



# JURNAL KONSTITUSI

Volume 19 Nomor 2, Juni 2022

- ◉ Prinsip Isonomi di Indonesia: Filosofi, Makna, dan Perbandingan  
A'an Efendi dan Freddy Poernomo
- ◉ Teori Utilitarianisme Jeremy Bentham: Tujuan Hukum atau Metode Pengujian Produk Hukum?  
Endang Pratiwi, Theo Negoro, dan Hassanain Haykal
- ◉ Anomali Asas Non-Retroaktif dalam Kejahatan Genosida, Bertentangan dengan HAM?  
Nurhidayatulloh, Akhmad Idris, Rizka Nurliyantika, dan Fatimatuz Zuhro
- ◉ Format Ideal Tindak Lanjut Putusan Mahkamah Konstitusi untuk Mengefektifkan Asas *Erga Omnes*  
Dian Ayu Widya Ningrum, Al Khanif, dan Antikowati
- ◉ Konsistensi Pembuatan Norma Hukum dengan Doktrin *Judicial Activism* dalam Putusan *Judicial Review*  
Bagus Surya Prabowo dan Wiryanto
- ◉ Penerapan Klausul Bersyarat dalam Putusan Pengujian Formil Undang-Undang  
Faiz Rahman
- ◉ *Human Rights and Constitutionality Issues of Blasphemy Law in Indonesia*  
Ismail Hasani dan Halili
- ◉ Relevansi Teori *Oplossing* dalam Penanganan Sengketa Terkait Keputusan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah  
Paulus Rudy Calvin Sinaga dan Anna Erliyana
- ◉ Penataan Pemilihan Kepala Desa dalam Sistem Ketatanegaraan di Indonesia  
Ahmad Yani
- ◉ Peran Mahkamah Konstitusi dalam Perlindungan Hak Politik Mantan Terpidana  
Agusniwan Etra

JK	Vol. 19	Nomor 2	Halaman 247 - 502	Jakarta Juni 2022	P-ISSN 1829-7706 E-ISSN 2548-1657
----	---------	------------	----------------------	----------------------	--------------------------------------

Terakreditasi RISTEKDIKTI Nomor : 21/E/KPT/2018



**MAHKAMAH KONSTITUSI  
REPUBLIK INDONESIA**

**JURNAL KONSTITUSI**

<b>Vol. 19 No. 2</b>	<b>P-ISSN 1829-7706   E-ISSN: 2548-1657</b>	<b>Juni 2022</b>
<b>Terakreditasi RISTEKDIKTI Nomor : 21/E/KPT/2018</b>		

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**

*(Editorial Team)*

**Pemimpin Redaksi**

*(Chief Editor)*

Abdul Basid Fuadi

**Dewan Redaksi**

*(Board of Editors)*

Muhammad Reza Winata

Sharfina Sabila

Intan Permata Putri

Anna Triningsih

Winda Wijayanti

**Redaktur Pelaksana**

*(Managing Editors)*

Adam Ilyas

Artha Debora Silalahi

**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](mailto:jurnalkonstitusi@mkri.id)

Jurnal ini dapat diunduh di OJS Jurnal Konstitusi di: [jurnalkonstitusi.mkri.id](http://jurnalkonstitusi.mkri.id)  
atau di menu publikasi-jurnal pada laman [mkri.id](http://mkri.id)

---

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

---



MAHKAMAH KONSTITUSI  
REPUBLIK INDONESIA

# JURNAL KONSTITUSI

Volume 19 Nomor 2, Juni 2022

## DAFTAR ISI

<b>Pengantar Redaksi</b> .....	iii - vi
Prinsip Isonomi di Indonesia: Filosofi, Makna, dan Perbandingan A'an Efendi dan Freddy Poernomo .....	247-268
Teori Utilitarianisme Jeremy Bentham: Tujuan Hukum atau Metode Pengujian Produk Hukum? Endang Pratiwi, Theo Negoro, dan Hassanain Haykal .....	269-293
Anomali Asas Non-Retroaktif dalam Kejahatan Genosida, Bertentangan dengan HAM? Nurhidayatulloh, Akhmad Idris, Rizka Nurliyantika, dan Fatimatuz Zuhro .....	294-313
Format Ideal Tindak Lanjut Putusan Mahkamah Konstitusi untuk Mengefektifkan Asas <i>Erga Omnes</i> Dian Ayu Widya Ningrum, Al Khanif, dan Antikowati .....	314-358
Konsistensi Pembuatan Norma Hukum dengan Doktrin <i>Judicial Activism</i> dalam Putusan <i>Judicial Review</i> Bagus Surya Prabowo dan Wiryanto .....	359-380
Penerapan Klausul Bersyarat dalam Putusan Pengujian Formil Undang- Undang Faiz Rahman .....	381-405

*Human Rights and Constitutionality Issues of Blasphemy Law in Indonesia*

Ismail Hasani dan Halili .....	406-430
Relevansi Teori Oplossing dalam Penanganan Sengketa Terkait Keputusan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah	
Paulus Rudy Calvin Sinaga dan Anna Erliyana .....	431-455
Penataan Pemilihan Kepala Desa dalam Sistem Ketatanegaraan di Indonesia	
Ahmad Yani .....	456-478
Peran Mahkamah Konstitusi dalam Perlindungan Hak Politik Mantan Terpidana	
Agusniwan Etra .....	479-502

**Biodata**

**Pedoman Penulisan**

## Dari Redaksi



Pada edisi Juni 2022 ini Jurnal Konstitusi kembali hadir menyuguhkan karya terbaru yang membahas sejumlah persoalan seputar hukum dan ketatanegaraan. Sebagaimana diketahui bahwa Jurnal Konstitusi merupakan sarana media keilmuan di bidang hukum konstitusi dan ketatanegaraan dari hasil penelitian atau kajian konseptual. Berikut ini 10 (sepuluh) artikel dengan isu utama mengenai implementasi konstitusi, putusan Mahkamah Konstitusi, dan berbagai isu ketatanegaraan yang berkembang secara global.

Artikel pertama berjudul “Prinsip Isonomi Di Indonesia: Filosofi, Makna, Dan Perbandingan” oleh Aan Efendi. Dalam artikel ini penulis menuangkan gagasannya mengenai prinsip isonomi yang tertuang dalam Pasal 28D ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan undang-undang turunannya. Prinsip ini dalam pengaturannya menimbulkan implikasi pada persoalan filosofi dan makna prinsip isonomi tersebut dan membandingkannya dengan prinsip isonomi dalam hukum Inggris yang berdasar *rule of law*. Dalam tulisan ini ditegaskan bahwa prinsip isonomi secara filosofis di Indonesia diterapkan berdasarkan keadilan distributif dengan perlakuan yang sama di hadapan hukum. Melalui tulisan ini hendak ditegaskan kembali bahwa prinsip isonomi tidak berlaku secara seragam kepada setiap orang melainkan didistribusikan sesuai kelas, kedudukan, prestasi atau fungsi tertentu dari dalam tatanan sosialnya.

Artikel kedua berjudul “Teori Utilitarianisme Jeremy Bentham: Tujuan Hukum Atau Metode Pengujian Produk Hukum?” oleh Endang Pratiwi, Theo Negoro, dan Hassanain Haykal. Penulis dalam artikel ini mengkaji tentang perspektif dalam Teori Utilitarianisme Jeremy Bentham yang menekankan pada kemanfaatan bersama-sama dengan kenikmatan, kebahagiaan, dan kesenangan merupakan dimensi batu uji dari perhitungan *pleasure* (kemanfaatan, kenikmatan, kesenangan, kebahagiaan, dan lain-

lain) dan *pain* (rasa sakit, rasa takut, rasa tidak nyaman, dan lain-lain) yang lebih tepat dijadikan sebagai metode evaluasi peraturan produk hukum daripada menjadi tujuan hukum. Namun kenyataannya di Indonesia kemanfaatan sebagai tujuan hukum menjadi suatu keyakinan di dalam pergaulan hukum Indonesia hal ini berimbas pada argumentasi bahwa kemanfaatan bukanlah tujuan hukum. Kemanfaatan dipandang sebagai bagian dari variabel perhitungan *pleasure* dan *pain* untuk melakukan metode evaluasi produk hukum, sehingga dapat menentukan apakah kepastian hukum di dalam suatu produk perundang-undangan yang berkelanjutan ataupun tidak. Melalui tulisan ini ditawarkan perlunya untuk melihat keberlanjutan dari kepastian hukum suatu produk hukum yang tidak hanya berhenti pada penetapan suatu produk hukum, tetapi juga harus dievaluasi bagaimana kedayagunaannya di dalam masyarakat untuk dapat dijadikan sebagai acuan mengenai keberlanjutan dari produk hukum tersebut.

Artikel ketiga berjudul “Anomali Asas Non-Retroaktif Dalam Kejahatan Genosida, Bertentangan Dengan HAM?” oleh Nurhidayatulloh, Akhmad Idris, Rizka Nurliyantika. Artikel ini berisi kajian terkait pengabaian asas non-retroaktif dalam UU Pengadilan HAM dan sejauh mana waktu pemberlakuan “retroaktif” bisa diterapkan dalam kasus kejahatan genosida. Kejahatan genosida yang diatur dalam Statuta Roma 1998 merupakan salah satu tindak pidana internasional paling serius yang dalam ketentuan konvensi dan Statuta Roma tidak diperbolehkan adanya retroaktif. Berbeda dengan pengaturan di Indonesia retroaktif diatur melalui Undang-Undang Pengadilan HAM dan diperkuat melalui putusan Mahkamah Konstitusi. Melalui tulisan ini ditegaskan bahwa pengabaian asas non-retroaktif bertentangan dengan hukum internasional dan HAM, sementara Mahkamah Konstitusi dalam putusannya telah menjaga hak asasi manusia dengan melanggar hak asasi manusia dengan cara mencampur adukkan kata “dikurangi” dalam pasal 28I Ayat (1) dan kata “dibatasi” dalam Pasal 28J Ayat (2). Tulisan ini menemukan bahwa dalam kasus Genosida Mahkamah Konstitusi telah mempersempit makna dan cakupan asas non-retroaktif dalam ruang lingkup batas negara, tidak melihat konteks yang lebih luas yakni hukum internasional yang mencakup perjanjian internasional, yurisprudensi, dan hukum kebiasaan internasional sehingga dapat ditemukan sumber hukum lain yang berlaku secara universal yang dapat diterapkan di Indonesia.

Artikel selanjutnya oleh Dian Ayu Widya Ningrum, Al Khanif, dan Antikowati dengan judul “Format Ideal Tindak Lanjut Putusan Mahkamah Konstitusi Untuk Mengintensifkan Asas Erga Omnes” Artikel ini mengkaji format ideal implementasi asas *erga omnes* dalam Putusan Mahkamah Konstitusi terhadap uji materi undang-undang. Asas *erga omnes* dimaksudkan untuk menjamin perlindungan hak asasi manusia (HAM). Dalam tulisan ini ditemukan bahwa faktanya asas *erga omnes* tidak dapat terimplementasikan dengan baik karena *gap* antara *adressat* dengan putusan Mahkamah Konstitusi yang berakibat pada ketidakseragaman implementasi putusan Mahkamah Konstitusi dengan Lembaga negara lainnya yang berdampak pada turunnya marwah asas *erga omnes*. Tulisan ini menawarkan perlu adanya sistem ideal guna memperbaiki penerapan putusan Mahkamah Konstitusi yang tidak sesuai dengan asas *erga omnes* melalui upaya kerja sama antara Mahkamah Konstitusi dan lembaga

negara lainnya atau *adressat* putusan dalam mengimplementasikannya. Upaya kerjasama tersebut dapat dilakukan dengan penerapan *judicial deferral* dan pemberian jangka waktu penindaklanjutan putusan yang diberlakukan terhadap para *adressat* sebagai representasi penentu batasan dan kepastian hukum.

Artikel kelima oleh Bagus Surya Prabowo dan Wiryanto dengan judul “Konsistensi Pembuatan Norma Hukum Dengan Doktrin Judicial Activism dalam Putusan Judicial Review” Artikel ini berisi penjelasan terhadap konsistensi Mahkamah Konstitusi dalam membuat norma hukum baru dengan menggunakan doktrin *judicial activism* serta menjelaskan faktor – faktor yang mendasari konsistensi MK dalam membuat norma hukum baru melalui penelitian yuridis normatif dengan menjelaskan asas, prinsip, dan analisis putusan yang saling berkaitan. Melalui penerbitan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 5/PUU-V/2007 dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 53/PUU-XV/2017 terlihat ketidakkonsistenan Mahkamah Konstitusi yang hanya mengabulkan dan membuat norma hukum baru pada satu perkara, akan tetapi menolak membuat norma baru pada perkara lainnya meskipun kedua perkara tersebut telah menimbulkan diskriminasi dan membatasi partisipasi masyarakat dalam politik. Adapun melalui tulisan disebutkan terdapat tiga faktor yang mempengaruhi ketidakkonsistenan Mahkamah Konstitusi diantaranya: *pertama*, faktor yurisprudensi yang selalu menolak dan berpendapat bahwa *presidential threshold* termasuk *open legal policy*, *kedua*, faktor dalil dan substansi permohonan yang tidak dapat meyakinkan mayoritas hakim MK, dan *ketiga* faktor paradigma berpikir hakim bahwa MK merupakan *negative legislator* yang tidak dapat bertindak sebagai *positive legislator* kecuali dalam keadaan tertentu dan jika diperlukan.

Artikel keenam oleh Faiz Rahman dengan judul “Penerapan Klausul Bersyarat Dalam Putusan Pengujian Formil Undang-Undang” Dalam artikel ini dikaji mengenai penerapan klausul bersyarat dalam putusan pengujian formil undang-undang melalui terbitnya putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 91/PUU-XVIII/2020 sebagai putusan pertama yang mengabulkan pengujian formil sekaligus putusan pengujian formil pertama yang menggunakan model inkonstitusional bersyarat. Dalam pengujian formil yang dinyatakan inkonstitusional adalah pembentukan undang-undangnya, bukan substansi undang-undang. Hal tersebut berdampak pada adanya perbedaan model klausul bersyarat yang digunakan dalam pengujian formil. Dalam tulisan ini memiliki maksud untuk menggali lebih dalam mengenai penerapan dan implikasi klausul bersyarat dalam pengujian formil. Terdapat tiga poin amar yang kemungkinan besar akan selalu menyertai klausul inkonstitusional bersyarat, yakni: perintah untuk memperbaiki proses pembentukan undang-undang dalam jangka waktu tertentu; pernyataan mengenai jangka waktu sementara berlakunya undang-undang; dan pernyataan bahwa undang-undang akan menjadi inkonstitusional permanen apabila tidak dilakukan perubahan. Melalui tulisan ini disimpulkan bahwa Mahkamah Konstitusi perlu merefleksikan kembali penggunaan klausul bersyarat dalam Putusan uji formil UU Cipta Kerja dan pendiriannya dalam berbagai putusan pengujian UU Cipta Kerja setelahnya. Hal ini mengingat terdapat perbedaan implikasi dari penggunaan klausul bersyarat dalam pengujian formil dibandingkan dengan



pengujian materiil. Dalam konteks pengujian materiil, klausul bersyarat dapat 'langsung dilaksanakan' berdasarkan 'norma baru' yang dirumuskan dalam putusan Mahkamah Konstitusi. Sedangkan dalam pengujian formil, satu-satunya cara untuk memastikan bahwa pembentukan undang-undang menjadi konstitusional melalui perbaikan proses pembentukan. Hal tersebut tentu tidak bisa dilakukan sendiri oleh Mahkamah Konstitusi karena kewenangan pembentukan undang-undang ada pada DPR dan Presiden, karena itu perlu direfleksikan kembali apakah model putusan bersyarat ini tepat digunakan dalam konteks pengujian formil.

Artikel ketujuh berjudul "*Human Rights and Constitutionality Issues Of Blasphemy Law in Indonesia*" oleh Ismail Hasani dan Halili. Artikel ini mengkaji perihal isu HAM dan konstitusionalitas Undang-Undang Penodaan Agama dalam studi konstitusi yang mempersyaratkan dalam konstitusionalisme penghormatan terhadap HAM dan demokrasi untuk tegaknya supremasi konstitusi. Tulisan ini menemukan fakta bahwa Hukum penodaan agama di Indonesia secara *inheren* melanggar hak asasi manusia serta rawan politisasi yang meletakkan minoritas agama dalam kerentanan. Ketentuan pokok hukum yang mengatur tentang pembedaan penodaan agama telah diuji konstitusionalitasnya oleh Mahkamah Konstitusi dengan amar putusan menolak permohonan pemohon. Dalam tulisan ini menggarisbesarkan bahwa faktanya persoalan konstitusionalitas dalam putusan tersebut tetap ada dikarenakan Mahkamah Konstitusi telah melakukan afirmasi konstitusi religius yang justru mengabaikan HAM sebagaimana Indonesia adalah negara Pancasila yang menjunjung Hak Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan yang telah dijamin oleh UUD NRI 1945.

Artikel kedelapan berjudul "Relevansi Teori *Oplossing* Dalam Penanganan Sengketa Terkait Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah Di Peradilan Tata Usaha Negara" oleh Paulus Rudy Calvin Sinaga dan Anna Erliyana. Artikel ini membahas tentang penerapan teori *oplossing* yang terkait dengan gugatan sengketa pengadaan barang atau jasa Pemerintah dinilai melebur dalam ranah perdata berakibat pada Peradilan Tata Usaha Negara diasumsikan tidak memiliki kewenangan dalam menangani sengketa tersebut. Tulisan ini mengkomparasikan antara praktik penanganan perkara pengadaan barang dan jasa pemerintah di Pengadilan Tata Usaha Negara Indonesia, Mahkamah Konstitusi, dan Peradilan Administrasi Perancis. Tulisan ini menyimpulkan bahwa terdapat ketidakkonsistenan di Pengadilan Tata Usaha Negara Indonesia terkait penafsiran teori *oplossing* pasca berlakunya Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, sedangkan di Perancis, penggugat dapat mengajukan gugatan dalam bentuk pembatalan keputusan administrasi terkait pengadaan barang dan jasa pemerintah atau gugatan ganti rugi. Implikasi ditiadakannya teori *oplossing* ialah dimungkinkannya pihak ketiga mengajukan gugatan ganti rugi terhadap sengketa pengadaan barang dan jasa pemerintah di peradilan tata usaha negara sesuai dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 22/PUU-XVI/2018 mengenai tenggang waktu pengajuan gugatan oleh pihak ketiga. Tulisan ini mengusulkan perlu diterapkan konsep sinkronisasi antara kewenangan KPPU dan peradilan tata usaha negara Indonesia sehingga seharusnya upaya keberatan terhadap Putusan KPPU berkaitan dengan pengadaan publik diajukan ke peradilan tata usaha negara



dan bukan terhadap pengadilan niaga yang hanya berwenang menangani keberatan terhadap Putusan KPPU yang tidak melibatkan Pemerintah.

