.ac.id; julisa.kaluku@gmail.com; abaskaluku57@gmail.com

Naskah diterima: 06-06-2020 revisi: 19-08-2020 disetujui: 22-02-2021

Abstrak

Problematika terhadap masyarakat adat yang ada di Kabupaten Boalemo, Provinsi Gorontalo sering terjadi, terutama pada pemberian sanksi adat. Pemberian sanksi adat tanpa disertai regulasi yang jelas akan menimbulkan akibat hukum dikemudian hari. Padahal pemenuhan hak-hak konstitusional terhadap masyarakat adat sudah diberikan oleh negara sepenuhnya, sebagaimana yang terkandung dalam Pasal 18B ayat (2), dan Pasal 28I ayat (3) UUD 1945, dimana aturan ini merupakan amanat dari negara yang diberikan kepada daerah. Ketentuan tersebut yang paling sering dirujuk ketika membicarakan mengenai keberadaan dan hak-hak masyarakat hukum adat sebagai subjek penyandang hak yang menjadi isu sentral dalam pelaksanaan perlindungan hak konstitusional masyarakat adat yang ada di Kabupaten Boalemo, Provinsi Gorontalo. Berdasarkan hal tersebut, maka rumusan masalah dalam penelitian ini adalah bagaimana kedudukan hukum masyarakat adat serta pemenuhan hak-hak konstitusional terhadap sanksi adat khususnya yang terdapat di Kabupaten Boalemo, Provinsi Gorontalo yang diberikan oleh negara.

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif, sumber data utamanya adalah data sekunder, dengan menggunakan 2 metode pendekatan, yaitu *statute approach* dan *case approach*. Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa kedudukan hukum adat beserta sanksi adatnya masih utuh dan teguh dipertahankan masyarakat Indonesia yang seharusnya menjadi perhatian negara terutama untuk memenuhi hak-hak konstitusional masyarakat adat. Namun, sanksi adat yang diberlakukan oleh desa ini, tidak diperkuat dalam sebuah peraturan daerah, sehingga hak-hak konstitusional yang harusnya menjadi semangat otonomi suatu daerah, untuk memberikan suatu keadilan dalam sebuah peradilan hanya diselesaikan dengan jalan musyawarah, yang tentunya tidak mendapatkan kepuasan dari Sebagian pihak yang bertikai.

Kata Kunci: Hak Konstitusional, Masyarakat Adat, Sanksi Adat

Abstract

Problems with indigenous people in Boalemo district, Gorontalo Province often occur, especially the issues about the imposition of customary sanctions. Imposing customary sanctions without clear regulations will absolutely cause legal consequences in the future. Eventhough constitutional rights for indigenous people is already granted by the government as stated In article 18B paragraph (2), and Article 28 I paragraph (3) of The 1945 Constitution Of Republic Indonesia. This regulation is a mandate from the state and given to the regions. This regulation is oftenly referred when discussing the existence and rights of indigenous peoples and become a crucial issues when it comes to the implementation of the protection of the constitutional rights for indigenous peoples in Boalemo district Gorontalo Province. Therefore, This research aims to analyze the Legal standing for indigenous people and constitutional rights for customary sanctions in Boalemo district Gorontalo Province. This normative research utilized secondary data as resourch and used statute approach and case approach. The results of the study discover that the customary law and the imposition of customary sanctions are still mantained and implemented in Indonesia. Government should more concern about constitutional rights compliance for indigenous people. However, the imposition of customary sanctions are not regulated in a regional regulation. So the constitutional rights which should become the spirit for regional autonomy to provide justice in a judiciary are only resolved by way of deliberation, This can not give the satisfaction for some parties.

Keywords: *Legal Standing, Indigenous People, Constitutional Rights, Customary Sanctions.*

PENDAHULUAN

Sebagai negara yang menganut tradisi *Civil Law System*, maka dalam membaca sistem hukum Indonesia haruslah berangkat dari hierarki perundang-undangan yang paling kuat yakni konstitusi yang diwujudkan dalam UUD 1945. Begitu pula dalam mengelaborasi pengaturan mengenai eksistensi masyarakat adat dalam sistem politik hukum Indonesia, hal yang paling mudah adalah dengan pertama kali mengkaji pengaturannya dalam UUD 1945.¹

Pengaturan mengenai keberadaan dan hak-hak masyarakat hukum adat di Indonesia terdapat di dalam UUD NRI Tahun 1945, Undang-Undang serta Peraturan perundang-undangan lainnya. Hal ini menunjukkan bahwa keberadaan dan hak hak masyarakat hukum adat telah diterima dalam kerangka hukum tidak tertulis maupun hukum positif di Indonesia. Keberadaan masyarakat hukum adat sebagai subyek hukum memiliki perbedaan dengan subyek hukum lainnya. Hal ini sudah tampak sejak UUD 1945 periode pertama pada bagian penjelasan UUD 1945 terdapat penjelasan mengenai negara yang mengenai daerah-daerah itu akan mengingat hak-hak asal-usul daerah tersebut.²

Berdasarkan ketentuan Pasal 18B (2) UUD Negara RI 1945, maka perlakuan negara terhadap eksistensi hukum adat beserta hak hak tradisionalnya, apabila memuat 4 syarat, eksistensi hukum adat, yaitu: *pertama*, sepanjang masih hidup, dalam arti masyarakat adat masih mampu mempertahankan eksistensinya dan tidak tergerus oleh pengaruh globalisasi, dan anggota kekeluargaan tetap terikat dalam ikatan kekerabatan yang kuat, *kedua*, sesuai dengan perkembangan masyarakat, dalam arti ketentuan tradisionalnya tidak bertentangan dengan masyarakat Indonesia, *ketiga*, ketentuan tradisional tersebut merupakan kebiasaan tradisional yang turun temurun diberlakukan, dan *keempat* diatur kemudian dalam undang-undang.³

Konsekuensi dari adanya konsep pengakuan sebagaimana demikian, sebagai turunan langsung dari konsep negara hukum, adalah bahwa jika ternyata terdapat eksistensi masyarakat adat berikut hak-hak dan kepentingannya yang bertentangan

¹ Erwin Basrin, Dedek Hendy, Pramasty Ayu Krindinar, Rumusan Hasil Seminar dan Konsultasi "Pengakuan Masyarakat Hukum Adat dalam Sistem Ketatanegaraan di Indonesia", <https://www.akar.or.id/?p=1184>, diakses 9 Juni 2020.

² Aullia Vivi Yulianingrum, "Mempertegas Kedudukan Hukum Kesatuan Masyarakat Adat dalam memenuhi Hak-Hak Konstitusional" *Yuriska: Jurnal Ilmiah Hukum*, volume 10, Nomor 1, 2018, h. 73.

³ Elisabeth Nurhaini Butarbutar, "Perlindungan Hukum terhadap Prinsip Dalihan Natolu sebagai Hak Konstitusional Masyarakat Adat Batak Toba" *Jurnal Konstitusi*, volume 16, Nomor 3, September 2019, h. 489-490.

dengan kepentingan negara (kepentingan nasional), ataupun jika ada aturan hukum adat yang bertentangan dengan aturan hukum positif negara dalam perundang-undangan, maka keberadaan masyarakat adat beserta kepentingan-kepentingan dan hak-hak tradisionalnya yang diatur dalam hukum adat tersebut bisa diabaikan. Hal inilah yang kemudian seringkali berujung pada konflik sosial yang pada umumnya melibatkan masyarakat adat di satu sisi dan negara, yang mana konflik ini berakar pada kontradiksi kepentingan di antara para pihak yang masing-masing mendasarkan diri pada tatanan normatif yang sama sekali berbeda satu sama lain.

Masyarakat hukum adat merupakan bagian dari masyarakat Indonesia. Perlu diingat bahwa sebelum terbentuknya wilayah nusantara (Indonesia), sebagai sebuah Negara Kesatuan Republik Indonesia, masyarakat hukum adat telah lahir dan tumbuh. Sujoro Wignjodipuro, mengatakan bahwa masyarakat hukum adat sebelum kemerdekaan telah hidup berdampingan dengan Hindia Belanda, pada saat itu pemerintah Hindia Belanda mengakui dan mengatur masyarakat hukum adat dalam pemerintahan otonomi serta *madebewind*-nya. Pasca kemerdekaan, masyarakat hukum adat bahkan diakui dengan dimasukkannya dalam penjelasan UUD 1945 (sebelum amandemen) dalam penjelasannya menyatakan bahwa: “Dalam teritorir Negara Indonesia terdapat lebih kurang 250 *zelfbesturende landschappen* dan *volkgemeenschappen*, seperti desa di Jawa dan Bali, nagari di Minangkabau, dusun dan marga di Palembang dan sebagainya”. Daerah-daerah tersebut mempunyai susunan asli dan oleh karenanya dapat dianggap sebagai daerah yang bersifat istimewa. Pasca amandemen UUD 1945, masyarakat hukum adat diakomodir dalam Pasal 18B ayat (2) yang mengatakan: “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.” Dimasukkannya masyarakat hukum adat dalam UUD 1945 merupakan wujud dari pengakuan negara terhadap eksistensi masyarakat hukum adat.⁴

Hukum Adat merupakan sebuah aturan yang tidak tertulis dan tidak dikodifikasikan, namun tetap ditaati dalam masyarakat karena mempunyai suatu sanksi tertentu bila tidak ditaati. Dari pengertian Hukum Adat yang diungkapkan

⁴ Zayanti Mandasari, “Politik Hukum Pengaturan Masyarakat Hukum Adat (Studi Putusan Mahkamah Konstitusi)” *Jurnal Hukum: IUS QUIA IUSTUM*, Volume 21, Nomor 2, April 2014, h. 228.

di atas, bentuk Hukum Adat sebagian besar adalah tidak tertulis. Padahal, dalam sebuah negara hukum, berlaku sebuah asas yaitu asas legalitas. Asas legalitas menyatakan bahwa tidak ada hukum selain yang dituliskan di dalam hukum. Hal ini untuk menjamin kepastian hukum. Namun di suatu sisi bila hakim tidak dapat menemukan hukumnya dalam hukum tertulis, seorang hakim harus dapat menemukan hukumnya dalam aturan yang hidup dalam masyarakat. Diakui atau tidak, namun Hukum Adat juga mempunyai peran dalam Sistem Hukum Nasional di Indonesia.⁵

Sanksi dalam hukum adat, regulasinya harus jelas. Karena selama ini pemberian sanksi yang diberlakukan tidak mempunyai regulasi yang jelas khususnya pada Kabupaten Boalemo, Provinsi Gorontalo. Dari tahun ke tahun pemberian sanksi adat hanya dilakukan oleh kepala desa setempat, tanpa ada peraturan daerah yang mengikat serta struktur organisasi adat yang seharusnya bisa diatur dalam peraturan daerah.

Sejak terbentuknya desa ini, daerah bajo memang sudah dari awal menerapkan sanksi adat kepada pelaku atau kepada orang-orang yang melakukan masalah pelanggaran adat atau masalah asusila lainnya meskipun hanya dengan cara musyawarah yang dilakukan oleh pihak-pihak tertentu saja seperti Kepala Desa (Punggawa), Badan Permusyawaratan Desa (BPD), tokoh masyarakat, pihak keluarga yang berperkara, tokoh agama, tokoh adat atau Pemangku adat.

Adat istiadat yang berada di Desa Bajo Kabupaten Boalemo, Provinsi Gorontalo ini memang sudah ada sejak di masa kepemimpinan Martugas yang menjabat sebagai kepala kampong/kampung pada waktu itu. Dengan adanya adat yang berlaku pada masa kepemimpinan martugas ini, akhirnya turun temurun di masyarakat bajo setempat dan dijadikan sebagai bahan rujukan oleh masyarakat setempat, pemerintah dan juga pemangku adat untuk berperilaku. Namun, sanksi adat yang diberlakukan oleh desa ini, tidak diperkuat dalam sebuah peraturan daerah, sehingga hak-hak konstitusional yang harusnya menjadi semangat otonomi suatu daerah, untuk memberikan suatu keadilan dalam sebuah peradilan hanya diselesaikan dengan jalan musyawarah, yang tentunya tidak mendapatkan kepuasan dari sebagian pihak yang bertikai.

Pemberlakuan sistem hukum adat sebagai *addendum* untuk hukum positif Indonesia mencerminkan adanya keanekaragaman hukum (*legal pluralism*) yang

⁵ Syailendra Wisnu Wardana. <https://wisnu.blog.uns.ac.id/2009/07/28/kedudukan-hukum-adat-dalam-hukum-nasional/>, diakses tanggal 6 juni 2020.

harus dipahami sebagai berlakunya sistem hukum adat di samping hukum positif dalam masyarakat Indonesia. Seorang hakim tidak boleh mengadili menurut perasaan hukumnya sendiri tetapi terikat kepada susunan hukum adat yaitu apa yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat. Kenyataan bahwa proses berperkara melalui peradilan dalam sistem hukum positif di Indonesia tidak dapat selalu diterima oleh masyarakat karena putusan hakim tidak selalu didasarkan kepada rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat (*the living law*).⁶

A. Perumusan Masalah

Permasalahan yang dapat dirumuskan dalam penelitian ini adalah bagaimana kedudukan hukum masyarakat adat serta pemenuhan hak-hak konstitusional terhadap sanksi adat khususnya yang terdapat di Kabupaten Boalemo, Provinsi Gorontalo, yang diberikan oleh negara?

B. Metode Penelitian

Penelitian ini adalah penelitian hukum normatif, yakni penelitian hukum yang mencari norma serta kaidah hukum yang sesuai dengan prinsip dasar negara Indonesia. Dalam penelitian hukum normatif, digunakan data sekunder. Data sekunder merupakan data yang sudah tersedia yang terdapat dalam bahan hukum yang terdiri dari bahan hukum primer yaitu bahan hukum yang mengikat atau bahan hukum *otoratif*, yang artinya mempunyai otoritas.⁷ Dalam Penelitian ini dilaksanakan di Kabupaten Boalemo, Provinsi Gorontalo sebagai salah satu daerah yang keberadaan hukum adatnya masih terjaga. Kemudian penelitian ini menggunakan 2 metode pendekatan, yaitu pendekatan *statute approach* atau pendekatan perundang-undangan dan juga menggunakan pendekatan *case approach* atau pendekatan kasus, dimana pendekatan ini dilakukan bertujuan untuk mengetahui penerapan norma atau kaidah hukum dalam praktik hukum yang diterapkan dalam kasus-kasus yang telah diputus, secara lokal ketersediaan instrumen hukum di daerah khususnya Provinsi Gorontalo dalam bentuk Peraturan Daerah sudah ada, yaitu Peraturan Daerah Provinsi Gorontalo Nomor 7 Tahun 2017 tentang Perlindungan dan Pelestarian Ekspresi Budaya Tradisional Gorontalo tetapi tidak spesifik mengatur tentang penyelenggaraan hukum adat bagi masyarakat adanya serta penerapan hukumnya.

⁶ *Ibid.*, h. 491.

⁷ P.M. Marzuki, *Penelitian Hukum*, Jakarta: Prenamedia Group, 2014, h. 181.

PEMBAHASAN

Kesatuan masyarakat hukum adat mempunyai dasar yuridis formal “kedudukan hukum” atau “*Legal Standing*”. Hal ini terjadi dan terkait dengan suatu kasus apabila hak-hak dan/atau kewenangan konstitusional kesatuan “masyarakat hukum adat” dirugikan oleh suatu Undang-Undang. (Pasal 51 dan Pasal 60 UU MK). Dalam konteks Hak Asasi Manusia, Pasal 28 I ayat (3) UUD Negara RI 1945 menghormati “identitas budaya dan hak-hak masyarakat tradisional”. Begitu pula dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan daerah berdasarkan prinsip otonomi daerah seluas-luasnya. Pasal 18B UUD 1945 mengakui dan menghormati kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia.⁸

Jika kita menelusuri seluruh dokumen peraturan negara, maka kita tidak akan menemukan pengertian masyarakat hukum adat, baik dalam bab ketentuan umum maupun pasal-pasal dan ayat-ayat. Dimulai dari UUD 1945 hasil amandemen I-IV sampai peraturan daerah, kita hanya akan menemukan bahwa masyarakat hukum adat akan diakui sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang. Sementara unsur-unsur untuk adanya pengakuan adalah: 1) masyarakatnya masih dalam bentuk paguyuban (*rechtsgemeenschap*); 2) ada kelembagaan dalam bentuk perangkat penguasa adatnya; 3) ada wilayah hukum adat yang jelas; 4) ada pranata dan perangkat hukum, khususnya peradilan adat, yang masih ditaati; dan 5) masih mengadakan pemungutan hasil hutan di wilayah hutan sekitarnya untuk pemenuhan kebutuhan hidup sehari-hari.⁹

Realitasnya, kebiasaan masyarakat Indonesia mempunyai kaidah tersendiri yang diantaranya mempunyai sanksi yang biasa dikenal dengan hukum adat. Hukum adat yang demikian tentu tidak tertulis, dalam arti tidak menjadi hukum tertulis yang resmi disahkan negara sebagaimana halnya undang-undang. Hal tersebut mengindikasikan bahwa masyarakat Indonesia masih memegang teguh hukum tidak tertulis yaitu hukum adat itu sendiri beserta sanksi atas pelanggaran hukum tidak tertulis tersebut. Dengan demikian, kedudukan hukum adat beserta

⁸ Irfan Nur Rahman Anna Triningsih, Alia Harumdani W, dan Nallom Kurniawan, “Dasar Pertimbangan Yuridis Kedudukan Hukum (*Legal Standing*) Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dalam Proses Pengujian Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi” *Jurnal Konstitusi*, Volum 8, Nomor 5, Oktober, 2011, h. 772.

⁹ Anna Triningsih, “Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat Dalam Judicial Review Undang Undang Perkebunan” *Kajian: Menjembatani Teori dan Persolan Masyarakat Dalam Perumusan Kebijakan*, Volume 18, Nomor 3, September, 2013, h. 205.

sanksi adatnya masihlah utuh dan teguh dipertahankan masyarakat Indonesia yang seharusnya menjadi perhatian negara terutama untuk memenuhi hak-hak konstitusional masyarakat adat.¹⁰

Bisa dilihat pada sejarah masyarakat adat yang ada di Kabupaten Boalemo, Provinsi Gorontalo, dimana sanksi adat secara turun temurun dan dari tahun ke tahun mengalami perubahan, sesuai dengan kepemimpinan yang dijalankan pada saat itu. Yakni, Pada tahun 1931 wafatlah punggawa Martugas. Dengan wafatnya Martugas sebagai pimpinan mereka, maka mereka melaksanakan musyawarah dan setelah beberapa bulan diadakan musyawarah oleh tokoh masyarakat bersama tokoh agama dan tokoh adat untuk menggantikan posisi Martugas dengan anaknya yang bernama Ismail Maturgas. Kemudian pada tahun 1956 wafat Ismail Martugas dan digantikan oleh Bando Cindra yang didasari musyawarah oleh masyarakat bajo. Bando Cindra memimpin masyarakat adat yang ada di Kabupaten Boalemo, Provinsi Gorontalo sampai pada tahun 1965 karena mengundurkan diri yang disebabkan beliau tidak menetap di tempat atau di kampung.

Kemudian pada tahun 1965 tersebut lahirlah pemimpin tanpa didasari musyawarah dan hanya ditunjuk langsung oleh Jagugu Tilamuta atau yang sekarang disebut dengan Camat yaitu Rais Huwolo. Pada tahun tersebut juga terjadi perubahan dari segi nama kampung dari tahun 1965 sampai 1972 yang dipimpin oleh bapak Rais. Dan pada tahun 1972 Rais Huwolo mengundurkan diri dari kepala kampung yang dikarenakan sudah lanjut usia. Sehingga beberapa bulan kemudian Abdullah Hamu ditunjuk langsung oleh Jagugu Tilamuta sebagai kepala kampung yang ada di Kabupaten Boalemo, Provinsi Gorontalo. Abdullah Hamu memimpin desa bajo sejak tahun 1972 sampai dengan tahun 1980. Kemudian pada tahun 1980 Abdullah Hamu pindah tempat ke Dulupi, sehingga masyarakat Desa Bajo membuat usulan untuk mengadakan pemilihan kepala kampung/kampung yang akhirnya melahirkan bapak Nasrun Kampe sebagai kepala kampung atau kepala Desa Bajo, dan seiring berjalannya waktu, dari tahun 1980 sampai dengan sekarang ini desa bajo telah dipimpin oleh beberapa kepala desa.