Artikel kesembilan dengan judul “Kerangka Ideal Lembaga Penyelenggara Pemilihan Kepala Desa” oleh Ahmad Yani. Artikel ini mengkaji persoalan tentang penataan Pemilihan Kepala Desa (Pilkades) yang saat ini masih lemah dikarenakan tidak disebut secara eksplisit dalam konstitusi serta desain kelembagaan penyelenggara *ad hoc* Pemilihan Kepala Desa masih belum melibatkan Komisi Pemilihan Umum Kabupaten (KPU) Kabupaten dan Badan Pengawas Pemilu (Bawaslu) sebagai bagian dari penyelenggara dan proses penegakan hukum pelanggaran Pilkades belum ditegakkan secara konsisten. Tulisan ini merumuskan bentuk kelembagaan penyelenggaraan Pemilihan Kepala Desa (Pilkades) serta meninjau penataan penegakan pelanggaran hukum Pilkades. Dalam konteks penataan Pilkades dalam sistem ketatanegaraan di Indonesia dengan cara: *pertama*, menguatkan kedudukan dengan memasukkan Pilkades sebagai salah satu rezim pemilihan di Indonesia, *kedua*, perlu adanya restrukturisasi kelembagaan *ad hoc* penyelenggara Pilkades dengan memasukkan KPU Kabupaten dan Bawaslu Kabupaten sebagai bagian dari penyelenggara, dan *ketiga*, perlunya konsistensi penegakan hukum untuk menciptakan penyelenggaraan Pilkades yang berintegritas. Dalam tulisan ini ditegaskan bahwa diperlukan kebijakan lebih khusus untuk menata Pilkades di Indonesia secara menyeluruh. Selain itu, diharapkan adanya kajian lebih lanjut dari para akademisi dan praktisi untuk merumuskan penataan Pilkades di masa mendatang.

Artikel terakhir pada edisi Juni 2022 ini berjudul “Peran Mahkamah Konstitusi dalam Perlindungan Hak Politik Mantan Terpidana” oleh Agusniwan Etra. Artikel ini membahas tentang dinamika konstitusional aturan keterlibatan mantan terpidana dalam kontestasi politik melalui putusan-putusan Mahkamah Konstitusi. Penulis mengungkapkan bahwa sedari awal aturan keterlibatan mantan terpidana dalam kontestasi politik telah dinyatakan inkonstitusional bersyarat, namun persyaratan dan penerapan persyaratannya mengalami perkembangan dalam putusan-putusan selanjutnya. Mahkamah pernah menetapkan empat syarat konstitusional norma larangan tersebut secara kumulatif berupa tidak dicabut hak pilihnya oleh putusan pengadilan; terbatas untuk jangka waktu 5 (lima) tahun; terbuka dan jujur mengakui sebagai mantan terpidana; dan bukan sebagai residivis. Mahkamah mengubah pendiriannya bahwa persyaratan tersebut berlaku alternatif jika terdapat pengakuan yang jujur dan terbuka sebagai mantan terpidana, maka syarat lain tidak diperlukan lagi. Namun dalam Putusan terakhirnya, Mahkamah mengembalikan keberlakuan empat syarat kumulatif sebelumnya.

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**

**A'an Efendi dan Freddy Poernomo**

**Prinsip Isonomi di Indonesia: Filosofi, Makna, dan Perbandingan**

Jurnal Konstitusi Vol. 19 No. 2 hlm. 247-268

Pengaturan prinsip isonomi dalam Pasal 28D Ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan undang-undang turunannya yang tanpa penjelasan maknanya berimplikasi pada kesalahpahaman memaknainya. Penelitian ini mencari jawaban mengenai persoalan filosofi dan makna prinsip isonomi tersebut dan membandingkannya dengan prinsip isonomi dalam hukum Inggris yang berdasar *rule of law*. Menggunakan penelitian teoretis diperoleh tiga jawaban. Kontrak sosial yang berisi kesepakatan penyerahan hak alamiah melakukan penegakan hukum oleh individu-individu kepada negara dan menempatkan individu-individu pada posisi dan perlakuan yang sama dalam penegakan hukum oleh negara menjadi filosofi prinsip isonomi. Prinsip isonomi di Indonesia berdasar pada keadilan distributif di mana perlakuan yang sama di hadapan hukum berarti proporsional dengan memperhatikan kelas, kedudukan, prestasi, dan fungsi orang dalam tatanan sosial. Dalam hukum Inggris, prinsip isonomi berdasar pada keadilan komutatif di mana semua orang tanpa dilihat kelas, kedudukan, status sosial, atau fungsinya, mereka berada di bawah hukum dan peradilan yang sama.

**Kata Kunci:** Keadilan Distributif; Kontrak Sosial; Prinsip Isonomi.

**A'an Efendi dan Freddy Poernomo**

***Principle of Isonomy in Indonesia: Philosophy, Meaning, and Comparison***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 19 No. 2*

*The regulation of the principle of isonomy in Article 28D paragraph (1) of the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia and its derivative laws without an explanation of its meaning has implications for misunderstanding what it means. This study seeks answers to the philosophical question and the meaning of the isonomy principle and compares it with the isonomy principle in English law which is based on the rule of law. Using theoretical research, three answers were obtained. The social contract which contains an agreement on the surrender of natural rights to enforce law by individuals to the state and places individuals in the same position and treatment in law enforcement by the state becomes a philosophy of isonomy principles. The principle of isonomy in Indonesia is based on distributive justice where equal treatment before the law means proportionality with regard to people's class, position, achievements, and functions of people in the social order. In English law, the principle of isonomy is based on commutative justice where all people regardless of class, position, social status or function, they are under the same law and justice.*

**Keywords:** *distributive justice; principle of isonomy; social contracts.*

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

**Endang Pratiwi, Theo Negoro, dan Hassanain Haykal**

**Teori Utilitarianisme Jeremy Bentham: Tujuan Hukum atau Metode Pengujian Produk Hukum?**

Jurnal Konstitusi Vol. 19 No. 2 hlm. 269-293

Kemanfaatan sebagai tujuan hukum menjadi suatu keyakinan di dalam pergaulan hukum Indonesia, padahal di dalam literturnya, Bentham menyiratkan bahwa kemanfaatan bersama-sama dengan kenikmatan, kebahagiaan, dan kesenangan merupakan dimensi batu uji dari perhitungan *pleasure* dan *pain*, yang lebih tepat dijadikan sebagai metode evaluasi peraturan produk hukum daripada menjadi tujuan hukum. Oleh sebab itu, penelitian ini mencoba untuk membedah konsep teori utilitarianisme dari Bentham, serta mencari posisi konsep utilitarianisme Bentham di dalam faset pemikiran ilmu hukum. Kesimpulan dari penelitian ini adalah argumentasi bahwa kemanfaatan bukanlah tujuan hukum. Kemanfaatan merupakan bagian dari variabel perhitungan *pleasure* dan *pain* untuk melakukan metode evaluasi produk hukum, sehingga dapat menentukan apakah kepastian hukum di dalam suatu produk perundang-undangan berkelanjutan atau tidak. Lebih lanjut, teori utilitarianisme Bentham mengambil tesis separabilitas dan tesis reduktif, selayaknya titik berdiri aliran positivisme hukum, sehingga teori utilitarianismenya Bentham bukan merupakan aliran pemikiran yang berdiri secara mandiri, melainkan faset pemikiran dari aliran positivisme hukum.

**Kata Kunci:** Jeremy Bentham; Kemanfaatan; Teori Utilitarianisme; Tujuan Hukum.

**Endang Pratiwi, Theo Negoro, dan Hassanain Haykal**

***Jeremy Bentham's Utilitarianism Theory: Legal Purpose or Methods of Legal Products Examination?***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 19 No. 2*

*Utility as a legal purpose has become a belief in Indonesia. In his literature, Bentham implies that utility are the dimension of the calculation of pleasure and pain, which is more appropriate to be used as a method of evaluating laws and regulations, rather than for legal purposes. This study tries to dissect the concept of Bentham's utilitarianism theory, and to find its position in the facet of legal thought. The conclusion of this study explains why utility is not a legal purpose. Utility is part of the calculation variables for evaluating legal product evaluation methods, so as to determine whether legal certainty in a legal product is sustainable or not. Furthermore, Bentham's theory of utilitarianism takes the separability thesis and the reductive thesis, as its standpoint of legal positivism, therefore Bentham's utilitarianism theory is not an independent school of thought, but a facet of legal positivism.*

**Keywords:** *Jeremy Bentham; Legal Purpose; Utilitarianism Theory; Utility.*

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

**Nurhidayatulloh, Akhmad Idris, Rizka Nurliyantika, dan Fatimatuz Zuhro**

**Anomali Asas Non-Retroaktif dalam Kejahatan Genosida, Bertentangan dengan HAM?**

Jurnal Konstitusi Vol. 19 No. 2 hlm. 294-313

Kejahatan genosida merupakan salah satu tindak pidana internasional paling serius yang terdapat dalam Statuta Roma 1998. Sebelumnya, genosida diatur di dalam Konvensi Kejahatan Genosida tahun 1948 yang berlaku 12 Januari 1951. Di Indonesia, kejahatan Genosida juga diatur di dalam Undang-Undang Pengadilan HAM. Dalam konvensi dan Statuta Roma tidak diperbolehkan adanya retroaktif, namun demikian retroaktif muncul dalam Undang-Undang Pengadilan HAM dan diperkuat melalui Putusan MK. Penelitian ini berfokus pada pengabaian asas non-retroaktif dalam UU Pengadilan HAM dan sejauh mana waktu pemberlakuan “retroaktif” bisa diterapkan dalam kasus kejahatan ini. Metode yang digunakan dalam penelitian ini adalah metode hukum normatif dengan pendekatan perundang-undangan dan kasus. Hasil penelitian menunjukkan bahwa mengabaikan asas non-retroaktif bertentangan dengan hukum internasional dan HAM. Sementara Putusan MK yang menguatkan retroaktif dapat dimaknai bahwa MK menjaga HAM sekaligus melanggar HAM dengan kurang cermatnya menafsirkan kata “dikurangi” dan “pembatasan” dalam Pasal 28J UUD 1945.

**Kata Kunci:** Asas Non-retroaktif; Genosida; Putusan Mahkamah Konstitusi; Statuta Roma; Pengadilan HAM.

**Nurhidayatulloh, Akhmad Idris, Rizka Nurliyantika, dan Fatimatuz Zuhro**

***The Anomaly of the Non-Retrospective Principle in the Crime of Genocide, Is It against Human Rights?***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 19 No. 2*

*The crime of genocide is one of the most serious international crimes stipulated in the Rome Statute. Previously, genocide was regulated in the Convention on Genocide entered into force on 12 January 1951. The convention and the Rome Statute do not allow retroactivity. However, retroactivity appears in the Indonesian Law on the Human Rights Court and is strengthened through the Indonesian Constitutional Court's Decision. This study focuses on the neglect of the non-retroactive principle in the Law on Human Rights Courts and the extent to which the retroactive period. This research uses normative-legal method with a statutory and case approaches. The result shows that ignoring the non-retroactive principle is contrary to international law and international human rights regulations. Hence, the Constitutional Court's decision that strengthens retroactivity can be interpreted that the Court maintains human rights while at the same time violates human rights by not accurately interpreting the word “derogation” and “limitation” in Article 28J of the 1945 Constitution.*

**Keywords:** *Constitutional Court Decision; Genocide; Indonesian Human Rights Court; Non-Retrospective Principle; Rome Statute.*

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

**Dian Ayu Widya Ningrum, Al Khanif, dan Antikowati**

**Format Ideal Tindak Lanjut Putusan Mahkamah Konstitusi untuk Mengefektifkan Asas *Erga Omnes***

Jurnal Konstitusi Vol. 19 No. 2 hlm. 314-358

Artikel ini bertujuan menemukan format ideal implementasi asas *erga omnes* dalam Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) terhadap uji materi undang-undang. Asas *erga omnes* dimaksudkan untuk menjamin perlindungan hak asasi manusia (HAM). Namun faktanya, *erga omnes* tidak dapat terimplementasikan dengan baik karena gap antara *adressat* dengan putusan MK. Persoalan ini mengakibatkan ketidakseragaman implementasi putusan MK dengan lembaga negara lainnya yang berdampak turunnya marwah asas *erga omnes*. Perlu adanya sistem ideal untuk memperbaiki penerapan putusan MK yang sesuai dengan asas *erga omnes*. Hasil penelitian menunjukkan bahwa untuk mengoptimalkan asas *erga omnes* diperlukan upaya kerja sama antara MK dan lembaga negara lainnya atau *adressat* putusan dalam mengimplementasikannya. Salah satunya dengan menunjuk langsung lembaga negara yang berwenang dalam pertimbangan putusan untuk menindaklanjutinya. Hal ini dapat dikombinasikan dengan penerapan *judicial deferral* dan pemberian tenggat waktu penindaklanjutan putusan yang diberlakukan terhadap para *adressat* sebagai representasi penentu batasan dan kepastian hukum.

**Kata Kunci:** *Erga Omnes*; Mahkamah Konstitusi; Penegakan; Putusan.

**Dian Ayu Widya Ningrum, Al Khanif, dan Antikowati**

***The Ideal Format of the Enforcement of the Constitutional Court's Decision to Implement the Principle of Erga Omnes***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 19 No. 2*

*This article aims to find the ideal format to implement the Constitutional Court (MK) decision through the principle of erga omnes. The erga omnes aims to guarantee the protection of human rights for all citizens. However, the principle of erga omnes cannot be implemented properly due to the gap between adressat and the verdict issued by the MK. This inconsistency and disobedient will result in decline of the erga omnes. An ideal system is needed to improve the application of the Constitutional Court's decisions in accordance with the principle of erga omnes. The results showed that to maximize the principle of erga omnes requires cooperation between the MK and other state institutions or adressat. This can be combined with the implementation of judicial deferral and the provision of deadlines for the follow-up of decisions imposed on adressat as a representation of determining legal boundaries and certainty.*

**Keywords:** *Constitutional Court; Enforcement; Erga Omnes; Verdic*



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

**Bagus Surya Prabowo dan Wiryanto**

**Konsistensi Pembuatan Norma Hukum dengan Doktrin *Judicial Activism* dalam Putusan *Judicial Review***

Jurnal Konstitusi Vol. 19 No. 2 hlm. 359-380

Penelitian ini bermaksud menjelaskan konsistensi Mahkamah Konstitusi (MK) dalam membuat norma hukum baru dengan menggunakan doktrin *judicial activism* serta menjelaskan faktor – faktor yang mendasari konsistensi MK dalam membuat norma hukum baru melalui penelitian yuridis normatif dengan menjelaskan asas, prinsip, dan analisis putusan yang saling berkaitan. Penelitian ini berkesimpulan bahwa MK tidak konsisten karena hanya mengabulkan dan membuat norma hukum baru pada Putusan MK Nomor 5/PUU-V/2007. Sedangkan pada Putusan MK Nomor 53/PUU-XV/2017, MK menolak membuat norma baru meskipun dua perkara tersebut sama – sama menimbulkan diskriminasi dan membatasi partisipasi masyarakat dalam politik. Faktor ketidakkonsistenan tersebut diantaranya: 1) faktor yurisprudensi yang selalu menolak dan berpendapat bahwa *presidential threshold* termasuk *open legal policy*, 2) faktor dalil dan substansi permohonan yang tidak dapat meyakinkan mayoritas hakim MK, dan 3) faktor paradigma berpikir hakim bahwa MK merupakan *negative legislator* yang tidak dapat bertindak sebagai *positive legislator* kecuali dalam keadaan tertentu dan jika diperlukan.

**Kata kunci:** Judicial Activism; Judicial Review; Kebijakan Hukum Terbuka; Norma Hukum Baru; Positive Legislature.

**Bagus Surya Prabowo dan Wiryanto**

***Consistency of Making Legal Norms with Judicial Activism Doctrine in Judicial Review Decisions***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 19 No. 2*

*This study intends to explain the consistency of the Constitutional Court (MK) in making new legal norms by using the doctrine of judicial activism and to explain the factors that underlie the consistency of the Constitutional Court in making new legal norms through normative juridical research by explaining the principles, principles, and analysis of interrelated decisions. This study concludes that the Constitutional Court is inconsistent because it only grants and makes new legal norms in the Constitutional Court Decision Number 5/PUU-V/2007. Meanwhile, in the Constitutional Court's Decision Number 53/PUU-XV/2017, the Constitutional Court refused to make a new norm even though the two cases created discrimination and limited public participation in politics. The inconsistency factors include: 1) jurisprudence factors, 2) the application cannot convince the majority of the judges of the Constitutional Court, and 3) the paradigm factor of judges.*

**Keywords:** *Judicial Activism; Judicial Review; New Legal Norm; Open Legal Policy; Positive Legislature.*



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

**Faiz Rahman**

**Penerapan Klausul Bersyarat dalam Putusan Pengujian Formil Undang-Undang**

Jurnal Konstitusi Vol. 19 No. 2 hlm. 381-405

Putusan Mahkamah Konstitusi No. 91/PUU-XVIII/2020 merupakan putusan pertama yang mengabulkan pengujian formil sekaligus menjadi putusan pengujian formil pertama yang menggunakan model inkonstitusional bersyarat. Sedikit berbeda dengan pengujian materiil, dalam pengujian formil yang dinyatakan inkonstitusional adalah pembentukan undang-undangnya, bukan substansi undang-undang. Hal tersebut berdampak pada adanya perbedaan model klausul bersyarat yang digunakan dalam pengujian formil. Penelitian ini bermaksud menggali lebih dalam mengenai penerapan dan implikasi penggunaan klausul bersyarat dalam pengujian formil. Penelitian ini menunjukkan bahwa terdapat tiga poin amar yang kemungkinan besar akan selalu menyertai klausul inkonstitusional bersyarat, yakni: perintah untuk memperbaiki proses pembentukan undang-undang dalam jangka waktu tertentu; pernyataan mengenai jangka waktu sementara berlakunya undang-undang; dan pernyataan bahwa undang-undang akan menjadi inkonstitusional permanen apabila tidak dilakukan perubahan. Kendati demikian, dengan memperhatikan desain pengujian formil dalam UU MK dan implikasi putusan inkonstitusional bersyarat dalam pengujian formil, perlu direfleksikan kembali apakah model putusan bersyarat ini tepat digunakan dalam konteks pengujian formil.

**Kata Kunci:** Inkonstitusional Bersyarat; Klausul Bersyarat; Mahkamah Konstitusi; Pengujian formil undang-undang.

**Faiz Rahman**

***Application of Conditionally Clauses in a Formal Constitutional Review Decision***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 19 No. 2*

*Constitutional Court Decision No. 91/PUU-XVIII/2020 became the first formal review decision granting the submission and using a conditionally unconstitutional model. Slightly different from material review, in a formal review, what is declared unconstitutional is the procedure. Consequently, it affects the differences in applying conditionally clauses in a formal review. This research explores the conditionally clauses model used in formal review and its implication. Furthermore, this research illustrates those three clauses are likely always accompanied the conditionally unconstitutional ruling, namely: order to lawmakers to revise the law-making process in a specific period; statement regarding the transitional period of the enforcement of the Law; and statement that the Law will become permanently unconstitutional if no changes are made. Nevertheless, considering the design of formal review in the Constitutional Court Law and implications of conditionally decision in formal review, the appropriateness of conditionally decision model for formal constitutional review need to be reconsidered.*

**Keywords:** *Conditionally Clause; Conditionally unconstitutional; Constitutional Court; Formal Constitutional Review.*

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

**Ismail Hasani dan Halili**

***Human Rights and Constitutionality Issues of Blasphemy Law in Indonesia***

Jurnal Konstitusi Vol. 19 No. 2 hlm. 406-430

*This article analyzes human rights and constitutionality issues in the Indonesian Blasphemy Law. It contributes urgently to constitutional studies since constitutionalism requires respect for human rights and democracy obliges to uphold the supremacy of the constitution. This article was written as the results of research through the desk-study using descriptive-qualitative approach. Data were collected through document study and Internal Focus Group Discussion. Indonesia's blasphemy laws inherently violate human rights and are prone to politicization which places religious minorities in vulnerability, while the main legal provisions that criminalize blasphemy have been tested for their constitutionality dimensions by the Constitutional Court. However, the constitutionality issue remains, partly because the Constitutional Court affirmed a religious constitution whereas the Republic of Indonesia is a Pancasila based state. In addition, the Constitutional Court ignores human rights, particularly the right to freedom of religion/belief as guaranteed by the constitution.*

**Keywords:** *Blasphemy Law; Constitutional Court; Judicial Review.*

**Ismail Hasani dan Halili**

**Persoalan Hak Asasi Manusia dan Konstitusionalitas Hukum Penodaan Agama di Indonesia**

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 19 No. 2*

Artikel ini menganalisis persoalan HAM dan konstitusionalitas dalam UU Penodaan Agama. Studi ini urgen dalam studi konstitusi sebab konstitusionalisme mempersyaratkan penghormatan terhadap HAM dan demokrasi mengharuskan tegaknya supremasi konstitusi. Artikel ini merupakan hasil penelitian melalui *desk-study* menggunakan pendekatan deskriptif-kualitatif. Pengumpulan data dilakukan dengan studi dokumen dan *Internal Focus Group Discussion*. Analisis data dilakukan dengan teknik analisis data kualitatif, sedangkan pengujian keabsahannya dilakukan dengan teknik *cross-check*. Hukum penodaan agama di Indonesia secara inheren melanggar hak asasi manusia serta rawan politisasi yang meletakkan minoritas agama dalam kerentanan. Namun ketentuan-ketentuan pokok hukum yang memidanakan penodaan agama ini telah diuji dimensi konstitusionalitasnya oleh Mahkamah Konstitusi. MK menolak permohonan para pemohon. Namun demikian, persoalan konstitusionalitas dalam putusan tersebut tetap ada, sebab MK mengafirmasi konstitusi religius padahal Indonesia adalah negara Pancasila. Selain itu, MK mengabaikan HAM, khususnya hak atas Kebebasan Beragama/Berkeyakinan yang dijamin oleh UUD NRI 1945.

**Kata Kunci:** Hukum penodaan agama; Mahkamah Konstitusi; Pengujian Undang-Undang.

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

**Paulus Rudy Calvin Sinaga dan Anna Erliyana**

**Relevansi Teori *Oplossing* dalam Penanganan Sengketa Terkait Keputusan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah**

Jurnal Konstitusi Vol. 19 No. 2 hlm. 431-455

Peradilan Tata Usaha Negara Indonesia telah menerapkan teori *oplossing* dimana gugatan terkait sengketa pengadaan barang atau jasa pemerintah dinilai melebur dalam ranah perdata sehingga diasumsikan tidak berwenang dalam menangani sengketa tersebut. Penelitian ini merupakan penelitian yuridis normatif dengan membandingkan antara praktik penanganan perkara pengadaan barang dan jasa pemerintah di Peradilan Tata Usaha Negara Indonesia, Mahkamah Konstitusi, dan Peradilan Administrasi Perancis. Penelitian menunjukkan adanya ketidakkonsistenan di pengadilan tata usaha negara Indonesia terkait penafsiran teori *oplossing* pasca berlakunya Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, sedangkan di Perancis, penggugat dapat mengajukan gugatan dalam bentuk pembatalan keputusan administrasi terkait pengadaan barang dan jasa pemerintah atau gugatan ganti rugi. Implikasi ditiadakannya teori *oplossing* ialah dimungkinkannya pihak ketiga mengajukan gugatan ganti rugi terhadap sengketa pengadaan barang dan jasa pemerintah di peradilan tata usaha negara sesuai dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 22/PUU-XVI/2018 mengenai tenggang waktu pengajuan gugatan oleh pihak ketiga.

**Kata Kunci:** Teori *Oplossing*; Peradilan Administrasi; Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.

**Paulus Rudy Calvin Sinaga dan Anna Erliyana**

***Relevance of Oplossing Theory in Handling Disputes to Government Procurement of Goods and Services Decision***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 19 No. 2*

*The Indonesian State Administrative Court has applied the *oplossing* theory, where claims related to disputes over the procurement of government goods or services are considered to be merged in the civil realm so that they are assumed to be not authorized to handle the dispute. This research is normative juridical research by comparing the practice of handling cases of government procurement of goods and services in the Indonesian State Administrative Court, the Constitutional Court, and the French Administrative Court. Research shows that there are inconsistencies in the Indonesian state administrative court regarding the interpretation of the *oplossing* theory after the enactment of Law Number 30 of 2014 concerning Government Administration, while in France, the plaintiff can file a lawsuit in the form of annulment of administrative decisions related to the procurement of government goods and services or a compensation claim. The implication of eliminating the *oplossing* theory is that a third party can file a claim for compensation against a dispute over the procurement of government goods and services in the state administrative court in accordance with the Constitutional Court Decision Number 22/PUU-XVI/2018 regarding the grace period for filing a lawsuit by a third party.*

**Keywords:** *Oplossing Theory; Administrative Justice; Government Procurement of Goods/Services.*

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

**Ahmad Yani**

**Penataan Pemilihan Kepala Desa dalam Sistem Ketatanegaraan di Indonesia**

Jurnal Konstitusi Vol. 19 No. 2 hlm. 456-478

Penataan Pilkades saat ini mengalami permasalahan seperti kedudukan Pilkades masih lemah karena tidak disebut secara eksplisit dalam konstitusi, desain kelembagaan penyelenggara *ad hoc* Pilkades masih belum ideal karena tidak melibatkan Komisi Pemilihan Umum (KPU) Kabupaten dan Badan Pengawas Pemilu (Bawaslu) sebagai bagian dari penyelenggara dan proses penegakan hukum pelanggaran Pilkades belum ditegakkan secara konsisten. Penelitian ini bertujuan untuk mengkaji penataan kedudukan Pilkades dalam sistem ketatanegaraan di Indonesia, dan merumuskan bentuk kelembagaan penyelenggara Pilkades, serta mengkaji penataan penegakan pelanggaran hukum Pilkades. Penelitian ini menggunakan penelitian hukum normatif-empiris melalui pendekatan konseptual, perundang-undangan, dan kasus. Hasil penelitian menunjukkan dibutuhkan penataan Pilkades dalam sistem ketatanegaraan di Indonesia dengan cara: *pertama*, menguatkan kedudukan dengan memasukkan Pilkades sebagai salah satu rezim pemilihan di Indonesia, *kedua* perlu adanya restrukturisasi kelembagaan *ad hoc* penyelenggara Pilkades dengan memasukkan KPU Kabupaten dan Bawaslu Kabupaten sebagai bagian dari penyelenggara, dan *ketiga* perlunya konsistensi penegakan hukum untuk menciptakan penyelenggaraan Pilkades yang berintegritas.

**Kata Kunci:** Kelembagaan Pemilihan Kepala Desa; Pemilihan Kepala Desa Penegakan Hukum; Rezim Pemilu dan Pemilihan Kepala Daerah.

**Ahmad Yani**

***Structuring the Election of Village Head in The Indonesian Constitutional System***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 19 No. 2*

*The current Pilkades arrangement is experiencing problems such as the position of the Pilkades is still weak because it is not explicitly mentioned in the constitution, the institutional design for ad hoc Pilkades is still not ideal because it does not involve the Regency General Election Commission (KPU) and the Election Supervisory Body (Bawaslu) as part of the organizers. This study aims to examine the arrangement of the position of the Indonesian Pilkades constitutional system, formulate the institutional form for organizing the Pilkades, as well as to examine the arrangement of law enforcement violations of the Pilkades. This research uses normative-empirical legal research through conceptual approach, legislation, and cases. The results of the study indicate that it is necessary to organize the Pilkades in the constitutional system in Indonesia in the following ways: first, strengthening the position by including Pilkades as one of the electoral regimes in Indonesia, second, it is necessary to restructure the ad hoc institutions for organizing the Pilkades by including the Regency KPU and Regency Bawaslu as part of the organizers, and third, the need for consistency in law enforcement to create the implementation of Pilkades with integrity.*

**Keywords:** *Village Head Election; Village Head Election Institution; Law Enforcement; Election Regime and Regional Head Election.*

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

**Agusniwan Etra**

**Peran Mahkamah Konstitusi dalam Perlindungan Hak Politik Mantan Terpidana**

Jurnal Konstitusi Vol. 19 No. 2 hlm. 476-502

Keterlibatan mantan terpidana dalam kontestasi politik memicu diskursus tentang hak asasi manusia dan perlindungannya oleh Mahkamah Konstitusi. Tulisan ini akan menjawab dinamika konstitusional aturan tersebut melalui putusan-putusan Mahkamah Konstitusi. Metode Penelitian dalam tulisan ini adalah penelitian hukum normatif. Hasilnya adalah bahwa sedari awal aturan tersebut telah dinyatakan inkonstitusional bersyarat, namun persyaratan dan penerapan persyaratannya mengalami perkembangan dalam putusan-putusan selanjutnya. Mahkamah pernah menetapkan empat syarat konstitusional norma larangan tersebut secara kumulatif berupa tidak dicabut hak pilihnya oleh putusan pengadilan; terbatas untuk jangka waktu 5 (lima) tahun; terbuka dan jujur mengakui sebagai mantan terpidana; dan bukan sebagai residivis. Mahkamah mengubah pendiriannya bahwa persyaratan tersebut berlaku alternatif jika terdapat pengakuan yang jujur dan terbuka sebagai mantan terpidana, maka syarat lain tidak diperlukan lagi. Namun dalam Putusan terakhirnya, Mahkamah mengembalikan keberlakuan empat syarat kumulatif sebelumnya.

**Kata Kunci:** Demokrasi; Hak Pilih; Narapidana; Mahkamah Konstitusi.

**Agusniwan Etra**

***The Role of the Constitutional Court in the Protection of the Political Rights of Ex-Convicts***

*The Indonesian Journal of Constitutional Law Vol. 19 No. 2*

*The involvement of ex-convicts in political contests sparked a discourse on human rights and their protection by the Constitutional Court. This paper will answer constitutional dynamics of these rules through the decisions of the Constitutional Court. This research uses normative-legal method. The result shows that since the beginning, the regulation has been declared conditionally unconstitutional, but the requirements and implementation of it have developed in subsequent decisions. The Court has determined four constitutional requirements cumulatively in the form of not being revoked by a court decision; limited to a period of 5 (five) years; admits being a former convict openly and honestly; and not as a recidivist. The Court changed its stance that the requirement applies alternatively if there is an honest and open acknowledgment as an ex-convict, then other conditions are no longer needed. However, in its final decision, the Court restored the validity of the previous four cumulative conditions.*

**Keywords:** *Convict; Constitutional Court; Democracy; Voting Rights.*



# **Prinsip Isonomi di Indonesia: Filosofi, Makna, dan Perbandingan**

## ***Principle of Isonomy in Indonesia: Philosophy, Meaning, and Comparation***

**A'an Efendi**

Fakultas Hukum Universitas Jember  
Jl. Kalimantan 37 Kampus Tegal Boto Kotak Pos 9 Jember 68121  
Email: aan\_efendi.fh@unej.ac.id

**Freddy Poernomo**

Fakultas Hukum Universitas Wijaya Kusuma Surabaya  
Jl. Dukuh Kupang XXV No. 54 Surabaya  
Email: f4poernomo@gmail.com

Naskah diterima: 18-08-2021 revisi: 20-05-2022 disetujui: 31-05-2022

### **Abstrak**

Pengaturan prinsip isonomi dalam Pasal 28D Ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan undang-undang turunannya yang tanpa penjelasan maknanya berimplikasi pada kesalahpahaman memaknainya. Penelitian ini mencari jawaban mengenai persoalan filosofi dan makna prinsip isonomi tersebut dan membandingkannya dengan prinsip isonomi dalam hukum Inggris yang berdasar *rule of law*. Menggunakan penelitian teoretis diperoleh tiga jawaban. Kontrak sosial yang berisi kesepakatan penyerahan hak alamiah melakukan penegakan hukum oleh individu-individu kepada negara dan menempatkan individu-individu pada posisi dan perlakuan yang sama dalam penegakan hukum oleh negara menjadi filosofi prinsip isonomi. Prinsip isonomi di Indonesia berdasar pada keadilan distributif di mana perlakuan yang sama di hadapan hukum berarti proporsional dengan memperhatikan kelas, kedudukan, prestasi, dan fungsi orang dalam tatanan sosial. Dalam hukum Inggris, prinsip isonomi berdasar pada keadilan komutatif di mana semua orang tanpa dilihat kelas, kedudukan, status sosial, atau fungsinya, mereka berada di bawah hukum dan peradilan yang sama.

**Kata Kunci:** Keadilan Distributif; Kontrak Sosial; Prinsip Isonomi.

### **Abstract**

*The regulation of the principle of isonomy in Article 28D paragraph (1) of the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia and its derivative laws without an explanation of its meaning has implications for misunderstanding what it means. This study seeks answers to the philosophical question and the meaning of the isonomy principle and compares it with the isonomy principle in English law which is based on the rule of law. Using theoretical research, three answers were obtained. The social contract which contains an agreement on the surrender of natural rights to enforce law by individuals to the state and places individuals in the same position and treatment in law enforcement by the state becomes a philosophy of isonomy principles. The principle of isonomy in Indonesia is based on distributive justice where equal treatment before the law means proportionality with regard to people's class, position, achievements, and functions of people in the social order. In English law, the principle of isonomy is based on commutative justice where all people regardless of class, position, social status or function, they are under the same law and justice.*

**Keywords:** *distributive justice; principle of isonomy; social contracts.*

## **A. PENDAHULUAN**

### **1. Latar Belakang**

Titik anjak penelitian ini adalah norma dalam Pasal 28D Ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (untuk seterusnya disebut UUD NRI 1945) yang memuat preskripsi bahwa setiap orang berhak atas perlakuan yang sama di hadapan hukum.<sup>1</sup> Jimly Asshiddiqie mengemukakan bahwa muatan Pasal 28D Ayat (1) UUD NRI 1945 sesuai dengan prinsip *due process of law* dan *equality before the law* di mana keadilan harus pasti dan sekaligus kepastian pun haruslah adil.<sup>2</sup> Prinsip *equality before the law* yang menjadi latar belakang lahirnya norma dalam Pasal 28D Ayat (1) UUD NRI 1945 ini juga dikenal sebagai prinsip isonomi atau isonomia (*principle of isonomy*).

Menurut etimologi, isonomi berasal dari kata Yunani, *ισονομία*, yang berarti *equality of rights*<sup>3</sup> atau *equality before the law*<sup>4</sup> atau *equality before/under law* atau *freedom before/under law*.<sup>5</sup> Menurut Gregory Vlastos, prinsip isonomi bermakna lebih

<sup>1</sup> Indonesia, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

<sup>2</sup> Jimly Asshiddiqie, *Komentar Atas Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945* (Jakarta: Sinar Grafika, 2009), 117.

<sup>3</sup> H.G. Liddell, *A Greek and English Lexicon* (Oxford: Clarendon Press, 1940), 331.

<sup>4</sup> David Kreider, "Isonomia-The Greek Idea of Freedom" (Graduate Student Theses, Dissertations, & Professional Papers, Number 5244, 1973), 1.