Daerah yang masih menjunjung tinggi hukum adat, seperti pada masyarakat adat yang ada di Kabupaten Boalemo, Provinsi Gorontalo masih memberlakukan sanksi adat berupa denda. Apabila para pihak yang terbukti melakukan perbuatan melanggar adat diwajibkan membayar denda, akan tetapi denda adat tersebut

¹⁰ Rahmat Hi. Abdullah, "Urgensi Hukum Adat dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional" *Fiat Justitia: Jurnal Ilmu Hukum* , Volume 9 Nomor. 2, April-Juni, 2015, h. 172

hanya diberikan kepada pihak yang merasa dirugikan. Hal ini tidak berbeda jauh dengan ketentuan hukum yang berlaku di negara Indonesia. Namun, penerapan sanksi adat berupa denda yang ada di desa bajo ini tidak optimal, karena tidak didasarkan oleh regulasi yang jelas, sehingga dalam pemberian sanksi adat ini, masih terdapat pihak-pihak yang merugi.

Tindakan atau perbuatan yang demikian mengakibatkan reaksi adat yang dipercaya dapat memulihkan keseimbangan yang telah terganggu, antara lain dengan berbagai cara dan jalan, dengan pembayaran adat berupa barang, uang, mengadakan selamatan, memotong hewan besar atau kecil, dan lain-lain.¹¹

Lazimnya dalam masyarakat hukum adat dapat diambil kesimpulan bahwa bilamana dan apa unsurnya untuk tampil sesuatu delik adat sulit ditemukan. Sangat tergantung dari *representations collectives* yaitu alam pikiran dalam masyarakat, merupakan perpaduan dari nilai-nilai yang ada di dalam masyarakat, selalu bersifat partisipasi dan analisa (*partisiperend en analiserend*). Identitas hukumnya tumbuh dengan identitas masyarakat yang membentuknya. Oleh karena itu hukum adat merupakan suatu sistem hukum yang dibentuk berdasarkan sifat, pandangan hidup dan cara berfikir masyarakat bangsa Indonesia.

Kepala Desa beserta masyarakat hukum adat perlu memahami hukum Negara (*state law*). Dalam konteks Negara yang majemuk menunjukkan bentuk hukum yang plural (majemuk), maka pada masyarakat hukum adat yang memahami hukum adatnya semata sebagai *Indigenous law* saat ini perlu pula memahami peran dan fungsi hukum Negara (*state law*). Keberadaan hukum Negara beserta sistem dan proses hukumnya saat ini diperlukan oleh masyarakat hukum adat sebagai sarana untuk memperkuat kedudukan masyarakat sebagai bagian yang tak terpisahkan dari Negara Indonesia.

Hak masyarakat adat yang ada di Kabupaten Boalemo, Provinsi Gorontalo terutama untuk sanksi adat yaitu bersifat khusus, karena masih terkait dengan identitas dan kebutuhan khusus masyarakat adat sebagai suatu kelompok organik berbasis tradisi, maksud dari bersifat khusus bahwa hukum adat itu berkembang karena mengikuti perkembangan masyarakat dan tradisi daerah yang ada, dan mempunyai tata hukum adatnya masing-masing untuk mengatur kehidupan masyarakat adatnya.

¹¹ Bushar Muhammad, *Pokok-Pokok Hukum Adat*, Jakarta: Balai Pustaka, 2013, h. 61-62.

Akar katanegara suatu negara dengan demikian bisa dilacak dari sejarah bangsa itu sendiri. Karakteristik dan identitas suatu bangsa sangat menentukan dasar kebangsaan dan kenegaraan di dalam konstitusi. Hal itu dapat dilihat dari salah satu konsensus dasar yang termaktub dalam konstitusi, yaitu kesepakatan tentang tujuan atau cita-cita bersama (*the general goals of society or general acceptance of the same philosophy of government*). Hal itu memiliki konsekuensi bahwa konstitusi selalu dibuat dan berlaku untuk suatu negara tertentu. Konstitusi dibuat berdasarkan pengalaman dan akar sejarah suatu bangsa, kondisi yang sedang dialami, serta cita-cita yang hendak dicapai.¹²

Undang-Undang Dasar 1945 (UUD 1945) menggunakan istilah kesatuan masyarakat hukum adat dan masyarakat tradisional untuk menunjuk identitas masyarakat adat. UUD 1945 tak menjelaskan dua istilah tersebut sebagai istilah yang sama atau berbeda. Namun, pada pelbagai pengaturan perundang-undangan yang mengatur soal masyarakat adat, istilah umum yang digunakan adalah masyarakat hukum adat, masyarakat adat dan desa adat.

Pengakuan terhadap Masyarakat Hukum Adat merupakan salah satu hasil amendemen Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yaitu Pasal 18B ayat (2) dan Pasal 28I ayat (3) yang terkait dengan keberadaan dan hak-hak masyarakat hukum adat. Pasal 18 ayat (2) "negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip negara kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang. Kemudian lebih lanjut Pasal 28I Ayat (3)" Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban".¹³

Snouchk Hourgranje,¹⁴ memperkenalkan istilah adat *recht* (hukum adat) sebagai hukum yang berlaku pada bumi putera (orang asli Indonesia) dan orang timur asing pada masa-masa Hindia Belanda. Di samping itu devisi yang sama juga dikemukakan oleh Van Vollenhoven yang mendefinisikan hukum adat adalah hukum yang berlaku bagi masyarakat Indonesia yang mana dalam hal ini setiap tempat hukum yang hidup di tengah masyarakat Indonesia, serta berlaku bagi masyarakat Indonesia, yang mana dalam hal ini, setiap tempat hukum adat

¹² Yonis Maladi, "Eksistensi Hukum Adat dalam Konstitusi Negara Pasca Amandemen UUD 1945" *Jurnal hukum dan pembangunan*, Volume 41, nomor 3, Juli-September, 2011, h. 422.

¹³ Aermadepa, "Perlindungan Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat Minangkabau dalam Pelaksanaan Gadai Tanah Pertanian" *Jurnal Konstitusi*, volume 13, Nomor 3, September 2016, h. 602.

¹⁴ Muskibah, "Kedudukan Hukum Adat dalam Sistem Hukum Indonesia", <https://metrojami.com/read/2019/09/12/46776/kedudukan-hukum-adat-dalam-sistem-hukum-indonesia>. Diakses 7 Juni 2020.

tersebut memiliki pengaturan yang berbeda namun pada dasarnya memiliki akar konsep yang sama.

Berbicara Indonesia, sebagai negara hukum, maka keberadaan hukum adat ini juga diatur, dilindungi dan diakomodir pula oleh konstitusi. Merujuk kepada ketentuan Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 “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” ada beberapa hal penting yang bisa ditarik kesimpulan.

Bahwa negara mengakui keberadaan kesatuan masyarakat hukum adat di Indonesia secara konstitusional haknya, dalam hal ini termasuk pula hukum yang hidup di dalamnya yakni hukum adat itu sendiri. Pengakuan hak tersebut dapat dimaknai sebagai pengakuan hak bagi masyarakat hukum adat terkait dengan mengenai eksistensinya. Dalam artian masyarakat hukum adat dilindungi konstitusi perihal eksistensi masyarakat dan segala hal yang hidup di dalam kehidupan masyarakat itu sendiri, termasuk didalamnya adalah hukum adat itu sendiri yang menjadi bagian masyarakat hukum adat. Di samping itu, pengakuan dan penghormatan hukum negara itu berlaku sepanjang hukum adat dan masyarakat sendiri masih hidup hingga saat ini. Dalam arti bahwa pengakuan negara tersebut patut menjadi catatan bagi bangsa Indonesia untuk senantiasa menjaga kelestarian masyarakat adat dan instrumennya sebagai warisan luhur bangsa Indonesia yang telah melalui sejarah panjang ditambah lagi ancaman degradasi masyarakat adat itu sendiri di tengah terjangan dan terpaan globalisasi.

Sehubungan dengan landasan konstitusi tersebut adalah pengakuan tersebut berlaku sepanjang hal-hal sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip NKRI itu sendiri. Maka dalam hal ini, jika disebutkan pengakuan Negara terhadap masyarakat hukum adat dan adatnya sendiri adalah pengakuan bersyarat.

Jika ditelisik lebih jauh, sebagaimana diatur pada Pasal 4 Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 52 Tahun 2014 tentang pengakuan dan perlindungan masyarakat hukum adat yang dalam hal ini mengatur sehubungan tentang tahapan dan syarat yang harus dipenuhi oleh masyarakat hukum adat untuk memperoleh kepastian hukum atas hak-hak tradisionalnya. Di dalam ketentuan tersebut masyarakat adat harus melalui tahapan-tahapan yang dilakukan secara berjenjang untuk mendapatkan legalisasi pengakuan atas masyarakat hukum adat itu sendiri di

mana dalam hal ini tahapan-tahapan tersebut meliputi identifikasi masyarakat hukum adat, verifikasi dan validasi masyarakat hukum adat serta apabila ketiga tahapan tersebut dilalui maka dalam hal ini dilakukan penetapan masyarakat hukum adat sebagai output dari tahapan-tahapan tersebut. Lebih lanjut diatur bahwa dalam tahapan identifikasi masyarakat hukum adat, hal-hal yang menjadi objek adalah masyarakat hukum adat, hukum adat, wilayah adat, harta kekayaan, dan/atau benda-benda adat, kelembagaan/sistem pemerintahan adat. Lebih lanjut sehubungan dengan wilayah adat dan kelembagaan/sistem pemerintahan adat secara substansial pada hukum ini belum diatur secara jelas dan teknis penentuan cara menentukan wilayah adat yang dikuasai oleh masyarakat hukum adat dan atau pun kelembagaan/sistem pemerintahan adat baik yang diatur secara struktural.