<sup>5</sup> Imer Flores, "Law, Liberty and the Rule of Law (in a Constitutional Democracy)," *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper* Number 12- (2013): 78.

dari sekadar *equality before the law* tetapi *equality of rights* dan berimplikasi pada persamaan martabat atau kedudukan di antara sesama warga negara<sup>6</sup> serta kesetaraan dalam perlindungan hukum.<sup>7</sup>

Pada abad keenam Sebelum Masehi, prinsip isonomi menjadi slogan politik rakyat jelata di Athena dan kota-kota di Yunani lainnya. Pada waktu itu, kelompok masyarakat awam menyerukan isonomi untuk menyatakan bahwa hukum harus menjadi komunal. Hukum menjadi milik bersama semua warga negara. Isonomi adalah slogan yang digunakan untuk melawan aturan kelas bangsawan.<sup>8</sup> Prinsip isonomi berarti *equality of laws to all manner of persons*<sup>9</sup> atau kesetaraan hukum untuk semua orang. Menurut prinsip isonomi, di hadapan hukum, orang diperlakukan dengan nilai yang sama.<sup>10</sup> Prinsip isonomi mensyaratkan setiap orang memiliki hak kesetaraan, yaitu hukum dan kebijakan-kebijakan harus menguntungkan semua orang dan menghasilkan kesetaraan substantif bagi setiap orang.<sup>11</sup>

Tidak hanya Pasal 28D Ayat (1) UUD NRI 1945, prinsip isonomi menjadi dasar dari lahirnya norma dalam konstitusi beberapa negara Eropa<sup>12</sup> serta instrumen hukum internasional maupun regional. Misalnya, *Universal Declaration of Human Rights*, Article 7 menyatakan “*All are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law*”; Article 26 *International Covenant on Civil and Political Rights* menyatakan “*All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law*”; *The American Convention on Human Rights*, Article 24 menyatakan “*All persons are equal before the law*”; atau *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Article 20 menyatakan “*Everyone is equal before the law*” yang memberikan jaminan bahwa setiap orang sama di hadapan hukum atau dalam semua proses peradilan memiliki hak atas “*fair trial*”.<sup>13</sup> Menurut Earl Johnson, *equality before the law* di negara-negara Eropa hanya menjadi

<sup>6</sup> Gregory Vlastos, “Equality and Justice in Early Greek Cosmologies,” *Studies in Presocratic Philosophy: The Beginnings of Philosophy* 1, no. 3 (2016): 56–91, <https://doi.org/10.2307/j.ctv24rgc1n.10>

<sup>7</sup> R. George Wright, “Equal Protection and the Idea of Equality,” *SSRN Electronic Journal*, (2015): 1. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2648608>.

<sup>8</sup> Kreider, “Isonomia-The Greek Idea of Freedom.”

<sup>9</sup> Ronald Hamowy, *The Collected Works of F.A. Hayek Volume XVII The Constitution of Liberty The Definitive Edition*, (Chicago: The University of Chicago Press, 1960), 239.

<sup>10</sup> Anthony Hopkins, “Equality Before the Law: The Importance of Understanding the Experience of ‘Other’ in the Criminal Justice System” (University of Canberra, 2015),2.

<sup>11</sup> Australian Human Rights Commission, *Equal Before the Law Towards Disability Justice Strategies* (Sidney: Australian Human Rights Commission, 2014), 10.

<sup>12</sup> Axel Tschentscher, *The Basic Law* (Würzburg: Jurisprudencia Verlag, 2002), 17.

<sup>13</sup> Jr Earl Johnson, “Equality Before the Law and the Social Contract: When Will the United States Finally Guarantee Its People the Equality Before the Law That the Social Contract Demands?,” *Fordham Urban Law Journal* 37, no. 1 (2010): 161.

hak teoretis sampai dengan ditemukannya cara untuk menjamin paritas kelas-kelas ekonomi dan mengadopsi undang-undang yang menetapkan hak untuk mendapatkan bantuan hukum dalam perkara perdata maupun pidana.<sup>14</sup>

Pada masa UUD NRI 1945 sebelum perubahan, prinsip isonomi dituangkan dalam Pasal 27 Ayat (1) yang menyatakan bahwa segala warga negara bersamaan kedudukannya dalam hukum.<sup>15</sup> Menurut Wirjono Prodjodikoro, tidak ada penjelasan sedikitpun dalam surat penjelasan resmi tentang apa makna dari bersamaan kedudukannya dalam hukum, dan menurutnya, dianggap sudah jelas bahwa muatan Pasal 27 Ayat (1) tersebut merupakan pelaksanaan demokrasi tanpa diskriminasi di antara sesama warga negara.<sup>16</sup>

Pada proses perubahan UUD NRI 1945, prinsip isonomi banyak didiskusikan dalam hubungannya dengan negara hukum dan sebagai salah satu prinsip dasar hak asasi manusia,<sup>17</sup> tetapi tetap saja tidak ada penjelasan mengenai apa sebenarnya pengertiannya. Hal ini menjadi menarik untuk dilakukan pengkajian mendalam untuk ditemukan maknanya sekaligus latar belakang filosofinya mengapa prinsip isonomi ditempatkan dalam UUD NRI 1945 pada khususnya, dan pelbagai konstitusi negara-negara lainnya serta instrumen hukum internasional dan regional pada umumnya.

Berbeda dengan Indonesia, Inggris sebagai negara tanpa konstitusi tertulis tidak menempatkan prinsip isonomi dalam konstitusi tetapi menjadi bagian dari *the rule of law* yang merujuk pada berbagai prinsip hukum yang berlaku yang memberikan batasan pada kekuasaan pemerintah.<sup>18</sup> Berasal dari doktrin Albert Venn Dicey, *the rule of law* meliputi tiga prinsip, yaitu: (1) supremasi hukum; (2) *equality before the law*; dan (3) konstitusi berasal dari *the ordinary law*.<sup>19</sup> Menurut Dietmar von der Pfordten, *rule of law* merupakan *a core element of British legal tradition*.<sup>20</sup>

Berdasarkan perbedaan yang prinsipil tersebut, menarik dilakukan perbandingan prinsip isonomi di Indonesia dengan di Inggris untuk ditemukan perbedaan dan

<sup>14</sup> Earl Johnson.

<sup>15</sup> H.A.K. Pringgodigdo, *Tiga Undang-Undang Dasar*, (Jakarta: Pembangunan, 1981), 95.

<sup>16</sup> Wirjono Prodjodikoro, *Azas-Azas Hukum Tata Negara Di Indonesia*, (Djakarta: Penerbit Dian Rakyat, 1983), 169.

<sup>17</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Latar Belakang, Proses, Dan Hasil Pembahasan 1999-2002 Buku VIII Warga Negara Dan Penduduk, Hak Asasi Manusia Dan Agama*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010), 215, 223, 227, 246, 247.

<sup>18</sup> Michael L. Principle, "Albert Venn Dicey and the Principles of the Rule of Law: Is Justice Blind? A Comparative Analysis of the United States and Great Britain," *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 22, no. 357 (2000): 359.

<sup>19</sup> Principle.

<sup>20</sup> James R. Silkenat, James E. Hickey Jr, and Peter D. Barenboim, *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)* (Switzerland: Springer International Publishing, 2014): 15.

persamaannya. Tujuannya dapat dijadikan bahan-bahan pembaruan prinsip isonomi itu sendiri.

## 2. Perumusan Masalah

Beranjak dari latar belakang sebagaimana telah dipaparkan di atas, penelitian ini merumuskan 3 (tiga) masalah, yaitu:

1. Apa filosofi prinsip isonomi dalam Pasal 28D Ayat (1) UUD NRI 1945?
2. Apa makna prinsip isonomi tersebut?
3. Apa makna prinsip isonomi dalam hukum Inggris yang berbasis pada *rule of law*?

## 3. Metode Penelitian

Tipe penelitian ini adalah penelitian teoretis (*theoretical research*). Penelitian teoretis adalah penelitian yang dilakukan untuk memperoleh pemahaman yang lengkap tentang basis konseptual prinsip-prinsip hukum serta kombinasi dampak dari aturan-aturan hukum dan prosedur-prosedur yang menyentuh aktivitas-aktivitas pada bidang tertentu<sup>21</sup> yang dalam konteks penelitian ini adalah basis konseptual prinsip isonomi dan dampak dari Pasal 28D Ayat (1) UUD NRI 1945. Penelitian teoretis melakukan analisis pada wilayah teori hukum yang tujuannya memberikan perspektif kritis terhadap hukum.<sup>22</sup>

Pada penelitian teoretis mencakup kerangka konseptual dengan komponennya adalah teori yang menjadi latar belakang dari hukum, dan filosofi tentang hukum yang berasal dari pandangan para sarjana.<sup>23</sup> Penelitian ini menggunakan teori kontrak sosial untuk menemukan filosofi prinsip isonomi dan untuk menemukan makna prinsip isonomi digunakan teori keadilan Aristoteles. Dua teori tersebut berasal dan dianalisis dari bahan hukum sekunder yang meliputi buku-buku teks, artikel jurnal, dan penelitian disertasi.<sup>24</sup> Selain itu, penelitian ini juga menggunakan pendekatan perbandingan hukum untuk mempelajari prinsip isonomi dalam hukum Inggris dengan tujuan menemukan makna prinsip isonomi dalam hukum Inggris tersebut untuk dipertimbangkan apakah dapat diterima dengan atau tanpa memodifikasinya dalam rangka menjadi petunjuk untuk pembaruan hukum Indonesia.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> Terry Hutchinson, "The Doctrinal Method: Incorporating Interdisciplinary Methods in Reforming the Law," *Erasmus Law Review*, no. 3 (2016): 132, <https://doi.org/10.5553/elr.000055>.

<sup>22</sup> Hutchinson.

<sup>23</sup> Hutchinson.

<sup>24</sup> Morris L. Cohen and Kent C. Olson, *Legal Research*, (St. Paul Minn: West Publishing Co, 1992), 6.

<sup>25</sup> SK Verma and M Afzal Wani, *Legal Research and Methodology* (New Delhi: Indian Law Institute, 2001), 111.

## B. PEMBAHASAN

### 1. Filosofi Prinsip Isonomi dalam Pasal 28D Ayat (1) UUDN RI 1945

Konsep kontrak adalah penyatuan ide dan kewajiban.<sup>26</sup> Teori kontrak sosial menempatkan hipotesis kondisi alamiah atau masyarakat tanpa negara (*the state of nature*) untuk tujuan melegitimasi pemerintah sipil dengan menerapkan ide kesepakatan yang rasional. Teori kontrak sosial menyatakan bahwa individu yang rasional akan setuju dengan kontrak untuk melepaskan kondisi alamiah dengan memperoleh imbalan keamanan dari masyarakat sipil yang diatur oleh aturan hukum yang adil dan mengikat.<sup>27</sup>

Kontrak sosial adalah kontrak di antara individu-individu untuk masuk dalam masyarakat dan membentuk pemerintah untuk melindungi hak-hak alamiahnya.<sup>28</sup> Kontrak sosial adalah kesepakatan antara anggota masyarakat untuk menempatkan pribadinya dalam masyarakat dan semua kekuasaannya di bawah petunjuk tertinggi kehendak umum, di mana setiap anggota masyarakat itu kemudian menjadi bagian tidak terlihat dari keseluruhan masyarakat. Konsekuensinya, kontrak sosial itu membentuk masyarakat dan memberikan perlindungan bersama untuk anggota masyarakat dan benda-benda miliknya.<sup>29</sup>

Teori kontrak sosial dicetuskan dan dikembangkan oleh filsuf seperti Jean-Jacques Rousseau, Thomas Hobbes, John Locke, dan John Rawls. Menurut teori ini, hak pemerintah untuk memerintah tidak bersumber dari Tuhan, tetapi berasal dari persetujuan mereka yang diperintah. Para filsuf teori kontrak sosial menganggap bahwa setiap warga negara menyerahkan hak-hak mereka, termasuk hak mereka untuk menyelesaikan perselisihan melalui penggunaan kekuasaan dengan imbalan janji dari pemegang kekuasaan untuk memberikan kepada warga negara itu keadilan, perdamaian, dan kemungkinan kehidupan yang lebih baik.<sup>30</sup>

Pemikir teori kontrak sosial meskipun memiliki konsep berbeda tetapi ada kesamaan ide dasar dari kontrak sosial, yaitu suatu perjanjian di antara warga negara

<sup>26</sup> Anita L. Allen, "Social Contract Theory in American Case Law," *Florida Law Review* 51, no. 1 (1999): 1-40.

<sup>27</sup> Allen.

<sup>28</sup> Steven J. Heyman, "The First Duty of Government: Protection, Liberty and the Fourteenth Amendment," *Rights*, 2017, 449-514, <https://doi.org/10.2307/1372846>.

<sup>29</sup> Liliya Abramchayev, "A Social Contract Argument for the State's Duty to Protect from Private Violence," *St. John's Journal of Legal Commentary* 18 (2004): 849-74.

<sup>30</sup> Hon. Earl Johnson, "Will Gideon's Trumpet Sound a New Melody? The Globalization of Constitutional Values and Its Implications for a Right to Equal Justice in Civil Cases," *Seattle Journal for Social Justice* 2, no. 1 (2003): 203-204. <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/sjsj/vol2/iss1/56>.



dan antara warga negara dengan pemerintah.<sup>31</sup> Gagasan ini juga berbasis pada dasar pemikiran yang sama bahwa manusia pada dasarnya bebas dan setara. Teori kontrak sosial menolak pandangan bahwa penguasa berhak memerintah karena sebagai sesuatu yang wajar (*virtue of birth*), melainkan berasal dari kesepakatan di antara manusia yang bebas dan setara tersebut.<sup>32</sup> Pemerintah dibentuk karena adanya kebutuhan seperangkat hukum untuk mengatur masyarakat untuk melindungi hak alamiah manusia atas kepemilikannya.<sup>33</sup>

John Locke, salah satu filsuf teori kontrak sosial mengemukakan pandangannya, bahwa:

*“Kekuatan politik adalah kekuatan yang dimiliki setiap orang dalam keadaan alamiah yang telah diserahkan ke tangan masyarakat. Penyerahan itu berdasarkan kepercayaan baik yang terang atau tersirat yang akan digunakan untuk kebaikan dan melindungi harta benda mereka. Penyerahan kekuasaan itu untuk menghukum pelaku pelanggaran hukum alam yang merugikan. Kekuatan ini tidak memiliki tujuan atau ukuran lain ketika berada di tangan pejabat publik selain untuk melindungi anggota masyarakat itu dalam kehidupan, kebebasan, dan harta mereka. Kekuatan ini berasal hanya dari perjanjian dan kesepakatan, dan perjanjian bersama dari mereka yang membentuk masyarakat.”<sup>34</sup>*

Elemen umum pertama dan paling konkrit dalam teori kontrak sosial bahwa fondasi badan politik yang benar atau otentik dianggap sebagai pakta atau kesepakatan yang dibuat oleh semua individu yang akan menyusunnya. Menurut Rousseau, kontrak yang sebenarnya bukanlah hubungan antara individu, melainkan komitmen timbal balik antara masyarakat dan individu, sehingga setiap orang, dalam membuat kontrak, seolah-olah, dengan dirinya sendiri, mendapati dirinya memiliki komitmen ganda.<sup>35</sup>

Salah satu ketentuan penting dari kontrak sosial itu adalah jaminan isonomi atau *equality before the law*, suatu prinsip atau ajaran bahwa warga negara dari kelas ekonomi yang berbeda akan setara di pengadilan atau forum lain yang disediakan pemerintah untuk menyelesaikan perselisihan.<sup>36</sup> Hal ini didasarkan pada gagasan bahwa individu tidak akan menyerahkan hak alamiahnya untuk menyelesaikan perselisihan

<sup>31</sup> Johnson.

<sup>32</sup> Christopher W. Morris, *The Social Contract Theorists : Critical Essays On Hobbes, Locke, and Rousseau Critical Essays On the Classics* (Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 1999), ix.

<sup>33</sup> James W. Byrne, “The Basis of the Natural Law in Locke’s Philosophy,” *Catholic Lawyer* 10 (1964): 55–63.

<sup>34</sup> Ian Shapiro, *Two Treatise of Government and A Letter Concerning Toleration John Locke* (New Haven and London: Yale University Press, 2003), 176-177.

<sup>35</sup> David Boucher and Paul Kelly, *The Social Contract from Hobbes to Rawls*, (London and New York: Routledge, 1994), 37.

<sup>36</sup> Earl Johnson, “Equality Before the Law and the Social Contract: When Will the United States Finally Guarantee Its People the Equality Before the Law That the Social Contract Demands?”

melalui suatu kekuasaan kecuali jika pemegang kedaulatan menawarkan alternatif damai di mana individu-individu memiliki kesempatan yang adil untuk memenangkan apa yang menjadi haknya, tidak peduli apakah mereka kaya, miskin, atau sesuatu di antaranya.<sup>37</sup>

Prinsip isonomi dalam kontrak sosial, dipaparkan Thomas Hobbes, dalam karyanya, *Leviathan*, bahwa:

*“Keselamatan rakyat membutuhkan lebih jauh dari dia atau mereka yang memiliki kekuatan berdaulat. Keadilan diberikan secara merata kepada semua tingkatan masyarakat, yaitu agar orang kaya dan kuat serta orang miskin dan tidak dikenal dapat diurus dari kerugian yang mereka alami. Jadi, orang yang agung tidak memiliki harapan impunitas yang lebih besar, ketika mereka melakukan kekerasan, aib, atau kejahatan yang lebih kejam di antara mereka karena dalam hal ini ada persamaan sebagaimana ajaran hukum alam di mana seorang penguasa sama tunduknya dengan rakyatnya yang paling buruk.”<sup>38</sup>*

Berdasarkan prinsip isonomi, semua anggota masyarakat, orang pribadi dan pejabat pemerintah, memiliki tanggung jawab yang sama di hadapan hukum.<sup>39</sup> Prinsip isonomi menyiratkan kesetaraan antara negara dan individu di hadapan hukum.<sup>40</sup>

Pendukung teori kontrak sosial lainnya, Rousseau, mendukung kesetaraan dalam masyarakat. Namun demikian, kadang-kadang ia juga tampak meninggalkan kesetaraan sebagai cita-cita bagi masyarakat. Misalnya, Rousseau tidak menolak perbedaan dalam kepemilikan dan pangkat.<sup>41</sup> Berhubungan dengan hal tersebut, John Marshall juga menyatakan bahwa:

*“Oleh karena negara memiliki kekuasaan memaksakan kehendaknya pada individu, negara dan warga negara tidak dapat benar-benar setara. Para pelaksana kekuasaan negara diberikan kekuasaan khusus, dan prinsip isonomi mensyaratkan bahwa aturan hukum pemberian kekuasaan kepada para pejabat negara harus tepat, dan menjadi tugas pengadilan untuk menjaga keseimbangan yang setara antara warga dan pejabat negara.”<sup>42</sup>*

Pengadilan (dan forum lain untuk menyelesaikan sengketa) melanggar ketentuan kontrak sosial jika mereka lebih memberikan prioritas kepada satu kelas warga negara daripada kelas-kelas lain, misalnya kelompok orang kaya daripada orang miskin, dan

<sup>37</sup> Earl Johnson.

<sup>38</sup> Edwin Curley, *Thomas Hobbes Leviathan with Selected Variants from the Latin Edition of 1668* (Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 1994), 226.

<sup>39</sup> Gerald L. Gall, “Some Miscellaneous Aspects of Section 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms,” *Alberta Law Review* XXIV, no. 3 (1986): 462.