Kedudukan hukum adat dalam sistem hukum Indonesia, dalam konstitusi tersebut mengatakan bahwa pengakuan terhadap hukum tidak tertulis dahulu hanya dijelaskan atau dicantumkan dalam penjelasan umum UUD 1945 yang dalam hal ini mengatur "... Undang-Undang dasar adalah hukum dasar yang tidak tertulis, sedangkan di samping Undang-Undang Dasar berlaku juga hukum dasar yang tertulis, ialah aturan-aturan dasar yang timbul dan terpelihara dalam praktik penyelenggaraan negara meskipun tidak tertulis". Dalam artian hukum adat yang pada umumnya tidak tertulis memiliki kedudukan yang sama dengan hukum lainnya yang berlaku di Indonesia mengingat pengakuan terhadap hukum tidak tertulis di samping Undang-Undang Dasar itu sendiri.

Maka dalam hal ini dapat dipahami, bahwa kedudukan hukum adat, dalam sistem hukum di Indonesia memiliki kedudukan secara konstitusional bersifat sama dengan kedudukan hukum pada umumnya berlaku dalam kehidupan berbangsa di Indonesia. Namun terdapat aspek perbedaan antara hukum adat dengan hukum yang berlaku pada umumnya, yakni dari aspek keberlakuan dan bentuknya. Dalam hal ini, keberlakuan hukum adat, hanya berlaku untuk orang Indonesia dan dari aspek bentuknya hukum adat pada umumnya tidak tertulis. Oleh karena itu, sebagai syarat pengakuan tersebut adalah kewajiban bersama untuk senantiasa melestarikan hukum adat dan masyarakat hukum adat itu sendiri. Sehingga nilai-nilai luhur bangsa tersebut dapat selamat dari terjerangan degradasi akibat globalisasi.¹⁵

¹⁵ *Ibid.*

Disharmonisasi hukum kemungkinan juga terjadi antara hukum negara dan hukum yang terwujud dari kearifan-kearifan lokal dari masyarakat-masyarakat setempat di mana hukum negara diterapkan. Dalam konteks ini, harmonisasi hukum yang bersifat pencegahan dan harmonisasi terhadap kondisi disharmonisasi hukum yang telah terjadi juga dapat dilakukan. Dari sisi pencegahan, harmonisasi diawali pada saat penyusunan dan pembentukan peraturan perundang-undangan. Peraturan perundang-undangan yang dibentuk sedapat mungkin dapat mengakomodasi nilai-nilai hukum yang hidup (*the living law*) dalam masyarakat, sesuai produk hukum tersebut sesuai dengan rasa keadilan masyarakat. Dengan demikian, dalam pelaksanaannya dapat dihindari terjadinya disharmonisasi antara peraturan perundang-undangan dengan nilai-nilai kearifan lokal yang dijunjung oleh masyarakat lokal. Dalam pelaksanaan dan penegakan hukum, negara dalam hal ini pemerintah, harus menghormati nilai-nilai hukum yang terwujud dari kearifan-kearifan lokal dan bersinergi dalam melakukan perlindungan terhadap masyarakat hukum adat tersebut.

Konstitusi dalam negara adalah sebuah norma sistem politik dan hukum bentukan pada pemerintah negara yang dikodifikasikan sebagai dokumen tertulis. Dalam kasus bentukan negara, konstitusi membuat aturan dan prinsip-prinsip entitas politik dan hukum. Istilah ini merujuk untuk mengetahui secara khusus untuk menetapkan konstitusi nasional sebagai prinsip-prinsip dasar politik dan prinsip-prinsip dasar hukum, termasuk dalam bentukan dan struktur, prosedur, wewenang, dan kewajiban pemerintah negara pada umumnya.

Ciri utama konstitusi adalah fleksibel. Hukum konstitusi adalah hukum kesepakatan resmi tertinggi dan berlakunya suatu konstitusi sebagai hukum dasar yang mengikat didasarkan pada kekuatan tertinggi atau prinsip-prinsip kedaulatan yang dianut dalam suatu negara, jika negara tersebut menganut paham kedaulatan rakyat, maka sumber legitimasi konstitusi tersebut adalah rakyat. Jika yang berlaku adalah paham kedaulatan raja, maka raja yang menentukan berlakunya suatu konstitusi. Hal ini disebut oleh para ahli *constituent power*, yang merupakan kewenangan yang berada di luar dan sekaligus di atas sistem yang diaturnya.¹⁶

Begitu pula dengan suatu sistem hukum adat, menyebut suatu masyarakat sebagai masyarakat tradisional tidak lain hendak memberikan arti tentang

¹⁶ Jazim Hamidi, Mohamad Sinal, Ronny Winarno, dkk., *Teori Hukum Tata Negara. A Turning Point Of The State*, Jakarta: Salemba Humanika, 2012, h. 95.

masyarakat yang kuat memegang tradisi atau yang dikenal dengan adat (adat kebiasaan) yang diwariskan dari leluhurnya.¹⁷ Identitas hukumnya tumbuh dengan identitas masyarakat yang membentuknya. Oleh karena itu hukum adat merupakan suatu sistem hukum yang dibentuk berdasarkan sifat, pandangan hidup dan cara berfikir masyarakat bangsa Indonesia. Kenyataan ini pernah ditegaskan oleh Soediman Kartohadiprodjo¹⁸ dalam bukunya Hukum Nasional beberapa catatan (1974), yang mengatakan: “hukum adat itu bukan hukum adat karena bentuknya tidak tertulis, melainkan hukum adat adalah hukum adat karena tersusun dengan dasar pikiran yang tertentu, prinsipil berbeda dari dasar pikiran hukum barat”.

Hukum Adat dalam Undang-Undang Dasar 1945 pra dan paska perubahan. Dalam Undang-Undang Dasar 1945 pra perubahan kesatuan masyarakat adat diakui tanpa adanya persyaratan konstitusional selama masih ada. Berbeda halnya dengan pengaturan terhadap Masyarakat Hukum Adat dalam Undang-Undang Dasar 1945 paska perubahan yang tidak serta merta mengakui eksistensi Masyarakat Hukum Adat karena ada beberapa syarat konstitusional yang diatur dalam Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 yakni (1). Sepanjang masih hidup; (2) sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip negara kesatuan republik Indonesia; (3). Diatur dalam Undang-Undang. Selain diatur dalam pasal 18B ayat (2) UUD 1945, pengakuan terhadap Masyarakat Hukum Adat juga diakui dalam 28I ayat (3) UUD 1945 yang menyatakan “identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban”. Walaupun secara konstitusional masyarakat hukum adat diakui namun pada faktanya seringkali hak-hak masyarakat hukum adat dilanggar oleh pemerintah juga non pemerintah khususnya terkait dengan persoalan tanah ulayat.¹⁹

Hak-hak Masyarakat Hukum Adat: (1) kewenangan atas wilayah masyarakat hukum adat, dan hak milik atas tanah yang berasal dari hak adat dibuktikan melalui: (a) secara tertulis, surat tanah, surat waris, peta, laporan sejarah, dokumen serah terima, (b) alat pebuktian lisan (pengakuan masyarakat secara lisan tentang kewenangan atas wilayah adat tertentu, /kepala adat, (c) alat pembuktian secara fisik (kuburan nenek moyang, terasering bekas usaha tani, bekas perumahan, kebun buah-buahan, tumbuhan eksotik hasil budidaya, peninggalan sejarah dunia, gerabah dan prasasti dll (diatur dalam Peraturan Pemerintah Nomor 24

¹⁷ Romli Atmasasmita, *Teori dan Kapita Selekta Kriminologi*, Bandung: Refika Aditama, 2010, h. 133.

¹⁸ Dewi Wulansari, *Hukum Adat Indonesia*, Suatu Pengantar, Bandung: Refika Aditama, 2012, h. 22.

¹⁹ Jawahir Thontowi, “Pengaturan Masyarakat Hukum Adat dan Implementasi Perlindungan Hak-hak Tradisionalnya”, *Pandecta, Jurnal Penelitian Ilmu Hukum (research law joernal)*, volume 10, Nomor 1, Juni 2015, h. 5.

tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah). (2) Kewenangan Kelembagaan Adat dilakukan dengan beberapa kemungkinan: (a) pengakuan masyarakat adat oleh masyarakat adat itu sendiri (b) pengakuan keberadaan masyarakat hukum adat oleh lembaga yudikatif berdasarkan berdasar keputusan pengadilan (c) pengakuan keberadaan masyarakat adat oleh suatu Dewan Masyarakat Adat yang dipilih oleh Masyarakat Adat. (3) Kewenangan atas pola pengelolaan sumber daya hutan didasarkan pada pengetahuan asli yang ada dan tumbuh di masyarakat dengan segala norma-norma yang mengatur batasan-batasan dan sanksi.²⁰

Komunitas-komunitas adat oleh Prof. Soetandyo disebut sebagai *old existing natives* lahir nyaris alamiah. Sebaliknya negara adalah artifisial yang diasumsikan hadir berbasis kontrak antara sejumlah komunitas yang sudah ada. Komunitas-komunitas tua tidak bersifat kontraktual, misalnya masyarakat adat baru dianggap ada oleh negara ketika baru mendapat pengakuan formal lewat produk hukum tertentu. Dalam hal ini, dapat dikatakan bahwa, jika tidak diakui secara hukum, maka eksistensi masyarakat adat itu dianggap lenyap (*excluded*). Dalam konteks itu, konsep kontraktual antara negara dengan masyarakat akan kehilangan makna.²¹

Masyarakat hukum adat menggunakan penyelesaian secara kekeluargaan. Mediasi di luar pengadilan merupakan proses penyelesaian sengketa secara damai yang biasa digunakan masyarakat sehari-hari ditengahi oleh pihak ketiga yaitu tetua adat, pemimpin agama, atau tokoh masyarakat lainnya.²² Oleh karena itu, hukum adat merupakan aspek dari kehidupan dan kebudayaan masyarakat Indonesia yang juga menjadi saripati dari kebutuhan hidup, cara hidup, dan pandangan hidup masyarakat bangsa Indonesia yang berbeda dengan alam pikir barat yang melahirkan sistem hukum dengan dasar alam pikiran di atas.

Soepomo²³ dalam beberapa catatan mengenai hukum adat menulis antara lain “dalam tata hukum baru Indonesia, baik untuk menghindari kebingungan pengertian istilah hukum adat ini dipaksa sebagai sinonim dari hukum yang tidak tertulis di dalam peraturan legislatif (*Unstatutory law*), hukum yang hidup sebagai konvensi di badan-badan negara (parlemen, dewan provinsi dan sebagainya), hukum yang timbul karena putusan-putusan hakim (*judgemade law*), hukum yang hidup sebagai peraturan kebiasaan yang dipertahankan di dalam pergaulan hidup baik di kota-kota maupun di desa (*customary law*) semua inilah merupakan adat

²⁰ *Ibid*, h. 4.

²¹ Sulistiyowati Irianto, *Hukum Yang Bergerak*, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2010, h. 220.

²² Fatahillah Syukur, *Mediasi Yudisial di Indonesia*, Bandung: Mandar Maju, 2012, h. 1.

²³ Bushar Muhammad, *Asas-Asas Hukum Adat*, Suatu Pengantar, Jakarta: Balai Pustaka, 2013, h. 10.

dan hukum tidak tertulis sebagaimana disebut oleh Pasal 32 Undang-Undang Dasar Sementara.

Masyarakat adat sebagai subjek penyandang hak menjadi isu sentral dalam pelaksanaan perlindungan hak konstitusional masyarakat adat. Wiratraman, menjelaskan bahwa rumusan masyarakat adat sebagai subjek hak dapat dilihat dalam dua hal. *Pertama*, Perlindungan hak masyarakat adat tak bersifat individual, melainkan pengakuan atas suatu “kolektiva.” Sifat kolektiva ini berimplikasi pada bentuk perlindungan hukum yang bersifat kolektif juga, sehingga perlindungan hukum secara individual masyarakat adat masuk dalam kategori perlindungan warga Negara. *Kedua*, Pengakuan terhadap hak-hak yang bersifat “kolektiva” tersebut berkaitan dengan unit sosial ‘kesatuan masyarakat hukum adat.’ dan Hak-hak tradisional dari unit sosial tersebut. Unit sosial ini bisa diidentifikasi dengan nama yang beragam, seperti Nagari, Negeri, Marga dan sebagainya.²⁴

Putusan Mahkamah Konstitusi N0. 35/PUU-X/2012 (Putusan MK 35) mempertegas posisi masyarakat adat sebagai subjek hak Putusan MK 35 merumuskan dua hal dalam konteks posisi masyarakat adat sebagai subjek hak, yaitu; *Pertama*, Mahkamah Konstitusi menyebutkan masyarakat adat sebagai subjek hukum penyandang hak dan pemangku kewajiban yang mempunyai kedudukan hukum sama seperti subjek hukum lainnya; seperti individu dan badan hukum. *Kedua*, Masyarakat adat berkembang secara evolutif. Mahkamah Konstitusi nampaknya merujuk pada pendapat ilmuwan sosiologi klasik; Emile Durkheim tentang evolusi perkembangan masyarakat, yaitu perkembangan masyarakat dari masyarakat mekanis menjadi organis.²⁵

Pada konteks ini, masyarakat adat adalah tahapan awal (masyarakat mekanis) menuju masyarakat modern (masyarakat organis), sehingga bisa ‘berubah’ dan bahkan ‘punah’ dalam bentuk baru, yang disebut dengan ‘masyarakat modern. Selanjutnya, untuk memastikan siapa sebenarnya masyarakat hukum adat tersebut, Mahkamah Konstitusi memberikan indikator keberadaan masyarakat adat yang hidup secara *de facto* (*actual existence*), baik bersifat teritorial, genealogis, maupun fungsional. Mahkamah Konstitusi menyebutkan, setidaknya secara fakultatif, masyarakat adat mengandung unsur-unsur yang dapat dilihat keberadaan eksistensinya, yaitu *pertama*, adanya masyarakat yang warganya memiliki perasaan

²⁴ Nurul Firmansyah, Masyarakat Adat Sebagai Penyandang Hak, <https://geotimes.co.id/op-ed/masyarakat-adat-sebagai-penyandang-hak/>, diakses 12 Juni 2020.

²⁵ *Ibid.*

kelompok (*in group feeling*), *kedua*, adanya pranata pemerintahan adat, *Ketiga*, adanya harta kekayaan dan/atau benda-benda adat, *Keempat*, adanya perangkat norma hukum adat dan, *Kelima*, terdapat unsur adanya wilayah tertentu.²⁶

Penetapan hukum negara (hukum positif) sebagai satu-satunya hukum yang mengatur tentang kehidupan bermasyarakat kemudian dikritik oleh para pengikut mashab sejarah yang meyakini bahwa setiap masyarakat memiliki ciri khas masing-masing tergantung pada Riwayat hidup dan struktur sosial yang hidup yang dan berkembang dalam mengatur kehidupan mereka. Savigni melihat hukum sebagai fenomena historis, sehingga keberadaan setiap hukum adalah berbeda, bergantung pada tempat berlakunya hukum. Sebagaimana hukum harus dipandang sebagai penjelmaan dari jiwa atau rohani suatu bangsa.²⁷

Sebagai sebuah negara hukum (*rechtsstate*) konstitusi Indonesia menjamin persamaan setiap warga negara di hadapan hukum (*equality before the law*), sebagai salah satu prinsip dasar yang menjadi tuntutan dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Oleh karenanya, setiap warga negara berhak memperoleh pemulihan (*remedy*) atas pelanggaran hak yang dideritanya dan negara memiliki kewajiban untuk memastikan pemenuhan hak-hak tersebut.²⁸

Pengabaian terhadap hak-hak dan eksistensi masyarakat adat pasti akan menimbulkan ketidak seimbangan, sehingga dapat mengakibatkan berbagai gejala dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Konflik kepentingan pasti akan muncul sehingga mempengaruhi berbagai kebijakan pemerintah. Patut dipahami bahwa pemerintah hadir untuk kepentingan masyarakat. Jika kebijakan pemerintah bertentangan dengan kepentingan masyarakat, khususnya masyarakat adat, maka pasti hal itu memberikan berbagai dampak negatif dalam proses pembangunan pada umumnya, dan lebih khusus terkait dengan kedudukan masyarakat adat serta hak-hak konstitusional terhadap sanksi adat.

Tafsiran terhadap ketentuan tersebut Jimly Ashiddiqie menyatakan perlu diperhatikan bahwa pengakuan ini diberikan oleh negara: 1) kepada eksistensi suatu masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisional yang dimilikinya; 2) eksistensi yang diakui adalah eksistensi kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat. Artinya pengakuan diberikan kepada satu persatu dari kesatuan-kesatuan

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Husen Alting, "Penguasaan Tanah Masyarakat Hukum Adat (Suatu Kajian Terhadap Masyarakat Hukum Adat Ternate)" *Jurnal Dinamika Hukum*, Volume 11, Nomor 1, Januari, 2011, H. 90

²⁸ Muhar Juneff, "Penerapan Sanksi Adat Kepada Perusahaan dan Pihak Lain Dalam Peradilan Adat" *E-Journa: I WIDYA Yustisia*, Volume 1, Nomor 2, Februari, 2015, h. 99.

tersebut dan karenanya masyarakat hukum adat itu haruslah bersifat tertentu; 3) masyarakat hukum adat itu memang hidup (masih hidup); 4) dalam lingkungannya (lebensraum) yang tertentu pula; 5) pengakuan dan penghormatan itu diberikan tanpa mengabaikan ukuran-ukuran kelayakan bagi kemanusiaan sesuai dengan tingkat perkembangan keberadaan bangsa. Misalnya tradisi-tradisi tertentu yang memang tidak layak lagi dipertahankan tidak boleh dibiarkan tidak mengikuti arus kemajuan peradaban hanya karena alasan sentimentil; 6) Pengakuan dan penghormatan itu tidak boleh mengurangi makna Indonesia sebagai suatu negara yang berbentuk Negara Kesatuan Republik Indonesia.²⁹

Konstitusi sebelum amendemen tidak secara tegas menunjukkan kepada pengakuan dan pemakaian istilah hukum adat. Namun bila ditelaah, maka dapat disimpulkan ada sesungguhnya rumusan-rumusan yang ada di dalamnya mengandung nilai luhur dan jiwa hukum adat. Pembukaan UUD 1945, yang memuat pandangan hidup Pancasila, hal ini mencerminkan kepribadian bangsa, yang hidup dalam nilai-nilai, pola pikir dan hukum adat.³⁰

KESIMPULAN

Masyarakat Desa pada Provinsi Gorontalo, Kabupaten Boalemo merupakan masyarakat yang masih menjunjung tinggi dan mengakui keberadaan adatnya, tentunya semua bentuk masalah yang terjadi akan diselesaikan secara adat, namun harus dipertegas dalam bentuk peraturan daerah, dalam hal memperkuat pemberian sanksi adat terhadap setiap orang yang melakukan pelanggaran, dimana di dalam konstitusi kita sudah diperkuat dengan adanya UUD 1945 Pasal 18B (2), menyebutkan bahwa: 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. Sementara pada Pasal 28I ayat (3) UUD 1945, menyebutkan bahwa: Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban. Pengakuan keberadaan masyarakat adat tersebut mempunyai persyaratan pemberlakuan (*conditionalities*), yaitu; *pertama*, masyarakat adat bisa dibuktikan masih hidup (*actual existing*); *kedua*, keberadaan masyarakat adat

²⁹ Jawahir Thontowir, "Perlindungan dan Pengakuan Masyarakat Adat dan Tantangan Dalam Hukum Indonesia" Jurnal Hukum: IUS QUIA IUSTUM, Nomor. 1, Volume. 20, Januari, 2013, h. 26.