<sup>40</sup> Gall.

<sup>41</sup> Paul Weirich, “Rousseau on Equality,” *History of Philosophy Quarterly* 9, no. 2 (1992): 191.

<sup>42</sup> Gall, “Some Miscellaneous Aspects of Section 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.”

kelas yang tidak diberi prioritas itu tidak dapat dianggap telah setuju untuk tunduk kepada penguasa yang tidak adil. Jadi, perlakuan yang sama di antara kelas-kelas ekonomi yang berbeda oleh pengadilan merupakan fondasi penting dari masyarakat mana pun yang konon bertumpu pada persetujuan dari yang diperintah (rakyat).<sup>43</sup>

Bertitik tolak dari teori kontrak sosial, kemudian dilakukan analisis terhadap prinsip isonomi dalam Pasal 28D Ayat (1) UUD NRI 1945 untuk ditemukan latar belakang filosofinya. Prinsip isonomi dalam ketentuan Pasal 28D Ayat (1) UUD NRI 1945 adalah imbal balik dari negara kepada individu yang telah melepaskan kekuasaannya yang bersumber dari hukum alam<sup>44</sup> pada saat membuat kontrak sosial untuk membentuk negara. Kekuasaan yang dilepaskan itu di antaranya kekuasaan untuk menegakkan hak dan menyelesaikan sengketa yang kemudian diberikan kepada negara. Negara mengambil alih kekuasaan itu dan menyelesaikan perselisihan melalui forum (pengadilan dan lembaga penyelesaian sengketa lainnya) dengan tidak membedakan individu yang berselisih itu dari ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, politik, kedudukan sosial, kaya atau miskin, atau status lainnya.<sup>45</sup> Semua individu memiliki kedudukan dan diperlakukan sama di hadapan hukum.

## **2. Makna Prinsip Isonomi dalam Pasal 28D Ayat (1) UUD NRI 1945**

Prinsip isonomi meskipun dinormakan secara eksplisit dalam Pasal 28D Ayat (1) UUD NRI 1945, tetapi tidak ada penjelasan apa maknanya. Pada UUD NRI 1945 sebelum perubahan, prinsip isonomi terdapat pada Pasal 27 Ayat (1), penjelasan dari pasal tersebut menyatakan cukup jelas. Pada proses perubahan UUD NRI 1945, perdebatan prinsip isonomi terkait hubungannya dengan negara hukum dan hak asasi manusia bukan maknanya.

Pada pengaturannya di bawah UUD NRI 1945, prinsip isonomi terdapat pada Pasal 3 ayat (2) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, penjelasan dari pasal tersebut menyatakan cukup jelas. Undang-undang lainnya, yaitu Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman mengatur prinsip isonomi pada Pasal 4 Ayat (1), penjelasan pasal tersebut juga menyatakan cukup jelas. Pada Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana, prinsip isonomi merupakan salah satu asas dalam penyelenggaraan hukum acara pidana, juga tanpa ada penjelasan maknanya.

<sup>43</sup> Earl Johnson, "Equality Before the Law and the Social Contract: When Will the United States Finally Guarantee Its People the Equality Before the Law That the Social Contract Demands?"

<sup>44</sup> Byrne, "The Basis of the Natural Law in Locke's Philosophy."

<sup>45</sup> Anja Seibert-Fohr, "The Rise of Equality in International Law and Its Pitfalls: Learning From Comparative Constitutional Law," *Brooklyn Journal of International Law* 35, no. 1-39 (2010): 5-6.

Persamaan (*equality*) adalah isu sentral dalam masyarakat. Perdebatannya telah berubah karena masyarakat telah bergeser dari mengejar konsep persamaan menjadi mengejar konsep yang lain.<sup>46</sup> Konsep pertama adalah *equality before the law* dan yang kedua adalah *equality of social-political-economic statutes*.<sup>47</sup>

Menurut John Finnis, *equality* harus diambil dalam pengertian analog, artinya *equality* dapat hadir dalam pelbagai cara. Misalnya, *arithmetical equality* 2:2, dan *geometrical equality* 1:1=2:2, atau 3:2=6:4. Untuk menghindari kesalahpahaman, John Finnis menyarankan untuk mengganti *equality* dengan *proportionality*, *equilibrium*, atau *balance*.<sup>48</sup>

Konsep persamaan, keadilan (*justice*), dan hukum (*law*) membentuk rumpun yang menunjukkan suatu pemikiran. Berdasarkan kompleksitas ini, sulit untuk berurusan dengan salah satu dari ide-ide tersebut secara independen dari yang lain, misalnya, ketika membicarakan tentang *equality before the law*, *justice under the law*, atau *equity supplementing law*.<sup>49</sup> Kompleksitas itu bertambah dengan fakta bahwa masing-masing ide tersebut memiliki beberapa pengertian, sehingga dalam melakukan analisis, penting untuk menunjukkan dengan tepat yang dari pelbagai kemungkinan makna yang ingin ditetapkan.<sup>50</sup>

Aristoteles adalah salah satu filsuf yang pertama kali menawarkan argumen terperinci tentang keadilan, persamaan, dan hukum. Aristoteles mengakui bahwa:

1. Tiga gagasan tersebut tumpang tindih dalam makna dan karenanya saling bergantung.
2. Keadilan digunakan dalam banyak hal.
3. Beberapa proporsi harus diperkenalkan dalam menetapkan prinsip keadilan distributif.
4. Konsep keadilan, khususnya persamaan yang adil antara manusia sangat diperlukan untuk diskusi yang tepat tentang keadilan, kepatutan, dan kepentingan publik.<sup>51</sup>

Aristoteles juga menyadari bahwa seseorang dihadapkan dengan kesulitan yang cukup besar dalam mencoba menerapkan kriteria persamaan untuk kelas sosial yang

<sup>46</sup> Ralph K. Jr. Winter, "Changing Concepts of Equality: From Equality before the Law to the Welfare State," *Wash. U. L. Q* 1, no. 3 (2015): 741.

<sup>47</sup> Winter.

<sup>48</sup> John Finnis, *Natural Law & Natural Rights, Second Edition*, Oxford University Press (Oxford: Oxford University Press, 2011), 162-163.

<sup>49</sup> W Von Leyden, *Aristotle on Equality and Justice His Political Argument* (the United Kingdom: Palgrave Macmillan, 1985), 1.

<sup>50</sup> Leyden.

<sup>51</sup> Leyden, 2.

berbeda. Selain itu, menurutnya masalah *equality* sering diputuskan dengan cara revolusioner atau sarana legislatif, di mana alat analisis terakhir dengan mengandalkan prinsip-prinsip *natural justice*.

Menurut Aristoteles, *equality* pada dasarnya berarti "*fair mean*".<sup>52</sup> Prinsip persamaan tidak hanya menciptakan kriteria moral yang pasti untuk perwujudan perilaku manusia, tetapi juga menjadi aktual dalam dan melalui prinsip keadilan moral. Pada saat yang sama, prinsip keadilan moral terungkap dan memanifestasikan dirinya dalam pelbagai bentuk *equality*.<sup>53</sup>

Aristoteles membedakan dua jenis *equality*, yaitu numerik dan proporsional. Persamaan proporsional adalah identitas rasio, misalnya  $4 : 2 = 2 : 1$ , sedangkan persamaan numerik adalah identitas dalam ukuran atau angka, misalnya,  $3 - 2 = 2 - 1$ . Bagi Aristoteles, perbedaan ini penting karena masing-masing memiliki implikasi penting bagi sifat demokrasi dan keadilan demokrasi. Sehubungan dengan yang pertama, Aristoteles menyatakan: Setiap warga negara dikatakan, harus memiliki kesetaraan, dan karenanya dalam demokrasi orang miskin memiliki kekuatan lebih dari yang kaya, karena ada lebih banyak dari mereka, dan kehendak mayoritas adalah yang tertinggi.<sup>54</sup> Persamaan proporsional ini berfungsi sebagai dasar teori keadilan distributif. Teori keadilan distributif adalah teori untuk mendistribusikan barang, kehormatan, uang, dan keamanan.<sup>55</sup> Keadilan distributif adalah hak untuk mendapat bagian dari benda-benda publik (*social good* atau *common good*) terkait fungsi seseorang dalam institusi sosial. Keadilan distributif sering disebut sebagai prinsip persamaan proporsional, dan bukan masalah subjektif lebih memilih satu orang daripada yang lain, tetapi untuk memberikan penghargaan lebih dengan membenarkan preferensi dengan cara mengidentifikasi kriteria-kriteria yang diterima secara umum.<sup>56</sup>

Aristoteles menetapkan pandangannya tentang prinsip persamaan dengan mengacu pada doktrin keadilan distributifnya.<sup>57</sup> Menurutnya, diperlukan kriteria untuk prinsip *equality*. Rekomendasi yang sering diajukan adalah bahwa distribusi diberikan sama dan itu adil, jika sepadan dengan kemampuan, kelebihan, atau kebutuhan orang

<sup>52</sup> Anton-Hermann Chroust, "Aristotle's Conception of Justice," *Notre Dame Law Review* 17, no. 2 (1942): 129-43.

<sup>53</sup> Chroust.

<sup>54</sup> Jarlath Clifford, "From Historical Philosophical Thought to Modern Legal Norms," *The Equal Rights Review* 1 (2008): 13.

<sup>55</sup> David Keyt, *Aristotle on Freedom and Equality*, Dalam *Georgios Anagnostopoulos and Gerasimos Santas (Eds), Democracy, Justice, and Equality in Ancient Greece Historical and Philosophical Perspectives* (Switzerland: Springer, n.d.), 226.

<sup>56</sup> Wayne Morrison, *Jurisprudence: From the Greeks to Post-Modernists*, (London and New York: Routledge, 2016).

<sup>57</sup> Leyden, *Aristotle on Equality and Justice His Political Argument*, 2-3.

yang berbeda, atau sesuai kontribusi setiap orang untuk kepentingan publik. Syarat utama adalah bahwa perlakuan yang sama tidak boleh ditentukan oleh faktor yang tidak relevan, misalnya karena warna kulit. Perlakuan yang sama harus diberikan kepada orang-orang yang dikenal sama dalam hal yang relevan, dan perlakuan tidak sama terhadap mereka yang diketahui tidak sama dalam hal yang relevan.<sup>58</sup> Keadilan distributif adalah prinsip yang menuntut bahwa hanya yang sama diperlakukan sama dan selalu merupakan persamaan proporsional, yaitu suatu bentuk keadilan yang membagikan beban sesuai dengan kemampuan individu untuk memikulnya dan menyetujui mendukung dalam jumlah yang bervariasi dengan kebutuhan masing-masing individu.<sup>59</sup>

Aspek lain dari prinsip persamaan adalah keadilan komutatif yang berbalikan dengan keadilan distributif, yaitu mengabaikan perbedaan pangkat dan kelayakan dari orang-orang yang terlibat.<sup>60</sup> Perbedaan mendasar antara keadilan distributif dan keadilan komutatif ditemukan dalam perbedaan antara persamaan sehubungan dengan orang-orang yang terlibat dan persamaan tanpa memperhatikan orang dan pangkatnya atau antara ide bahwa setiap orang harus memiliki haknya sesuai dengan pangkat dan nilainya dan gagasan bahwa perlakuan yang sama berlaku untuk semua orang terlepas dari pangkat atau nilainya.<sup>61</sup> Pada keadilan distributif, persamaan mengundung syarat pada orang dan tingkatannya, sedangkan keadilan komutatif persamaan berarti sama, seragam, atau identik.<sup>62</sup>

Pada keadilan distributif, distribusi yang adil adalah distribusi yang sama, tetapi dengan persamaan itu yang dimaksud adalah benar-benar proporsional. Dengan kata lain, menurut keadilan distributif, orang yang berkontribusi lebih banyak pada produksi kekayaan bersama mendapat lebih banyak dari itu sebagai balasannya.<sup>63</sup> Keadilan distributif muncul berdasarkan skema teleologis Aristoteles bahwa tidak semua orang sama. Setiap orang dan kelas orang memiliki tempat tertentu dalam kehidupan dan fungsi tertentu.<sup>64</sup>

Dualisme yang jelas dalam pelaksanaan keadilan distributif dan keadilan komutatif menunjukkan dua proses terpisah dalam realisasi prinsip persamaan. Menurut Aristoteles, pilihan jenis keadilan untuk diterapkan dalam setiap kasus atau

<sup>58</sup> Leyden.

<sup>59</sup> Anton-Hermann Chroust, "Aristotle's Conception of Equity (Epieikeia)," *Notre Dame Law*. 18, no. 2 (1942): 119.

<sup>60</sup> Chroust.

<sup>61</sup> Chroust: 121.

<sup>62</sup> Wright, "Equal Protection and the Idea of Equality."

<sup>63</sup> Suri Ratnapala, *Jurisprudence*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 324.

<sup>64</sup> Ratnapala.



apakah keadilan distributif atau keadilan komutatif harus mengatur suatu kasus akan ditentukan berdasarkan analisis terakhir sesuai sifat fakta dan keadaan yang mendasari kasus tersebut.<sup>65</sup>

Dari hasil pengkajian konsepsi *equality* Aristoteles, selanjutnya dilakukan analisis terhadap prinsip isonomi dalam Pasal 28D Ayat (1) UUD NRI 1945 untuk ditemukan maknanya. Prinsip isonomi dalam ketentuan Pasal 28D Ayat (1) UUD NRI 1945 yang isinya hak bagi setiap orang untuk mendapatkan perlakuan sama di hadapan hukum, sama tidak dalam makna serupa, identik, atau seragam. Prinsip persamaan yang dimaksudkan oleh Pasal 28D Ayat (1) UUD NRI 1945 adalah proporsionalitas berdasarkan prinsip keadilan distributif.

Bahwa prinsip isonomi dalam Pasal 28D Ayat (1) UUD NRI 1945 basisnya adalah keadilan distributif dapat dibuktikan dengan adanya Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah. Pasal 245 Ayat (1) dari undang-undang tersebut menyatakan sebagai berikut:

*“Pemanggilan dan permintaan keterangan untuk penyidikan terhadap anggota DPR yang diduga melakukan tindak pidana harus mendapat persetujuan tertulis dari Mahkamah Kehormatan Dewan.”*

Pasal tersebut telah diuji di Mahkamah Konstitusi, alasannya di antaranya karena bertentangan dengan Pasal 28D Ayat (1) UUDN RI 1945. Mahkamah Konstitusi dengan Putusan Nomor 76/PUU-XII/2014 memutuskan bahwa frasa “persetujuan tertulis dari Mahkamah Kehormatan Dewan” dalam Pasal 245 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, bertentangan dengan UUD NRI 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, sepanjang tidak dimaknai “*persetujuan tertulis dari Presiden*”. Mahkamah Konstitusi dalam putusannya tersebut memutuskan Pasal 245 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, selengkapannya menjadi “*Pemanggilan dan permintaan keterangan untuk keterangan untuk penyidikan terhadap anggota DPR yang diduga melakukan tindak pidana harus mendapat persetujuan tertulis dari Presiden*”.

Ketentuan serupa Pasal Pasal 245 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, terdapat pada Pasal 36 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 32

<sup>65</sup> Chroust, “Aristotle’s Conception of Equity (Epieikeia).”

Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah yang menyatakan “*Tindakan penyelidikan dan penyidikan terhadap kepala daerah dan wakil kepala daerah dilaksanakan setelah adanya persetujuan tertulis dari Presiden atas permintaan penyidik*”. Pasal ini kemudian dibatalkan Mahkamah Konstitusi dengan Putusan Nomor 73/PUU-IX/2011.

Dari paparan di atas, persamaan perlakuan di hadapan hukum sesuai ketentuan Pasal 28D Ayat (1) UUD NRI 1945 tidak diberikan secara seragam kepada setiap orang tetapi dengan memperhatikan orang beserta keadaan tertentu yang ada padanya. Prinsip isonomi berdasarkan Pasal 28D Ayat (1) UUD NRI 1945 didistribusikan secara proporsional sesuai kelas, kedudukan, atau fungsi tertentu dari seseorang dalam tatanan sosialnya.

Bahwa perlakuan yang sama di hadapan hukum dalam Pasal 28D Ayat (1) UUD NRI 1945 harus dimaknai sesuai teori keadilan distributif juga dapat dilihat bahwa tidak ada peradilan yang seragam untuk semua orang. Peradilan dibentuk dan diberlakukan dengan memperhatikan orang dan karakteristiknya yang ada padanya yang dapat berupa fungsi dan tugasnya bahkan agamanya. Di luar peradilan umum untuk menyelesaikan perkara pidana dan perdata umum, ada peradilan militer bagi mereka anggota militer yang melakukan tindak pidana. Untuk badan atau pejabat pemerintahan, peradilan tata usaha negara adalah forum bagi setiap orang untuk mengajukan gugatan jika dirugikan oleh tindakan mereka dalam menerbitkan keputusan. Peradilan tata usaha negara ini pun tidak berlaku untuk keputusan-keputusan kemiliteran karena ada peradilan khususnya, yaitu peradilan tata usaha negara militer. Untuk orang beragama islam, dalam perkara-perkara perdata jenis tertentu tidak diselesaikan di peradilan umum tapi peradilan agama.

Prinsip proporsionalitas dalam hak untuk diperlakukan sama di hadapan hukum juga ditemukan dalam pendirian Badan Usaha Milik Negara (BUMN) Persero. Berdasarkan Pasal 7 Ayat (7) Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas, pendirian BUMN Persero tidak sama dengan pendirian perseroan-perseroan pada umumnya. Pendirian BUMN Persero tidak berlaku Pasal 1 angka 1 jo. Pasal 7 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas yang prinsip dasarnya adalah perjanjian dan persekutuan modal, artinya perseroan harus didirikan dengan perjanjian karena perseroan merupakan persekutuan modal. Tidak berlakunya Pasal 1 angka 1 jo. Pasal 7 Ayat (1) tersebut bagi BUMN Persero berdasarkan alasan status dan karakteristik yang khusus dari BUMN Persero.