³⁰ Marco Manarisip, "Eksistensi Pidana Adat Dalam Hukum Nasional" *Lex Crimen*, Volume 1, Nomor 4, Oktober-Desember, 2012, h. 29.

berkesesuaian dengan perkembangan masyarakat; dan *ketiga*, masyarakat adat berkesesuaian dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia. Oleh sebab itu, konstitusi menempatkan hak masyarakat adat yang ada di Provinsi Gorontalo, Kabupaten Boalemo terutama untuk sanksi adat yaitu bersifat khusus, karena terkait dengan identitas dan kebutuhan khusus masyarakat adat sebagai suatu kelompok organik berbasis tradisi. Yakni hak masyarakat adat ini yang disebut sebagai hak tradisional dalam artian hak yang melekat dan tidak terpisahkan dengan masyarakat adat itu sendiri.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Dewi Wulansari, 2012, *Hukum Adat Indonesia, Suatu Pengantar*, Bandung: Refika Aditama.
- Bushar Muhammad, 2013, *Asas-Asas Hukum Adat, Suatu Pengantar*, Jakarta: Balai Pustaka.
- Bushar Muhamad, 2013. *Pokok-Pokok Hukum Adat*, Jakarta: Balai Pustaka.
- Fatahillah Syukur, 2012. *Mediasi Yudisial di Indonesia*, Bandung: Mandar Maju.
- Jazim Hamidi, 2012, Mohamad Sinal, Ronny Winarno, dkk, *Teori Hukum Tata Negara. A Turning Point Of The State*, Jakarta: Salemba Humanika.
- P.M. Marzuki, 2014, *Penelitian Hukum*, Jakarta: Prenamedia Group.
- Romli Atmasasmita, 2010, *Teori dan Kapita Selekta Kriminologi*, Bandung: Refika Aditama.
- Sulistiyowati Irianto, 2010, *Hukum Yang Bergerak*, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia.

Jurnal/Makalah/Website

- Aermadepa, 2016, "Perlindungan Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat Minangkabau dalam Pelaksanaan Gadai Tanah Pertanian" *Jurnal Konstitusi*, volume 13, Nomor 3, September.
- Anna Triningsih, 2013, "Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat Dalam Judicial Review Undang Undang Perkebunan" *Kajian: Menjembatani Teori dan Persolan Masyarakat Dalam Perumusan Kebijakan*, Volume 18, Nomor 3, September.

- Aullia Vivi Yulianingrum, 2018, "*Mempertegas Kedudukan Hukum Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dalam memenuhi Hak-Hak Konstitusional*" *Yuriska: Jurnal Ilmiah Hukum*, volume 10, Nomor 1.
- Elisabeth Nurhaini Butarbutar, 2019, "*Perlindungan Hukum terhadap Prinsip Dalihan Natolu sebagai Hak Konstitusional Masyarakat Adat Batak Toba*" *Jurnal Konstitusi*, volume 16, Nomor 3, September.
- Erwin Basrin, Dedek Hendy, Pramasty Ayu Krindinar, *Rumusan Hasil Seminar dan Konsultasi "Pengakuan Masyarakat Hukum Adat dalam Sistem Ketatanegaraan di Indonesia"*, <https://www.akar.or.id/?p=1184>, diakses 9 Juni 2020.
- Husen Alting, 2011, "*Penguasaan Tanah Masyarakat Hukum Adat (Suatu Kajian Terhadap Masyarakat Hukum Adat Ternate)*" *Jurnal Dinamika Hukum*, Volume 11, Nomor 1, Januari.
- Irfan Nur Rahman Anna Triningsih, Alia Harumdani W, dan Nallom Kurniawan, 2011, "*Dasar Pertimbangan Yuridis Kedudukan Hukum (Legal Standing) Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dalam Proses Pengujian Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi*" *Jurnal Konstitusi*, Volume 8, Nomor 5, Oktober.
- Jawahir Thontowi, 2015. "*Pengaturan Masyarakat Hukum Adat dan Implementasi Perlindungan Hak-hak Tradisionalnya*", *Pandecta, Jurnal Penelitian Ilmu Hukum (research law joernal)*, volume 10, Nomor 1, Juni.
- _____, 2013, "*Perlindungan dan Pengakuan Masyarakat Adat dan Tantangan Dalam Hukum Indonesia*" *Jurnal Hukum: IUS QUIA IUSTUM*, Nomor 1, Volume. 20, Januari.
- Marco Manarisip, 2012, "*Eksistensi Pidana Adat Dalam Hukum Nasional*" *Lex Crimen*, Volume 1, Nomor 4, Oktober-Desember.
- Muhar Junef, 2015, "*Penerapan Sanksi Adat Kepada Perusahaan dan Pihak Lain Dalam Peradilan Adat*" *E-Journal: WIDYA Yustisia*, Volume 1, Nomor 2, Februari.
- Muskibah, *Kedudukan Hukum Adat dalam Sistem Hukum Indonesia*, <https://metrojami.com/read/2019/09/12/46776/kedudukan-hukum-adat-dalam-sistem-hukum-indonesia>. Diakses 7 Juni 2020.
- Nurul Firmansyah, *Masyarakat Adat Sebagai Penyandang Hak*, <https://geotimes.co.id/op-ed/masyarakat-adat-sebagai-penyandang-hak/>, diakses 12 Juni 2020.

Rahmat Hi. Abdullah, 2015, "*Urgensi Hukum Adat Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional*" *Fiat Justisia: Jurnal Ilmu Hukum*, Volume 9, Nomor. 2, April-Juni.

Syailendra Wisnu Wardana. <https://wisnu.blog.uns.ac.id/2009/07/28/kedudukan-hukum-adat-dalam-hukum-nasional/>, diakses tanggal 6 juni 2020.

Yonis Maladi, 2011, "*Eksistensi Hukum Adat Dalam Konstitusi Negara Pasca Amandemen UUD 1945*" *Jurnal hukum dan pembangunan*, Volume 41, nomor 3, Juli-September.

Zayanti Mandasari, 2014, "*Politik Hukum Pengaturan Masyarakat Hukum Adat (Studi Putusan Mahkamah Konstitusi)*" *Jurnal Hukum: IUS QUIA IUSTUM*, Volume 21, Nomor 2, April.

Biodata

Idul Rishan, lahir di Kendari, 9 Mei 1989. Penulis menyelesaikan S1 di Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, S2 Magister Ilmu Hukum Universitas Gadjah Mada, dan S3 di Universitas Gadjah Mada. Penulis adalah Staf Pengajar Departemen HTN di Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia.

Mohamad Rifan, lahir di Malang, 23 Mei 1996. Pendidikan formal Magister Ilmu Hukum (MIH) ia selesaikan di Fakultas Hukum Universitas Brawijaya. Merupakan Peneliti Sekaligus Direktur Klinik Kekayaan Intelektual Lembaga Konsultasi dan Bantuan Hukum Rumah Keadilan serta merupkan Founder Klinik Hukum Rewang Rencang (CV.RR). Aktif dalam kepenulisan ilmiah maupun opini dalam berbagai media yang fokus pada bidang Kekayaan Intelektual, Hukum Adat, maupun Konstitusi. Penulis dapat dihubungi melalui email : 12rauna@gmail.com.

Liavita Rahmawati, lahir di Banyumas, 8 Maret 1999. Pendidikan formal kesarjanaan ia selesaikan di Fakultas Hukum Universitas Brawijaya. Bidang keilmuan yang diminati adalah hukum tata negara, teori perundang-undangan, hukum ekonomi, dan hukum pemilu. Aktif dalam menulis ilmiah maupun opini untuk berbagai media online. Pernah terlibat dalam berbagai proyek penelitian ilmiah dan pembentukan peraturan daerah oleh beberapa pemerintahan daerah. Penulis dapat dihubungi melalui email: liavitr@gmail.com.

Alboin Pasaribu, lahir di Medan, 6 September 1989. Menempuh pendidikan Sarjana Hukum (S1) di Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara (2011) dan Magister Hukum (S2) di Pascasarjana Ilmu Hukum Universitas Indonesia (2013). Penulis merupakan Peneliti di Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara Mahkamah Konstitusi.

Intan Permata Putri, menyelesaikan pendidikan Sarjana Hukum di Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret Surakarta dan saat ini sedang menempuh Pendidikan Magister Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Saat ini Penulis menjabat sebagai Peneliti pada Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.

Mohamad Mova Al'afghani, Mohammad Mova Al' Afghani, lahir di Surakarta, 29 Mei 1980. Penulis menyelesaikan S1 di Fakultas Hukum Universitas Indonesia (2003), program master di Universitaet Bremen, Aufbaustudium Europaeisches und Internationales Recht/European and International Law (2008) dan S3 di UNESCO Centre for Water Law, Policy and Science, University of Dundee (2013). Saat ini, Penulis mengajar di Fakultas Hukum Universitas Ibn Khaldun, Bogor.

Bisariyadi, adalah peneliti di Mahkamah Konstitusi yang bertugas melakukan penelitian dan membantu majelis hakim konstitusi menangani perkara konstitusional. Bisariyadi telah mengabdikan di Mahkamah Konstitusi selama kurang lebih 16 tahun segera setelah lulus dari Fakultas Hukum Universitas Indonesia dengan memperoleh gelar Sarjana (2003). Kemudian, melanjutkan pendidikan dengan dianugerahi beasiswa dari Pemerintah Australia di University of Melbourne untuk meraih Master of Laws (2012). Bisariyadi aktif menulis artikel ilmiah tentang masalah konstitusional dan hak asasi manusia. Tulisannya telah diterbitkan dalam sejumlah jurnal hukum yang terakreditasi nasional serta sejumlah tulisan pendek sebagai kontributor dalam Majalah Konstitusi, buletin bulanan yang diterbitkan Mahkamah Konstitusi. Kumpulan tulisannya dapat dibaca dan diunduh pada situs: bisariyadi.wordpress.com.