### 3. Makna Prinsip Isonomi dalam Hukum Inggris yang Berbasis pada Rule of Law

Istilah '*rule of law*' dalam bahasa Inggris berasal dari kata Latin '*imperium legum*' yang secara harfiah berarti *the empire of laws and not of men*.<sup>66</sup> Namun demikian, meskipun *rule of law* sekarang telah diakui secara universal sebagai nilai fundamental, tetapi tidak ada kesepakatan universal tentang apa artinya, *rule of law* telah memiliki banyak pengertian bagi banyak orang, juga tidak ada kesepakatan tentang *bagaimana rule of law* itu dapat dikombinasikan dengan nilai-nilai lain yang bertentangan, terutama dengan persyaratan pemerintahan yang demokratis.<sup>67</sup>

Mengenai *rule of law*, Hisashi Owada menyatakan, bahwa:

*"Terlepas dari kenyataan bahwa frasa "the rule of law" saat ini sangat terkenal, konsep ini sendiri telah menjadi subjek perdebatan yang hidup di kalangan akademis dan praktisi yang diharapkan untuk menerapkan konsep ini dalam praktik. Beberapa bahkan mengklaim bahwa jika beberapa orang membaca sekumpulan artikel tentang the rule of law, konsep ini seperti dua orang buta memegang belalai gajah, satu orang mengira belalai, dan satu orang lagi menyebutnya ekor."*<sup>68</sup>

Jeremy Waldron mengemukakan bahwa dia tidak perlu menghabiskan banyak waktu untuk membahas apa yang diperlukan dalam *rule of law*. Menurutnya, bagi yang tidak biasa dengan masalah utama dapat mengikuti perdebatan tentang *rule of law* dalam literatur karya Aristotle, Dicey, Dworkin, Fallon, Finnis, Fuller, Hayek, Locke, Raz, Rawls, and Tamanaha. Menurut Waldron, *rule of law* terdiri atas elemen-elemen, yaitu:

1. Suatu persyaratan bahwa orang-orang yang berada dalam posisi sebagai pemegang kewenangan harus menggunakan kewenangannya itu dalam kerangka kerja yang membatasi norma-norma publik daripada berdasarkan preferensi atau ideologi mereka sendiri.
2. Persyaratan bahwa ada aturan umum yang ditetapkan dengan jelas di awal, di mana aturan umum itu memungkinkan orang untuk mengetahui apa yang harus mereka lakukan atau tidak lakukan, apa konsekuensi hukum dari tindakan tersebut, dan bagaimana mereka dapat memperhitungkan tindakan-tindakan dari pemegang kewenangan.

<sup>66</sup> Flora A.N.J. Goudappel and Ernst M.H. Hirsch Ballin, *Democracy and Rule of Law in European Union Essays in Honour of Jaap W. de Zwaan*, (The Hague: Asser Press, 2016), 4.

<sup>67</sup> Ricardo Gosalbo-Bono, "The Significance of the Rule of Law and Its Implications for the European Union and the United States," *University of Pittsburgh Law Review* 72, no. 2 (2010): 229-360, <https://doi.org/10.5195/LAWREVIEW.2010.159>.

<sup>68</sup> Hisashi Owada, "The Rule of Law in Globalizing World - An Asian Perspective," *Washington University Global Studies Law Review* 8, no. 2 (2009): 187-205.

3. Persyaratan bahwa ada pengadilan yang beroperasi sesuai dengan standar yang diakui berdasarkan *procedural due process* atau *natural justice*, menawarkan forum yang tidak memihak di mana perselisihan dapat diselesaikan, dan memungkinkan orang memiliki kesempatan untuk menyajikan bukti dan membuat argumen di hadapan adjudikasi yang adil dan independen untuk menentang legalitas tindakan pemegang kekuasaan, khususnya ketika tindakan itu berdampak pada kepentingan vital dalam kehidupan, kebebasan, atau kesejahteraan ekonomi.
4. Suatu prinsip persamaan hukum (*legal equality*), yang memastikan bahwa hukum itu sama untuk setiap orang, bahwa setiap orang memiliki akses ke pengadilan, dan bahwa tidak ada seorang pun di atas hukum.<sup>69</sup>

Di Inggris, buku yang telah berpengaruh terhadap pemikiran *rule of law* ditulis oleh Albert Venn Dicey, seorang ahli hukum tata negara Inggris pada tahun 1885 berjudul *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*.<sup>70</sup> Menurut Dicey, ada tiga pengertian dalam *rule of law*, yaitu: (1) supremasi hukum, (2) persamaan semua orang di hadapan hukum (*the equality of all persons before the law*), dan (3) *rule of law* tidak dikembangkan dari suatu konstitusi tertulis akan tetapi dari hukum kebiasaan (*common law*), hukum berasal dari putusan-putusan pengadilan dalam mengadili suatu perkara.<sup>71</sup>

Menurut Dicey, persamaan tidak dalam pengertian benar-benar sama atau serupa atau sejenis. Untuk “persamaan di hadapan hukum” dalam arti yang paling jelas berarti persamaan hak dan kewajiban.<sup>72</sup> Dicey memberi contoh sebagai berikut:

*“Pegadaian, pemberi pinjaman uang, tuan tanah, pengemudi mobil, bayi, wanita yang sudah menikah, dan bahkan sebagian besar kelas lainnya, memiliki hak dan kewajiban khusus. Juga tidak mungkin untuk menegaskan persamaan itu karena siapa pun dapat secara hukum bergabung dengan salah satu kelas ini. Pria tidak bisa menjadi wanita yang sudah menikah atau bayi; juga tidak ada yang bisa menjadi pemegang lisensi rumah publik atau peserta pameran film tanpa persetujuan orang lain.”<sup>73</sup>*

<sup>69</sup> Nehal Bhuta, “Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law? An Introduction,” *European Journal of International Law* 22, no. 2 (2011): 313–14, <https://doi.org/10.1093/ejil/chr043>.

<sup>70</sup> Robert Stein, “Rule of Law: What Does It Mean?,” *Minnesota Journal of International Law* 18, no. 2 (2009): 293–303.

<sup>71</sup> A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (Indianapolis: Liberty Classics, 1982), 107–122.

<sup>72</sup> Sir Ivor Jennings, *The Law and The Constitution, Fifth Edition* (Kent: The English Language Book Society and Hodder and Stoughton, 1979), 311.

<sup>73</sup> Sir Ivor Jennings.

Apa yang Dicey sarankan dengan persamaan adalah bahwa seorang pejabat publik tunduk pada aturan yang sama dengan warga negara biasa.<sup>74</sup> Namun, menurut Sir Ivor Jennings, apa yang dikatakan Dicey ini pun tidak benar.<sup>75</sup> Jennings menjelaskan sebagai berikut:

*“Seorang pejabat publik adalah pemungut pajak yang memiliki hak yang tidak dimiliki orang biasa. Seorang inspektur sanitasi dapat memasuki rumah saya untuk memeriksa saluran air saya, meskipun majikan saya tidak bisa. The Home Secretary dapat memaksa saya untuk melakukan sensus kembali, meskipun tetangga saya tidak bisa. Seorang Sheriff dapat memanggil saya untuk melayani sebagai juri, meskipun teman saya tidak bisa. Daftar ini dapat diperluas hampir tidak terhingga. Semua pejabat publik, dan terutama otoritas publik, memiliki kekuasaan dan karena itu memiliki hak yang tidak dimiliki oleh orang lain. Demikian pula, mereka mungkin memiliki kewajiban-kewajiban khusus.”<sup>76</sup>*

Dengan demikian, Jennings menyatakan bahwa yang dimaksud dengan persamaan di hadapan hukum oleh Dicey tidak merujuk pada bagian hukum yang memberikan kekuasaan dan membebaskan tugas pada otoritas publik, tetapi bahwa jika seorang pejabat publik melakukan perbuatan melawan hukum dia akan bertanggung jawab untuk itu di pengadilan sipil biasa (*the ordinary civil court*) sebagaimana anggota masyarakat biasa. Tidak ada hukum dan pengadilan khusus bagi mereka sebagaimana di Prancis yang memiliki hukum administrasi dan pengadilan administrasi untuk para pejabat publik. Di Inggris, tidak mengenal hukum administrasi tetapi memiliki *rule of law*<sup>77</sup>

Dalam pandangan Dicey, tidak ada seorangpun yang di atas hukum. Para pejabat publik sebagaimana warga negara biasa berada di bawah kewajiban untuk mematuhi hukum yang sama, dan bahwa tidak ada pengadilan administrasi untuk memutuskan klaim oleh warga negara terhadap negara atau pejabat publiknya.<sup>78</sup> Berdasarkan prinsip *equality before the law* dari Dicey, semua orang tunduk pada hukum yang sama serta diadili oleh pengadilan yang sama, yaitu pengadilan umum (*ordinary court*). Setiap orang terhadapnya berlaku aturan yang sama dan tidak ada yang memiliki hak istimewa (*privilege*). Hanya ada satu aturan hukum dan satu pengadilan yang berlaku baik bagi kerajaan (*the Crown*), pemerintah asing, hakim, diplomat dan para pejabat polisi.<sup>79</sup>

<sup>74</sup> Sir Ivor Jennings.

<sup>75</sup> Sir Ivor Jennings.

<sup>76</sup> Sir Ivor Jennings.

<sup>77</sup> Sir Ivor Jennings: 312-313.

<sup>78</sup> A W Bradley and K D Ewing, *Constitutional and Administrative Law, 14Th Edition* (Essex: Pearson Longman, 2007), 97.

<sup>79</sup> John Alder, *Constitutional and Administrative Law, 5 Th Edition*, (Hampshire & New York: Palgrave Macmillan, 2005), 97-100.

Beranjak dari pandangan Dicey, bahwa makna prinsip persamaan di hadapan hukum adalah warga negara maupun pejabat publik tunduk pada satu hukum dan satu pengadilan yang sama, maka prinsip isonomi di Inggris berdasarkan *rule of law*, landasannya adalah teori keadilan komutatif. Prinsip isonomi berlaku tanpa melihat orang dan kondisi yang ada padanya seperti kedudukan, kelas, atau prestasinya. Makna persamaan dalam prinsip isonomi di Inggris adalah benar-benar sama atau seragam untuk semua orang bukan dalam pengertian proporsionalitas.

### C. KESIMPULAN

Filosofi prinsip isonomi dalam ketentuan Pasal 28D Ayat (1) UUDN RI 1945 adalah teori kontrak sosial. Berdasarkan teori itu, perlakuan yang sama di hadapan hukum merupakan kontra prestasi dari negara kepada individu ketika mereka membuat konsensus membentuk negara. Pada saat individu bersepakat mendirikan negara di situ mereka melepaskan hak-hak alamiahnya yang di antaranya adalah hak untuk menegakkan dan menyelesaikan sengketa atas hak alamiahnya kepada negara. Hak-hak itu diambil alih negara yang pelaksanaannya tanpa membedakan individu-individu itu dari ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, pilihan politik, kekayaan, atau lainnya. Individu-individu berkedudukan dan diperlakukan yang sama di hadapan hukum.

Makna prinsip isonomi dalam ketentuan Pasal 28D Ayat (1) UUDN RI 1945 tidak dalam makna yang benar-benar sama, serupa, identik, sejenis, atau seragam. Prinsip persamaan di hadapan hukum yang dimaksudkan Pasal 28D Ayat (1) UUDN RI 1945 adalah proporsionalitas berdasarkan prinsip keadilan distributif. Prinsip isonomi tidak berlaku secara seragam kepada setiap orang tetapi didistribusikan sesuai dengan kelas, kedudukan, prestasi, atau fungsi tertentu dari dalam tatanan sosialnya.

Dalam hukum Inggris, makna prinsip isonomi yang berbasis pada *rule of law*, bahwa semua orang tanpa membedakan kelas, kedudukan, status sosial, maupun fungsinya, mereka tunduk pada hukum dan pengadilan yang sama. Berbeda dengan Indonesia, dalam hukum Inggris, prinsip isonomi beranjak dari teori keadilan komutatif. Prinsip isonomi tidak berlaku secara proporsional tetapi berlaku seragam tanpa memperhatikan orang dan kondisi yang melekat padanya.



## DAFTAR PUSTAKA

### Buku

- Alder, John. *Constitutional and Administrative Law, 5 Th Edition*. Hampshire & New York: Palgrave Macmillan, 2005.
- Asshidiqie, Jimly. *Komentar Atas Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*. Jakarta: Sinar Grafika, 2009.
- Australian Human Rights Commission. *Equal Before the Law Towards Disability Justice Strategies*. Sidney: Australian Human Rights Commission, 2014.
- Boucher, David, and Paul Kelly. *The Social Contract from Hobbes to Rawls*. London and New York: Routledge, 1994.
- Bradley, A W, and K D Ewing. *Constitutional and Administrative Law, 14Th Edition*. Essex: Pearson Longman, 2007.
- Cohen, Morris L., and Kent C. Olson. *Legal Research*. St. Paul Minn: West Publishing Co, 1992.
- Curley, Edwin. *Thomas Hobbes Leviathan with Selected Variants from the Latin Edition of 1668*. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 1994.
- Dicey, A.V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Classics, 1982.
- Finnis, John. *Natural Law & Natural Rights, Second Edition*. Oxford University Press. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Goudappel, Flora A.N.J., and Ernst M.H. Hirsch Ballin. *Democracy and Eule of Law in European Union Essays in Honour of Jaap W. de Zwann*. The Hague: Asser Press, 2016.
- Hamowy, Ronald. *The Collected Works of F.A. Hayek Volume XVII The Constitution of Liberty The Definitive Edition*. Chicago: The University of Chicago Press, 1960.
- Leyden, W Von. *Aristotle on Equality and Justice His Political Argument*. the United Kingdom: Palgrave Macmillan, 1985.
- Liddell, H.G. *A Greek and English Lexion*. Oxford: Clarendon Press, 1940.
- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Latar Belakang, Proses, Dan Hasil Pembahasan 1999-2002 Buku VIII Warga Negara Dan Penduduk, Hak Asasi Manusia Dan Agama*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010.

- Morris, Christopher W. *The Social Contract Theorists : Critical Essays On Hobbes, Locke, and Rousseau Critical Essays On the Classics*. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 1999.
- Morrison, Wayne. *Jurisprudence: From the Greeks to Post-Modernists*. London and New York: Routledge, 2016.
- Pringgodigdo, H.A.K. *Tiga Undang-Undang Dasar*. Jakarta: Pembangunan, 1981.
- Prodjodikoro, Wirjono. *Azas-Azas Hukum Tata Negara Di Indonesia*. Djakarta: Penerbit Dian Rakyat, 1983.
- Ratnapala, Suri. *Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Shapiro, Ian. *Two Treatise of Government and A Letter Concerning Toleration John Locke*. New Haven and London: Yale University Press, 2003.
- Silkenat, James R., James E. Hickey Jr, and Peter D. Barenboim. *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*. Switzerland: Springer International Publishing, 2014.
- Sir Ivor Jennings. *The Law and The Constitution, Fifth Edition*. Kent: The English Language Book Society and Hodder and Stoughton, 1979.
- Tschentscher, Axel. *The Basic Law*. Würzburg: Jurisprudentia Verlag, 2002.
- Verma, SK, and M Afzal Wani. *Legal Research and Methodology*. New Delhi: Indian Law Institute, 2001.

## Jurnal

- Abramchayev, Liliya. "A Social Contract Argument for the State's Duty to Protect from Private Violence." *St. John's Journal of Legal Commentary* 18 (2004): 849-74.
- Allen, Anita L. "Social Contract Theory in American Case Law." *Florida Law Review* 51, no. 1 (1999): 1-40.
- Bhuta, Nehal. "Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law? An Introduction." *European Journal of International Law* 22, no. 2 (2011): 313-14. <https://doi.org/10.1093/ejil/chr043>.
- Byrne, James W. "The Basis of the Natural Law in Locke's Philosophy." *Catholic Lawyer* 10 (1964): 55-63.
- Chroust, Anton-Hermann. "Aristotle's Conception of Equity (Epieikeia)." *Notre Dame Law*. 18, no. 2 (1942): 191-198.
- . "Aristotle's Conception of Justice." *Notre Dame Law Review* 17, no. 2 (1942): 129-43.

- Clifford, Jarlath. "From Historical Philosophical Thought to Modern Legal Norms." *The Equal Rights Review* 1 (2008): 11-23.
- Earl Johnson, Jr. "Equality Before the Law and the Social Contract: When Will the United States Finally Guarantee Its People the Equality Before the Law That the Social Contract Demands?" *Fordham Urban Law Journal* 37, no. 1 (2010): 157-222.
- Flores, Imer. "Law, Liberty and the Rule of Law (in a Constitutional Democracy)." *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper* Number 12- (2013): 77-101.
- Gall, Gerald L. "Some Miscellaneous Aspects of Section 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms." *Alberta Law Review* XXIV, no. 3 (1986): 462-476.
- Gosalbo-Bono, Ricardo. "The Significance of the Rule of Law and Its Implications for the European Union and the United States." *University of Pittsburgh Law Review* 72, no. 2 (2010): 229-360. <https://doi.org/10.5195/LAWREVIEW.2010.159>.
- Heyman, Steven J. "The First Duty of Government: Protection, Liberty and the Fourteenth Amendment." *Rights*, 2017, 449-514. <https://doi.org/10.2307/1372846>.
- Hutchinson, Terry. "The Doctrinal Method: Incorporating Interdisciplinary Methods in Reforming the Law." *Erasmus Law Review*, no. 3 (2016): 130-138. <https://doi.org/10.5553/elr.000055>.
- Johnson, Hon. Earl. "Will Gideon's Trumpet Sound a New Melody? The Globalization of Constitutional Values and Its Implications for a Right to Equal Justice in Civil Cases." *Seattle Journal for Social Justice* 2, no. 1 (2003): 201-241. <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/sjsj/vol2/iss1/56>.
- Owada, Hisashi. "The Rule of Law in Globalizing World - An Asian Perspective." *Washington University Global Studies Law Review* 8, no. 2 (2009): 187-205.
- Principle, Michael L. "Albert Venn Dicey and the Principles of the Rule of Law: Is Justice Blind? A Comparative Analysis of the United States and Great Britain." *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 22, no. 357 (2000): 357-373.
- Seibert-Fohr, Anja. "The Rise of Equality in International Law and Its Pitfalls: Learning From Comparative Constitutional Law." *Brooklyn Journal of International Law* 35, no. 1-39 (2010): 5-6.
- Stein, Robert. "Rule of Law: What Does It Mean?" *Minnesota Journal of International Law* 18, no. 2 (2009): 293-303.

Vlastos, Gregory. "Equality and Justice in Early Greek Cosmologies." *Studies in Presocratic Philosophy: The Beginnings of Philosophy* 1, no. 3 (2016): 56–91. <https://doi.org/10.2307/j.ctv24rgc1n.10>.

Weirich, Paul. "Rousseau on Equality." *History of Philosophy Quarterly* 9, no. 2 (1992): 191-198.