King Faisal Sulaiman, lahir di Tidore, 6 April 1982. Penulis menyelesaikan S1 di Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta (2004), S2 Magister Ilmu Hukum Universitas Gadjah Mada (2010), dan S3 di Universitas Islam Indonesia Yogyakarta (2016). Penulis adalah Staf Pengajar di Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta. Mata Kuliah yang diampu antara lain Hukum Acara Mahkamah Konstitusi, Hak Asasi Manusia/HAM, Politik Ketatanegaraan, dan Teknik Penyusunan Perundang-undangan.

Made Oka Cahyadi Wiguna, lahir di Denpasar tanggal 5 Februari 1988. Penulis menyelesaikan pendidikan Strata satu dalam bidang Ilmu Hukum di Fakultas Hukum Universitas Pendidikan Nasional

(UNDIKNAS) Denpasar pada tahun 2010. Kemudian penulis menyelesaikan pendidikan Magister di Universitas Diponegoro, Semarang pada tahun 2013. Saat ini penulis sedang menempuh Program Doktor Ilmu Hukum di Universitas Diponegoro, Semarang. Penulis mengabdikan diri sebagai Dosen Tetap pada Program Studi Ilmu Hukum, Fakultas Hukum dan Ilmu Sosial Universitas Pendidikan Nasional (UNDIKNAS) Denpasar sejak tahun 2015. Mempunyai minat dalam kajian-kajian tentang Hukum dan Masyarakat dan Politik Hukum. Aktif mengajar dengan mengampu mata kuliah Hukum Agraria, Hukum Tanah Adat dan Politik Hukum. Email penulis : okacahyadi@undiknas.ac.id

Hamid Chalid, menyelesaikan pendidikan Sarjana Hukum (S1) di Fakultas Hukum Universitas Indonesia (1992), Master of Laws (S2) di University of Melbourne (1998), dan (S3) di Fakultas Hukum Universitas Indonesia (2009). Penulis adalah Dosen Senior di Fakultas Hukum Universitas Indonesia sejak tahun 1992.

Arief Ainul Yaqin, menyelesaikan pendidikan Sarjana Hukum (S1) di Fakultas Hukum Universitas Sultan Ageng Tirtayasa (2013) dan Magister Hukum (S2) di Fakultas Hukum Universitas Indonesia (2017). Penulis merupakan Dosen di Fakultas Hukum Universitas Indonesia.

Yunita Nurwulantari, Penulis lahir di Bojonegoro pada tanggal 26 Juni 1990. Saat ini bekerja di Mahkamah Konstitusi sebagai Pengolah Data Perkara dan Putusan Hakim Konstitusi. Penulis mendapatkan gelar sarjana di Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya dan saat ini sedang menempuh pendidikan master pada bidang Hukum Kenegaraan Program Pascasarjana di Universitas Indonesia.

Anna Erliyana, adalah Guru Besar Tetap pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Penulis pernah menjabat sebagai Wakil Ketua Majelis Pengawas Pusat Notaris, Kementerian Hukum & HAM (2008- 2011), Anggota Dewan Pengawas Balai Telekomunikasi dan Informatika Perdesaan (BTIP), Kemenkominf (2009- 2015), Staf Ahli Hukum Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan.(2011-2015), Anggota Dewan Kehormatan Penyelenggara Pemilu (DKPP RI) (2013- Juni 2017) dan Anggota Tim Ahli Cagar Budaya Nasional Kementerian Pendidikan & Kebudayaan (2015-2018).

Ahmad Gelora Mahardika, Penulis menempuh pendidikan Magister Hukum Tata Negara di Universitas Indonesia. Saat ini, Penulis merupakan Dosen di Departemen Hukum Tata Negara Islam IAIN Tulungagung.

Lisnawaty W. Badu, menyelesaikan pendidikan Sarjana Hukum (S1) di Fakultas Hukum Universitas Samratulangi-Manado (1993) dan juga S2 di Fakultas Hukum di Fakultas Hukum Universitas Samratulangi-Manado (2009). Penulis adalah Dosen di Fakultas Hukum Universitas Negeri Gorontalo. Mata Kuliah yang diampu antara lain Hukum dan HAM, Pengantar Ilmu Hukum, Ilmu Negara, Hukum Ketenagakerjaan, Pendidikan Kewarganegaraan, Hukum Tata Negara, Peradilan Tata Usaha Negara, Hukum Acara Mahkamah Konstitusi.

Julisa Aprilia Kaluku, lahir di Gorontalo, 18 April 1987. Penulis menyelesaikan pendidikan Sarjana Hukum (S1) di Fakultas Hukum Universitas Brawijaya (2011) dan juga S2 di Fakultas Hukum di Fakultas Hukum Universitas Brawijaya (2009). Penulis adalah Dosen di Fakultas Hukum Universitas Negeri Gorontalo. Mata Kuliah yang diampu antara lain Pengantar Ilmu Hukum, Hukum Pidana, Hukum Acara Pidana, Kriminologi/ Victimologi, Delik-Delik di Luar KUHP, Praktek Peradilan Pidana, Sistem Peradilan Anak dan Hukum Pidana Anak.

Abas Kaluku, lahir di Gorontalo, 14 April 1957. Penulis menyelesaikan pendidikan S1 di Universitas Samratulangi-Manado (1987) dan S2 di Universitas Gadjah Mada (2000).

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 (SINTA 2) yang berlaku selama 5 (lima) tahun.

Tata cara penulisan dan pengiriman naskah dalam Jurnal Konstitusi, sebagai berikut:

1. Naskah yang dikirim merupakan karya ilmiah original dan tidak mengandung unsur plagiarisme.
2. Naskah ditulis dalam bahasa Indonesia atau bahasa Inggris sepanjang 20-22 halaman, kertas berukuran A4, jenis huruf Times New Roman, font 12, dan spasi 1,5. Menggunakan istilah yang baku serta bahasa yang baik dan benar.
3. Naskah ditulis dalam format jurnal dengan sistem baris kredit (*byline*).
4. Naskah dilengkapi Judul Artikel, Nama Penulis, Lembaga Penulis, Alamat Lembaga Penulis, Alamat Email Penulis, Abstrak, Kata Kunci.
5. Judul artikel harus spesifik dan lugas yang dirumuskan dengan maksimal 12 kata (bahasa Indonesia), 10 kata (bahasa Inggris), atau 90 ketuk pada papan kunci, yang menggambarkan isi artikel secara komprehensif.
6. Abstrak (*abstract*) ditulis secara gamblang, utuh dan lengkap menggambarkan esensi isi keseluruhan tulisan dalam dua bahasa yaitu bahasa Indonesia dan bahasa Inggris yang masing-masing satu paragraf.
7. Kata kunci (*key word*) yang dipilih harus mencerminkan konsep yang dikandung artikel terkait sejumlah 3-5 istilah (*horos*) dalam dua bahasa yaitu bahasa Indonesia dan bahasa Inggris.
8. Sistematika penulisan **Hasil Penelitian** sebagai berikut;
 - I. Pendahuluan
 - A. Latar Belakang
 - B. Perumusan Masalah
 - C. Metode Penelitian

- II. Hasil dan Pembahasan
 - III. Kesimpulan
9. Sistematika penulisan **Kajian Konseptual** (hasil pemikiran) sebagai berikut;
- I. Pendahuluan
 - A. Latar Belakang
 - B. Perumusan Masalah
 - II. Pembahasan
 - III. Kesimpulan
10. Cara pengacuan dan pengutipan menggunakan model catatan kaki (*footnotes*).

Kutipan Buku: Nama penulis, *judul buku*, tempat penerbitan: nama penerbit, tahun terbitan, halaman kutipan.

Contoh:

A.V. Dicey, *An Introduction to The Study of The Law of The Constitution*, 10th ed., English Language Book Society, London: Mc Millan, 1968, h. 127

Moh. Mahfud MD., *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta: LP3ES, 2007, h. 17.

Saldi Isra, *Pergeseran Fungsi Legislasi (Menguatnya Model Legislasi Parlementer Dalam Sistem Presidensial Indonesia)*, Jakarta: PT RadjaGarfindo Persada, 2010, h. 7.

Kutipan Jurnal: Nama penulis, "judul artikel", *nama jurnal*, volume, nomor, bulan dan tahun, halaman kutipan.

Contoh:

Rosalind Dixon, "Partial Constitutional Amendments", *The Journal of Constitutional Law*, Volume 13, Issue 3, March 2011, h. 647.

Arief Hidayat, "Politik Hukum Konstitusi dan Fenomena Absentia Voter (Golput)] Dalam Pemilu di Indonesia, *Jurnal Konstitusi*, Volume 1, Nomor 1, Juni 2009, h. 20.

M Mahrus Ali, *et.al*, "Tafsir Konstitusional Pelanggaran Pemilukada yang Bersifat Sistematis, Terstruktur dan Masif", *Jurnal Konstitusi*, Volume 9, Nomor 1, Maret 2012, h. 189.

Kutipan makalah/paper/orasi ilmiah: Nama penulis, "judul makalah", *nama forum kegiatan*, tempat kegiatan, tanggal kegiatan, halaman kutipan.

Contoh:

Moh. Mahfud, MD., "Separation of Powers and Independence of Constitutional Court in Indonesia", *Paper Presented at The 2nd Congress of The World*

Conference on Constitutional Justice, Rio de Janeiro – Brazil, 16 – 18 January 2011, h. 7.

Yuliandri, “Membentuk Undang-Undang Berkelanjutan Dalam Penataan Sistem Ketatanegaraan, *Naskah Pidato Pengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Andalas*, Padang: Universitas Andalas, 23 Juli 2009, h. 5.

Kutipan Internet/media online: Nama penulis, “judul tulisan”, alamat portal (website/online), tanggal diakses/unduh.

Contoh:

Simon Butt, “Islam, the State and the Constitutional Court in Indonesia”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1650432, diunduh 28 Juli 2010.

MuchamadAli Safa’at, “Militer Dalam Prespektif Hukum Tata Negara”, http://anomalisemesta.blogspot.com/2007/10/artikel_06.html, diunduh 27 Desember 2007.