Winter, Ralph K. Jr. "Changing Concepts of Equality: From Equality before the Law to the Welfare State." *Wash. U. L. Q* 1, no. 3 (2015): 741-755.

Wright, R. George. "Equal Protection and the Idea of Equality." *SSRN Electronic Journal*, 2015: 1-53. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2648608>.

### **Disertasi/Tesis**

Hopkins, Anthony. "Equality Before the Law: The Importance of Understanding the Experience of 'Other' in the Criminal Justice System." University of Canberra, 2015.

Keyt, David. *Aristotle on Freedom and Equality, Dalam Georgios Anagnostopoulos and Gerasimos Santas (Eds), Democracy, Justice, and Equality in Ancient Greece Historical and Philosophical Perspectives*. Switzerland: Springer, n.d.

Kreider, David. "Isonomia-The Greek Idea of Freedom." Graduate Student Theses, Dissertations, & Professional Papers, Number 5244, 1973.

### **Peraturan Perundang-undangan**

Indonesia. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (n.d.).

Indonesia. Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah. LN No. 125 Tahun 2004. TLN No.4437.

Indonesia. Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2014 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah. LN No. 182 Tahun 2014. TLN No.5568.

### **Putusan Pengadilan**

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 73/PUU-IX/2011.

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 76/PUU-XII/2014.

# **Teori Utilitarianisme Jeremy Bentham: Tujuan Hukum atau Metode Pengujian Produk Hukum?**

## ***Jeremy Bentham's Utilitarianism Theory: Legal Purpose or Methods of Legal Products Examination?***

**Endang Pratiwi**

Fakultas Hukum Universitas Pasundan Bandung,  
Jalan Lengkong Besar Nomor 68, Cikawao, Kecamatan Lengkong, Kota Bandung, Jawa Barat,  
Email: 208100033@gmail.com

**Theo Negoro**

Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan Bandung,  
Jalan Ciumbuleuit Nomor 94, Hegarmanah, Kecamatan Cidadap, Kota Bandung, Jawa Barat,  
Email: 8052001021@student.unpar.ac.id

**Hassanain Haykal**

Fakultas Hukum Universitas Kristen Maranatha Bandung,  
Jalan Surya Sumantri Nomor 65, Sukawarna, Kecamatan Sukajadi, Kota Bandung, Jawa Barat,  
Email: hassanain.haykal@law.maranatha.edu

Naskah diterima: 07-04-2022 revisi: 19-04-2022 25-05-2022 disetujui: 02-06-2022

### **Abstrak**

Kemanfaatan sebagai tujuan hukum menjadi suatu keyakinan di dalam pergaulan hukum Indonesia, padahal di dalam literturnya, Bentham menyiratkan bahwa kemanfaatan bersama-sama dengan kenikmatan, kebahagiaan, dan kesenangan merupakan dimensi batu uji dari perhitungan *pleasure* dan *pain*, yang lebih tepat dijadikan sebagai metode evaluasi peraturan produk hukum daripada menjadi tujuan hukum. Oleh sebab itu, penelitian ini mencoba untuk membedah konsep teori utilitarianisme dari Bentham, serta mencari posisi konsep utilitarianisme Bentham di dalam faset pemikiran ilmu hukum. Kesimpulan dari penelitian ini adalah argumentasi bahwa kemanfaatan bukanlah tujuan hukum. Kemanfaatan merupakan bagian dari variabel perhitungan *pleasure* dan *pain* untuk melakukan metode evaluasi produk hukum, sehingga dapat menentukan apakah kepastian hukum di dalam suatu produk

perundang-undangan berkelanjutan atau tidak. Lebih lanjut, teori utilitarianisme Bentham mengambil tesis separabilitas dan tesis reduktif, selayaknya titik berdiri aliran positivisme hukum, sehingga teori utilitarianismenya Bentham bukan merupakan aliran pemikiran yang berdiri secara mandiri, melainkan faset pemikiran dari aliran positivisme hukum.

**Kata Kunci:** Jeremy Bentham; Kemanfaatan; Teori Utilitarianisme; Tujuan Hukum.

### **Abstract**

*Utility as a legal purpose has become a belief in Indonesia. In his literature, Bentham implies that utility are the dimension of the calculation of pleasure and pain, which is more appropriate to be used as a method of evaluating laws and regulations, rather than for legal purposes. This study tries to dissect the concept of Bentham's utilitarianism theory, and to find its position in the facet of legal thought. The conclusion of this study explains why utility is not a legal purpose. Utility is part of the calculation variables for evaluating legal product evaluation methods, so as to determine whether legal certainty in a legal product is sustainable or not. Furthermore, Bentham's theory of utilitarianism takes the separability thesis and the reductive thesis, as its standpoint of legal positivism, therefore Bentham's utilitarianism theory is not an independent school of thought, but a facet of legal positivism.*

**Keywords:** Jeremy Bentham; Legal Purpose; Utilitarianism Theory; Utility.

## **A. PENDAHULUAN**

### **1. Latar Belakang**

Para pengemban hukum di Indonesia, sering kali bertemu dengan kalimat, “*Tujuan hukum harus memenuhi tiga aspek, yaitu Keadilan, Kepastian, dan Kemanfaatan*”. Aspek-aspek tersebut, sering dianggap sebagai tujuan-tujuan hakiki yang harus ada di dalam suatu produk hukum yang akan berlaku di masyarakat. Para pengemban hukum praktis maupun para pengemban hukum teoretis berlomba-lomba untuk menciptakan produk-produk hukum yang memenuhi ketiga aspek tersebut.<sup>1</sup> Oleh karenanya, tujuan-tujuan hukum ini senantiasa harus dipenuhi agar regulasi atau produk hukum yang dibentuk oleh para pengemban hukum diharapkan dapat memenuhi ketiga aspek tadi secara sempurna. Namun, kebenaran dari ketiga aspek ini sebagai tujuan-tujuan dibentuknya suatu produk hukum yang wajib ada, harus diteliti lebih dalam, apakah benar hukum itu harus secara sempurna menciptakan keadilan, harus memiliki kepastian, dan harus memberikan kemanfaatan bagi masyarakat.

Hukum harus adil dan harus memiliki kepastian merupakan tujuan-tujuan yang lahir dari perdebatan intelektual antara para pemikir aliran hukum alam dengan para

<sup>1</sup> Arief Sidharta, *Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum Cetakan Kedua*, (Bandung: Mandar Maju, 2009), 39.



pemikir aliran positivisme hukum. Para pemikir ini saling berdebat dan menantang satu sama lain tentang siapakah konsep pemikiran yang paling benar, apakah konsep hukum dan moralitas yang harus disatukan demi menciptakan keadilan (aliran hukum alam) atau konsep hukum yang harus dipisahkan dari konsep-konsep yang bersifat non-yuridis (dalam hal ini, banyak juga yang menganggap moralitas juga harus dipisahkan dari hukum) sehingga menciptakan kepastian (aliran positivisme hukum). Sebenarnya, kedua contoh singkat di atas dirasa tidak terlalu merepresentasikan masing-masing aliran pemikiran hukum ini secara keseluruhan, karena perkembangannya yang panjang dan perdebatan-perdebatan yang dihasilkan dan seiring diimplementasikannya konsep-konsep ini ke dalam beberapa produk-produk hukum yang telah dikenal secara luas, membuat konsep-konsep dari aliran hukum alam maupun aliran positivisme hukum tidak hanya terbatas pada apakah moralitas harus disatukan ke dalam hukum atau tidak, tetapi sudah lebih dari itu.

Namun secara umumnya, para pemikir hukum alam memang mengamini hakikat hukum yang tidak bisa netral dan harus dipandu oleh rasa moralitas universal atau dalam artian lain, para pemikir hukum alam menyatakan bahwa rasa-rasa moralitas yang universal (seperti tidak boleh membunuh, tidak boleh mencuri, tidak boleh mengambil hak orang lain, dan perbuatan yang secara umum diakui salah), merupakan prinsip-prinsip yang harus diikuti oleh semua manusia agar keadilan dapat lahir di dalam diri manusia kapanpun dan dimanapun dia berada.<sup>2</sup> Oleh sebab itu, hukum yang tidak adil adalah hukum yang tidak sesuai dengan prinsip-prinsip universal, sehingga dapat dikatakan sebagai “sesuatu yang bukan hukum”, atau apabila terdapat perilaku-perilaku yang “menyimpang” dari rasa prinsip universal tersebut, maka hal tersebut adalah anomali yang harus diluruskan karena tidak sesuai nilai dasar kebaikan.<sup>3</sup>

Kemudian, kritik muncul sebagai sebuah antitesis dari para pemikir hukum alam ini, yaitu dari para *positivist*. Para *positivist* menganggap bahwa investigasi mengenai hukum yang valid atau tidak valid, bukan berasal dari prinsip-prinsip universal, tetapi berasal dari kajian tentang apa yang menyebabkan sesuatu hukum itu berlaku serta mengikat di dalam masyarakat. Kritik dasar dari para *positivist* adalah moralitas tidak dapat berlaku secara universal di dalam setiap orang. Sebab itu, konsep tentang prinsip-prinsip universal dari suatu moralitas tidak dapat dihubungkan dengan daya berlaku hukum kepada masyarakat.<sup>4</sup> Konsep umum yang ditawarkan oleh para *positivist*

<sup>2</sup> John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, (Oxford: Oxford University Press, 1980); Robert George, *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, (Oxford: Oxford University Press, 1994).

<sup>3</sup> George, *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, 33.

<sup>4</sup> Jules L. Coleman dan Leiter Brian, *A Companion To Philosophy and Legal Theory*, (Oxford: Blackwell Publishing, 2010), 228.

dalam memvalidasi keberlakuan hukum, kemudian ditafsirkan menjadi dua cara, yaitu melalui konstruksi yang restriktif dan melalui pemahaman inklusif.<sup>5</sup>

Konstruksi yang restriktif menjelaskan bahwa kebaikan atau keburukan dari suatu moralitas (atau hal-hal gaib lainnya) tidak akan pernah dapat menjadi kriteria validitas hukum karena sifatnya yang tidak pasti dan dapat berbeda-beda di setiap orang, sehingga validitas dari lahirnya hukum harus didasarkan pada fakta yang pasti. Fakta yang pasti tersebut kemudian harus dapat dilacak melalui pertanyaan “siapa yang menciptakan fakta tersebut?”, oleh karena premis awalnya adalah hukum bukan berasal dari moralitas atau hal-hal yang bersifat non-yuridis (dan bahkan dari langit), maka pencariannya mengerucut kepada manusia itu sendiri, sehingga akhirnya diketahui bahwa fakta-fakta tersebut ditulis dan dijadikan sebagai hukum karena adanya kehendak para manusia yang memiliki kewenangan/kekuatan untuk menghendaki suatu fakta menjadi hukum. Oleh karena penciptaannya harus dapat dilacak, maka penciptaan hukum juga harus sesuai dengan persyaratan prosedural agar menciptakan norma hukum yang sah. Lebih lanjut, cara yang kedua adalah pemahaman yang inklusif, yaitu suatu norma tidak harus memiliki nilai dari prinsip-prinsip yang universal agar menjadi norma hukum yang mengikat, melainkan suatu norma hukum dapat mengikat apabila masyarakat atau penguasa menyatakan bahwa itu mengikat.<sup>6</sup> Titik sentral dari pemikiran ini adalah manusia itu sendiri, yang mana kemudian memisahkan hal-hal yang bersifat gaib dan hukum sehingga menimbulkan kepastian.

Beberapa tokoh yang terkenal dari masing-masing pemikiran ini secara sistematis mengembangkan pola rasionalitas dan mensistematisasikannya ke dalam konsep-konsep doktrin sehingga dapat menjelaskan daya ikat sebuah hukum berdasarkan aliran pemikirannya. Contohnya, doktrin-doktrin dari aliran hukum alam dapat dilacak perkembangannya dari peradaban Yunani kuno melalui karya-karya dari Aristoteles, yang kemudian berkembang sampai kepada masa kekaisaran Romawi melalui pemikiran-pemikiran kaum Stoik, tetapi era rasionalisasi dari aliran hukum alam terjadi ketika Thomas Aquinas menginterpretasikan pemikirannya secara sosiologis dan teleologis dalam merumuskan doktrin-doktrinnya. Kemudian upaya rasionalisasi ini berlanjut ketika Hugo Grotius, Francisco de Victoria, Francisco Suarez, dan Samuel Pufendorf mulai aktif membahas aliran ini, dan memunculkan perdebatan-perdebatan tentang ada di mana posisi aliran hukum alam ini, apakah prinsip-prinsip universal tersebut berasal dari hukum Tuhan (dicetuskan oleh Francisco de Victoria dan

<sup>5</sup> Coleman dan Brian, *A Companion...*, 230.

<sup>6</sup> Coleman dan Brian, *A Companion...*, 230

Francisco Suarez) atau justru berdasarkan tingkat rasio manusia yang menganggap dan menentukan salah atau tidak salahnya sesuatu, bukan ditentukan oleh kekuasaan ilahiah (dikembangkan oleh Hugo Grotius).<sup>7</sup>

Begitu pula dengan doktrin aliran positivisme hukum, perkembangannya dapat dilacak dari peradaban Yunani kuno ketika para *sophist* yang mengajarkan tentang sekularisasi, relativitas, dan kesinisan terhadap kepercayaan agama dan semua tradisi (yang oleh sebagian ahli, juga diartikan kepada kesinisan terhadap moralitas umum),<sup>8</sup> yang kemudian menginspirasi Thomas Hobbes untuk mengembangkan doktrinnya tersendiri yang didasarkan atas orientasi ilmiah dan menjauhkan hukum dari metafisika.<sup>9</sup> Seiring dengan berkembangnya ilmu pengetahuan hukum, pemikiran tentang aliran ini juga turut mempengaruhi Jeremy Bentham dan John Austin (mengembangkan doktrin tentang daya berlaku hukumnya), Hans Kelsen (mengembangkan teori tentang norma hukumnya), dan H.L.A. Hart (mengembangkan teori tentang aturan hukum).

Namun, pertanyaan lanjutannya adalah, di mana letak kemanfaatan di dalam sejarah perkembangan hukum, sehingga dia dapat dikatakan sebagai tujuan? Apakah dia masuk ke dalam aliran pemikiran hukum alam, atau justru masuk ke faset aliran positivisme hukum? Atau bahkan, mungkin mempunyai sejarah panjangnya sendiri sehingga menjadi tujuan hukum tersendiri?

Kemanfaatan selalu dikaitkan dengan teori utilitarianisme milik Jeremy Bentham. Istilah dari "*The greatest happiness of the greatest number*" selalu diidentikkan sebagai kebahagiaan yang ditentukan oleh banyaknya orang, sehingga taraf ukur kebahagiaan mayoritas yang menentukan bagaimana hukum tersebut dibentuk. Namun, istilah tersebut lebih cocok diartikan sebagai jaminan kebahagiaan individu yang harus diberikan oleh negara kepada warga negaranya serta menghilangkan penderitaan bagi masyarakat melalui instrumen hukum, sehingga tolak ukur dari instrumen hukum tersebut adalah "kebahagiaan" dan "penderitaan". Pada dasarnya, konsepsi mengenai kebahagiaan yang ditentukan oleh mayoritas, merupakan terobosan paling mutakhir saat Jeremy Bentham menguraikannya pada zamannya. Sekilas, memberikan kebahagiaan yang besar kepada masyarakat terlihat benar adanya, tetapi penulis beranggapan bahwa penjelasan yang berakhir dengan kesimpulan tersebut, dinilai

<sup>7</sup> Francisco F. Martin et al., *International Human Rights & Humanitarian Law: Treaties, Cases, & Analysis*, (New York: Cambridge University Press, 2006), 2.

<sup>8</sup> Phillip A. Pecorino, "An Introduction to Philosophy, Chapter 2: The Greeks," [https://www.qcc.cuny.edu/socialsciences/pppecorino/intro\\_text/chapter\\_2\\_greeks/Pre\\_Socratics.htm](https://www.qcc.cuny.edu/socialsciences/pppecorino/intro_text/chapter_2_greeks/Pre_Socratics.htm), diakses 21 Agustus 2021.

<sup>9</sup> Thomas Hobbes, *Cambridge Dictionary of Philosophy*, (London: Cambridge University Press, 1999), 386-390; Kees Bertens, *Ringkasan Sejarah Filsafat*, (Yogyakarta: Kanisius, 1998), 51.

masih kurang tepat karena istilah *"The greatest happiness of the greatest number"* diletakkan oleh Jeremy Bentham untuk menyebutkan salah satu batu uji dari teori utilitarianismenya, bukan sebagai poin penting yang menyebutkan bahwa "agar memenuhi kemanfaatan, maka hukum harus memenuhi keinginan mayoritas."

Pandangan utilitarianisme pada dasarnya merupakan suatu paham etis-etika yang menempatkan tindakan-tindakan yang dapat dikatakan baik adalah yang berguna, memberikan faedah (manfaat), dan menguntungkan, sedangkan tindakan-tindakan yang tidak baik adalah yang memberikan penderitaan dan kerugian.<sup>10</sup> Lebih lanjut, kebahagiaan tersebut menurut sudut pandang utilitarianisme tidak memihak karena setiap orang pasti menginginkan kebahagiaan dan bukannya penderitaan, oleh karena itu konsep utilitarianisme mendasarkan kebahagiaan sebagai batu uji moralitas yang sifatnya *"impartial promotion of well-being"*, yaitu menjunjung kebahagiaan/kesejahteraan yang tidak memihak.<sup>11</sup> Dari sini, kita mendapatkan alasan mengapa Jeremy Bentham mengistilahkan kebahagiaan sebagai *"The greatest number"*, yaitu karena suatu tindakan yang etis atau bermoral tersebut dapat dirasakan oleh semua orang melalui kebahagiaan, karena sifat kebahagiaan tersebut yang seharusnya tidak memihak dan dapat dirasakan oleh siapapun.