11. Daftar Pustaka memuat daftar buku, jurnal, makalah/paper/orasi ilmiah baik cetak maupun online yang dikutip dalam naskah, yang disusun secara alfabetis (*a to z*) dengan susunan: Nama penulis (mendahulukan nama keluarga/marga), tahun, *judul*, tempat penerbitan: penerbit, dst., seperti contoh berikut ini:

Ali, M. Mahrus, *et.al*, 2012, “Tafsir Konstitusional Pelanggaran Pemilukada yang Bersifat Sistematis, Terstruktur dan Masif”, *Jurnal Konstitusi*, Volume 9, Nomor 1, Maret, h. 189 - 225.

Butt, Simon, 2010, “Islam, the State and the Constitutional Court in Indonesia”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1650432, diunduh 28 July.

Dicey, A.V., 1968, *An Introduction to The Study of The Law of The Constitution*, 10th ed., English Language Book Society, London: Mc Millan.

Dixon, Rosalind, 2011, “Partial Constitutional Amendments”, *The Journal of Constitutional Law*, Volume 13, Issue 3, March, h. 643 – 686.

Hidayat, Arief, 2009, “Politik Hukum Konstitusi dan Fenomena Absentia Voter (Golput) Dalam Pemilu di Indonesia, *Jurnal Konstitusi*, Volume 1, Nomor 1, Juni, h. 20 – 31.

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

MD, Moh. Mahfud, 2011, “Separation of Powers and Independence of Constitutional Court in Indonesia”, *Paper Presented at The 2nd Congress of The World Conference on Constitutional Justice*, Rio de Janeiro – Brazil, 16 – 18 January.

MD, Moh. Mahfud, 2007, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta: LP3ES.

Safa'at, Muchamad Ali, 2007, "Militer Dalam Prespektif Hukum Tata Negara", http://anomalisemesta.blogspot.com/2007/10/artikel_06.html, diunduh 27 Desember.

Yuliandri, 2009, "Membentuk Undang-Undang Berkelanjutan Dalam Penataan Sistem Ketatanegaraan, *Naskah Pidato Pengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Andalas*, Padang: Universitas Andalas, 23 Juli.

12. Naskah dalam bentuk file document (.doc) dikirim/*submit* melalui OJS Jurnal Konstitusi: jurnalkonstitusi.mkri.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

A Birth Certificate Of New State 32
Actual Existence 234
Addendum 223
Administrative Law 171
Allochthonous Constitution 35, 36
Amandemen 120, 121, 225
Authority 35
Autochthonous Constitution 35

B

Basel Framework 69
Beheersdaad 71
Beleid 71
Bestuursdaad 71
Boalemo 219, 237
Bonime Blanc 4
Branch Courts 180
Bubuk
 Alas 29
 Yasa 29
Butt 72

C

Capital Asset 93
Case Approach 220
Case-Law System 38
Casey Stevens 198
Center of Ceremony 32
Checks and Balances 3
Chthonic 30
Chthonic 30
Cirillo 82
Civilized Decency 143
Civil
 Law 7, 175, 179
 Law System 221
Code Penal 141, 158
Common Law 7, 175
Conditionally Unconstitutional 57
Conflict Of Interest 11
Consensus 26
Constituent
 Act 26, 36
 Power 26, 36

Constitutional

Complaint 168, 173, 182, 183
Importance 7, 16
Court of Appeal 153, 154
Cthonic 39
Customary Law 233

D

Declaration of Independence 146
Detournement De Pouvoir 177
Disposition of Authorization 187
District Court 180
Doelmatigheid 176
Domini Litis Principle 176
Duality of Jurisdiction 175
Due Making Process Of Law 16
Due Procces of Law 6, 8
Due Process of Law Making 12, 13, 16, 17, 18

E

Economic Regulation 73
Eind Vonnis 49
Enforcement Rules 185
Erga Omnes 58, 176, 179
Exhausted 169

F

Factor Integrase 26
Falaakh 11
Family Court 180
Formele Toetsubsrecht 3
Founding Fathers 29
Fundamental
 Laws 25, 34, 41
 Rights 187

G

General
 Agreement 26, 36
 Consensus 26, 36
Ger Van De Tang 35
Ginsburg 3
Global Positioning System 70
Grundnorm 118

H

Human Creation 35, 41

I

Identity and Characteristic of Nation 32
Indigenous Law 227
Interim Award 49
Interlocutoir 49

J

Judgemade Law 233
Judicial Review 2, 5, 45, 57, 141, 158, 159

K

Kc.wheare 35
Khthononos 30
Kwiatkowski 203

L

Lalana 16
Law
 Investigatory Officers 184
 Making Process 15
Legal
 Entity 129
 Person 184
 Pluralism 223
 Remedy 169
 Rule 70
 Standing 225
Legislatif Review 91
Lev 8
Levi-Faur 68
Littlechild 73

M

Maarseveen 35
Majority Rule 26
Marriage Secularization 150
Martial Court 180
Materiele Toetsingsrecht 3
Minority Right 26
Moral Hazard 7
Moral Reading of Constitution 16
Mutual
 Respect 27, 36
 Trust 36

N

National
 Audit Office 73
 Document 32
 Natural Person 184
 Networked Regulation 67
 Nomaden 28
 Nomoi 39

O

Old Existing Natives 233
 Omnibus Law 195, 199, 200
 Open Legal Policy 7, 16
 Ordinary Courts 183, 184

P

Patent Court 180
 People Willing 15
 Politiea 39
 Precedent 27
 Preparatoir 49
 Provisioneel 48
 Provisionile Eisch 48
 Prudential 3
 Public Service 170

R

Rechtsgemeenschap 225
 Rechtsidee 125
 Rechtsstate 235
 Recthmatigheid 176
 Regelendaad 71
 Regering 170

Regulatory

 Action 74
 Capture 66, 69
 Regulatory
 State 68
 Welfare State 68
 Religijs Nation State 158
 Remedy 235
 Representations Collectives
 227
 Republikeken 24
 Right To Self Determination
 130
 Risk
 Appetite 74
 Appetite Regulator 75
 Roscoe Pound 98
 Rubenfeld 1, 13, 17
 Rule of Law 15

S

Secondary Legislature 15
 Self-Goverment Community 29
 Self-Governing Community 24
 Self-Regulation 70
 Sharia 157
 Shock The Conscience 155
 Social Asset 93
 Sociale Werkelijkheid 154
 Specialized Courts 180
 State Law 227
 Statute 184
 Statute Approach 220

Stigler 83

Supreme Court 180
 Supreme Court of The United
 States 143

T

Taleb 82
 Tang 35
 Temporary Disposal 49
 The Guardian Of The
 Constitution 188
 The Living Law 224, 231
 Thusnet 13
 Tional Audit Office 73
 Toezichthoudensdaad 71
 Tussen Vonnis 49

U

Unitary State 173
 United Nations 140
 Unity of Jurisdiction 175, 176
 Unstatutory Law 233
 Unwritten Constitution 34

V

Van Vallenhoven 23
 Volkgemeenschappen 24
 Voozopige Maatregelen 48
 Vrij Bewijs 176

W

Welfare State 68
 Wintgens 15
 Wolfgang Friedmann 72

Indeks Pengarang

A

Adolf Merkl 199
A. Hamid S. Attamimi 171
Anna Erliyana 168
Arief Hidayat 125
Arjomand 2

C

C.F. Strong 170
Chairul Anwar 25, 41

E

Erlyn Indarti 130

F

Ferguson 8

H

Harijanti 7
Haris 6
Hench van Maarseven 35
Heng 197
Human Creation 35, 41

I

I Dewa Gede Palguna 179
Idul Rishan 1

J

Jimly Asshiddiqie 34, 117, 118,
120, 129

K

Kelsen 2
khthon 30

L

Lalana 16

M

Maarseven 35
Made Oka Cahyadi Wiguna 112
Michael G. Kitay 99
Minority Right 26
Mochtar 7

N

Nasution 5

P

Palguna 5

R

Robert A. Carp 3
Rochmat Soemitro 174
Ronald Stidham 3
Roscoe Pound 98
Rubenfeld 1, 13, 17
Ruwiastuti 114

S

Saldi Isra 6, 12
Satjipto Rahardjo 124, 132
Siregar 72
Soemantri 8
Sulistiyowati Irianto 15

W

Wiratraman 8
Wolfgang Friedmann 72

Y

Yuliandri 7
Yunita Nurwulantari 168

SERTIFIKAT

2 (dua) Jurdak Pengantar Kitab dan Pengantar-pengantar,
Kemampuan Riset, Teknologi, dan Pendidikan Tinggi



Kategori dan Kapuasan Online: Kemendikbudristek dan Penguji (Pengantar-pengantar,
Kemampuan Riset, Teknologi, dan Pendidikan Tinggi) Revisi 1 (Revisi 1) Revisi 1
Nomor SKB/071/2024, Tanggal 9 Juli 2024
Terdapat di: Mendikbudristek, Tahun Periode 1 (Tahun 1) 2024

Manajemen Jurnal
Jurnal Konstitusi
E-ISSN: 2504-9402

Penerbit Sekretariat Jenderal dan Kassabkhanah, Mahkamah

Keperadilan, Ditubuhkan sebagai Jurnal Elektronik

TERAKREDITASI PERINGKAT 2

Minimalkan biaya, isi dan 5 (lima) tahun, perik
Volume 11 Nomor 1 Tahun 2023 sampai Volume 11 Nomor 4 Tahun 2023

Jakarta, 9 Juli 2024
Direktur Jenderal Pengantar Kitab dan Pengantar-pengantar

Muhammad Erlanul
NIP. 1960020194000000

Visi:

Menegakkan Konstitusi Melalui
Peradilan yang Modern dan Terpercaya

Misi:

- Memperkuat Integritas Peradilan Konstitusi.
- Meningkatkan Kesadaran Berkonstitusi Warga Negara dan Penyelenggara Negara.
- Meningkatkan Kualitas Putusan.

ISSN 1829-7706



9 771829 770696