Namun apabila demikian, maka kemanfaatan sebagai suatu tujuan hukum harus dipertanyakan kembali, apakah benar teori utilitarianismenya Jeremy Bentham membahas tentang tujuan hukum yang berujung kepada keinginan mayoritas, atau justru membahas metode etis-etika dari sebuah produk hukum melalui sudut pandang utilitarianisme. Untuk itu, selain memaparkan lebih lanjut tentang teori utilitarianisme beserta dengan konsep-konsepnya, penelitian ini juga akan mencoba mencari tahu letak dan posisi dari teori utilitarianisme Jeremy Bentham, apakah betul membahas tentang tujuan hukum atau justru membahas metode uji hukum yang harus beretika/bermoral. Kajian ini akan mencoba mengupas sedalam-dalamnya (sejauh yang penulis sanggup) mengenai alam pemikiran Jeremy Bentham yang terdapat di dalam karyanya yang diterbitkan pada tahun 1781 dengan judul *"Introduction to the Principles of Morals and Legislation."*

## 2. Perumusan Masalah

Dari uraian latar belakang di atas, maka dapat ditarik suatu rumusan masalah mengenai bagaimana konsep dari teori utilitarianisme Jeremy Bentham dan di mana posisi teori utilitarianisme Jeremy Bentham tersebut di dalam faset perkembangan

<sup>10</sup> A Mangunhardjana, *Isme-Isme Dalam Etika Dari A Sampai Z*, (Yogyakarta: Kanisius, 1999), 231.

<sup>11</sup> Tim Mulgan, *Utilitarianism*, (New York: Cambridge University Press, 2020), 1.

pemikiran ilmu hukum, serta bagaimana melakukan kegiatan evaluasi suatu produk hukum menggunakan batu uji *pleasure* dan *pain* tersebut.

## B. PEMBAHASAN

### 1. Jeremy Bentham dan Perkembangan Teori Utilitarianismenya

Jeremy Bentham dilahirkan di Spitalfields, London pada tanggal 15 Februari tahun 1748 dan pada saat usianya tujuh tahun (1775), dia dikirim oleh ayahnya untuk mengenyam pendidikan di *Westminster School*.<sup>12</sup> Pada tahun 1769 ketika usianya dua belas tahun dia melanjutkan pendidikannya di *Queen's College University of Oxford*. Tahun 1763 dia mendaftarkan dirinya menjadi seorang barrister di *The Honorable Society of Lincoln's Inn*,<sup>13</sup> dan berhasil menyelesaikan ujian barristernya pada tahun 1768.<sup>14</sup> Setelah merayakan kelulusannya menjadi seorang barrister, dia kembali ke *Queen's College* untuk melakukan voting terhadap pemilihan parlemen di universitasnya. Sesaat sebelum melakukan voting, dia mengunjungi perpustakaan universitas dan beristirahat sejenak di kedai kopi depan perpustakaan tersebut. Disitulah dia kemudian menemukan salinan pamflet yang baru diterbitkan oleh Joseph Priestley dengan judul "*Essay on Government*". Di dalam pamflet itu dia menemukan istilah paling terkenalnya, yaitu "*The greatest happiness of the greatest number*".<sup>15</sup>

Dari pamflet itu pula, Jeremy Bentham memutuskan untuk membuat sebuah pondasi baru kepada ilmu hukum dan kepada legislasi tentang prinsip-prinsip keberlakuan hukum dan daya ikatnya kepada masyarakat. Kerja dari Jeremy Bentham ini, selain dimotivasi oleh pamflet milik John Priestley, didasarkan pula kepada kekecewaannya terhadap hukum, sehingga alih-alih mempraktikkan hukum, dia justru memutuskan

<sup>12</sup> *Westminster School* adalah sekolah menengah atas yang terdapat di jantung kota London. Sekolah ini merupakan sekolah yang tergolong kuno karena didirikan pada tahun 960 Masehi oleh para biarawan Benediktin dari Biara St. Peter. Sekolah ini, dari awal berdirinya, berada tepat di sebelah Gereja *Westminster Abbey* dan Gedung Parlemen Inggris yang bernama "*Houses of Parliament*". Lihat, Westminster School, "About Westminster," <https://www.westminster.org.uk/about/>, diakses 29 September 2021.

<sup>13</sup> "*The Honourable Society of Lincoln's Inn* adalah lembaga pendidikan profesi bagi para mahasiswa yang telah menyelesaikan pendidikan sarjana hukumnya untuk menjadi seorang barrister. The Honourable Society of Lincoln's Inn, "Who We Are," *The Honourable Society of Lincoln's Inn*, <https://www.lincolnsinn.org.uk/about-us/who-we-are/>, diakses 27 Agustus 2021.

<sup>14</sup> Barrister adalah sebuah istilah untuk menyebutkan profesi pembela pada sistem hukum di Inggris. Lihat The Lawyer Portal, "Difference Between Solicitor and Barrister," <https://www.thelawyerportal.com/careers/difference-between-solicitor-and-barrister>, diakses 27 Agustus 2021.

<sup>15</sup> Mary Warnock, *Utilitarianisme and On Liberty: Including Mill's Essay on Bentham and Selection from the Writings of Jeremy Bentham and John Austin*, Second, (Malden: Blackwell Publishing, 2003), 1.

untuk menulis, mengkritik, dan memberikan saran untuk memperbaiki hukum itu sendiri.<sup>16</sup>

Usaha Jeremy Bentham untuk menulis dan mengkritik hukum tersebut dilakukan secara perlahan-lahan, contohnya tahun 1776 dia secara anonim menerbitkan sebuah artikel yang berjudul "*Fragment on Government*" yang merupakan sebuah kritik terhadap artikel ilmiah dari Sir William Blackstone berjudul "*The Commentaries on The Laws of England*". Kritik ini dilakukan olehnya bukan tanpa alasan, kritik yang dilakukannya kepada karya Sir William Blackstone ini merupakan bentuk kekecewaannya terhadap ceramah Sir William Blackstone tentang sistem hukum Inggris.<sup>17</sup> Secara ringkasnya, saat itu tradisi *common law* di Inggris mengalami perdebatan mengenai apa yang seharusnya dilakukan oleh seorang *iuris/lawyers* terhadap hukum, bagaimana pola pemikiran dan perilaku yang dapat dikatakan sebagai seorang profesional terlatih, serta upayanya untuk mengidentifikasi prinsip-prinsip yang berlaku pada masyarakat.<sup>18</sup>

Perdebatan ini kemudian memunculkan dua perspektif tentang posisi hukum pada tradisi *common law*, yaitu para *iuris* yang melihat hukum sebagai suatu akal buatan, yang kemudian mendasarkan tradisi *common law* pada akal serta pengetahuan kolektif dari para iuris tersebut, dan yang melihat hukum dengan lebih statis atau positivistik yang mana tradisi *common law* seharusnya menjadi sistem aturan positif yang mendapatkan daya berlakunya karena disetujui oleh penguasa (dalam konteks negara Inggris, adalah parlemen/legislatif). Hal yang menarik dari posisi Jeremy Bentham di dalam perdebatan ini adalah justru dia mengkritisi kedua perspektif ini beserta dengan teori turunannya, bahkan Jeremy Bentham juga mengkritisi pemikiran-pemikiran dari aliran hukum alam yang sedikit banyak juga mempengaruhi Sir William Blackstone dalam merumuskan teori hukumnya.

Dari perdebatan-perdebatan tersebut, Jeremy Bentham secara aktif ikut hadir dengan menerbitkan beberapa esai dan pamflet. Esai-esai akademik dan pamflet tersebut (yang tidak bisa penulis sebutkan satu-persatu) sedikit banyak menggambarkan pemikirannya tentang hukum, tetapi baru pada tahun 1781, Jeremy Bentham menerbitkan karya yang menjadi landasan dalam mensistematisasikan

<sup>16</sup> University College of London, "About Jeremy Bentham," University College of London, <https://www.ucl.ac.uk/bentham-project/about-jeremy-bentham>, diakses 29 September 2021.

<sup>17</sup> A. Cromartie, *The Idea of Common Law as Custom*, dikutip dari Amanda Perreau-Saussine dan James Bernard Murphy, *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophy Perspective*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 223.

<sup>18</sup> Alan Edward Coke, "The First Part of the Institutes Lawyers of England," in *The Selected Writing of Sir Edward Coke*, Volume 2 (Indianapolis: Liberty Fund, 2003), 701; Matthew Hale, *The History of The Common Law of England*, (Chicago: Chicago University Press, 1971), 3; William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, (Chicago: Chicago University Press, 1979), 68.



teori utilitarianismenya yang sangat kental dengan pondasi ajaran moralitas serta hubungannya dengan kehidupan filsafat etik, filsafat hukum dan ilmu hukum itu sendiri, yaitu "*Introduction to the Principles of Morals and Legislation*". Buku ini berisi beberapa bab yang berasal dari kutipan yang diciptakan oleh Jeremy Bentham sendiri, contohnya di dalam Bab 1 diberi judul "*The Principle of Utility*", didalamnya Jeremy Bentham menjelaskan bagaimana perbuatan dapat dipengaruhi oleh suatu keinginan (atau kebutuhan) akan suatu rasa senang/nikmat dan pada akhirnya menciptakan utilitas atau kebahagiaan bagi mereka.

Karyanya tersebut menjadi sangat terkenal di daratan eropa ketika Dumont, seorang muridnya, menerbitkan artikel berjudul "*Traites de Legislation Civile et Penale*" di Paris pada tahun 1802.<sup>19</sup> Karya tersebut diterbitkan Dumont atas dasar karya-karya yang diberikan oleh Jeremy Bentham kepadanya, dan tentu saja gagasan-gagasannya tentang utilitarianisme. Kemudian pada tahun 1808 ia bertemu dengan James Mill dan di bawah pengaruh James Mill, Jeremy Bentham mulai lebih jauh terlibat ke dalam urusan politik dan sosial. Jeremy Bentham, pada dasarnya mengagumi pemikiran-pemikiran tentang kodifikasi yang pada saat itu sedang berkembang di daratan eropa, karena itu pula pada tahun 1822 ia menerbitkan "*Codification proposal address by Jeremy Bentham to all nations professing liberal opinions, or idea of a proposed all-comprehensive body of law with an accompaniment of reason*". Lebih lanjut, dia juga menulis banyak pamflet untuk mendesak suatu reformasi hukum dengan cara mengekspos pelanggaran-pelanggaran terhadap hak konstitusi masyarakat Inggris pada saat itu, sehingga kebijakan-kebijakan Inggris saat itu justru menimbulkan lebih banyak penderitaan kepada masyarakat daripada kebahagiaan yang ditimbulkannya. Jeremy Bentham juga sempat menyarankan agar Inggris (yang notabene sistemnya adalah *common law*) untuk menerima ide-ide dari tradisi *civil law*, termasuk juga ide kodifikasinya.<sup>20</sup>

## 2. Konsep Utilitarianisme Klasik dan Konsep Teori Utilitarianisme Jeremy Bentham

Konsep dasar dari Teori Utilitarianisme secara umum sangat sederhana, yaitu bagaimana memaksimalkan kedayagunaan (*utility*) dari suatu tindakan, sehingga dari proses tersebut kita dapat menikmati manfaat, keuntungan, kebahagiaan, dan kenikmatan (*benefit, advantage, pleasure, good, or happiness*). Dari proses memaksimalkan kedayagunaan tersebut, kemudian diharapkan pula untuk dapat

<sup>19</sup> Warnock, *Utilitarianisme and On Liberty*.

<sup>20</sup> Philip Schofield, "The legal and political legacy of jeremy bentham," *Annual Review of Law and Social Science* 9 (November 2013): 51-70, <https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-102612-134101>.

menghalangi timbulnya rasa sakit, kejahatan, penderitaan, atau rasa-rasa yang menimbulkan ketidakbahagiaan.<sup>21</sup> Proses memaksimalkan kedayagunaan ini kemudian diterapkan secara konkret kepada tindakan-tindakan yang nyata terjadi di masyarakat, yang mana dalam implementasinya, konsep utilitarianisme akan mendasarkan penilaian kepada pertanyaan “apakah tindakan tersebut memberikan kedayagunaan kepada saya?”.

Dari pertanyaan tersebut, maka dengan menerapkan konsep utilitarianisme, suatu penilaian terhadap tindakan (baik yang dilakukan secara aktif atau tidak (*commission or omission*)), fenomena yang terjadi di masyarakat, dan/atau suatu peristiwa konkret, akan didasarkan kepada seberapa berdayanya dan seberapa bergunanya tindakan, fenomena, dan/atau peristiwa tersebut kepada individu yang mengalaminya.<sup>22</sup> Oleh karenanya dalam konsep utilitarianisme klasik, apabila sesuatu tersebut memiliki daya guna yang besar kepada masyarakat luas, maka hal demikian akan meningkatkan kebahagiaan dan mengurangi rasa sakit. Hal demikian pula yang membuat konsep utilitarianisme juga kental dengan proses perhitungan antara kebahagiaan (*pleasure*) dan penderitaan (*pain*), karena apabila suatu tindakan/fenomena/peristiwa melahirkan kebahagiaan yang lebih besar dari penderitannya, maka tindakan/fenomena/peristiwa tersebut memiliki “kedayagunaan” terhadap masyarakat, begitu pula sebaliknya, apabila tindakan /fenomena/peristiwa itu melahirkan penderitaan yang lebih besar, maka tindakan /fenomena/peristiwa tidak memiliki “kedayagunaan”.

Dari premis di atas, penulis berpendapat bahwa tujuan dari konsep utilitarianisme klasik bukanlah bagaimana tindakan/fenomena/peristiwa digunakan untuk mencapai kemanfaatan, tetapi justru untuk menghitung apakah tindakan/fenomena/peristiwa memiliki kemanfaatan. Sehingga apabila memiliki kemanfaatan yang lebih besar, tindakan/fenomena/peristiwa secara otomatis telah berdaya guna bagi masyarakat dan juga sebaliknya. Oleh sebab itu, utilitarianisme lebih cocok untuk dijadikan sebagai alat evaluasi etis-etika apakah suatu hal yang terjadi, berdaya guna bagi masyarakat luas atau tidak, dengan menggunakan perhitungan *pleasure* dan *pain* tadi.

Konsep utilitarianisme klasik ini kemudian dikembangkan oleh Jeremy Bentham dengan memasukkan peran hukum di dalamnya (dalam beberapa literatur, pengembangan oleh Jeremy Bentham ini disebut “*legal utilitarianism*”). Jeremy Bentham memiliki pandangan yang sama dengan utilitarianisme klasik, tetapi dia menggali lebih

<sup>21</sup> Brian Duignan, “Utilitarianism,” *Britannica*, <https://www.britannica.com/topic/utilitarianism-philosophy>, diakses 28 Maret 2022.

<sup>22</sup> Igor V. Kolosov dan Konstantin E. Sigalov, “Was J. Bentham the First Legal Utilitarian?,” *RUDN Journal of Law* 24, no. 2 (2020): 438–71, <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2020-24-2-438-471>.

dalam perihal mengapa *pleasure* dan *pain* dijadikan sebagai batu uji untuk menilai suatu tindakan/peristiwa/fenomena tertentu. Menurutnya, manusia adalah makhluk hidup yang selalu dibayang-bayangi oleh rasa kebahagiaan dan rasa sakit. Bayang-bayang ini yang nantinya akan menentukan perilaku mereka, contohnya dengan mengetahui bahwa manusia dibayang-bayangi dengan dua rasa ini, kita akan mengetahui apa motivasi seseorang melakukan tindakannya, apa yang mendasari seseorang menaruh harapan dan cita-citanya, dan kita juga akan mengetahui apa yang akan dia lakukan kedepannya. Semuanya (menurutnya) pasti akan didasarkan atas kebahagiaan untuk dirinya, dan menghindari rasa sakit terhadap dirinya.<sup>23</sup>

Secara mendetail, konsep utilitarianisme dari Jeremy Bentham menggambarkan bahwa apabila seorang individu menghadapi suatu peristiwa yang secara moralitas baginya itu penting, maka kita dapat melakukan perhitungan mengenai siapa saja yang akan dipengaruhi oleh tindakan tersebut dan seberapa besar *pleasure* dan *pain* yang dapat ditimbulkan bagi mereka yang terkena dampaknya, dan memilih mana saja tindakan yang dapat mengoptimalkan kebahagiaan atau mereduksi rasa penderitaannya.<sup>24</sup> Lebih lanjut, di dalam konsep teori utilitarianismenya tersebut, Jeremy Bentham juga mempercayai adanya proses untuk memaksimalkan kedayagunaan, yang mana dalam proses tersebut memaksimalkan kedayagunaan adalah sama dengan memaksimalkan kebahagiaan, manfaat, keuntungan, dan kenikmatan bagi sebanyak-banyaknya orang atau dalam premis yang sama, memaksimalkan kedayagunaan adalah sama dengan meminimalkan rasa penderitaan bagi sebanyak-banyaknya orang yang terdampak kepada situasi yang secara moralitas dianggap penting baginya. Di sini, Jeremy Bentham tidak membahas apakah moralitas itu masuk ke dalam proses perhitungan dari *pleasure* dan *pain*-nya tersebut, atau apakah moralitas merupakan hal yang penting bagi masyarakat, tetapi dia menempatkan moralitas sebagai suatu indikator (atau mungkin justifikasi) kapan perhitungan *pleasure* dan *pain*-nya itu digunakan.

Oleh karenanya, perhitungan antara *pleasure* dengan *pain* dapat dilakukan apabila terdapat tindakan/peristiwa/fenomena yang secara moralitas masyarakat menganggap itu penting, sehingga apabila tidak ditemukan solusi untuk permasalahan tersebut, akan timbul ketidaktertiban di dalamnya. Oleh sebab itu, menurut penulis utilitarianisme Jeremy Bentham ini menjadi sangat relevan apabila dijadikan sebagai pisau analisis terhadap suatu kebijakan hukum. Karena selain anomali masyarakat, hukum juga menjadi bagian penting yang dapat mengguncang nilai-nilai moralitas masyarakat.

<sup>23</sup> Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, (Ontario: Batoche Books Kitchener, 2001), 14-19.

<sup>24</sup> Bentham, *An Introduction to the Principles*, 27-31.

Melanjutkan pembahasan dari perhitungan *pleasure* dan *pain* dari teori Jeremy Bentham, pendekatannya ini membuat setiap pilihan yang akan diambil selanjutnya ditentukan dari seberapa banyak “kebahagiaan” dapat dihasilkan dari pilihan tersebut, atau bagaimana konsekuensi dan hasil yang dapat ditimbulkan dari pilihan tersebut (apakah nantinya pilihan tersebut akan membawa banyak “kebahagiaan” atau tidak). Dengan konsep ini, maka tingkat kebahagiaan sebagai suatu indikator dari kedayagunaan adalah keseluruhan dari hasil rasa sakit dan kebahagiaan terhadap tindakan/peristiwa/fenomena dan jumlah individu yang terdampak dari tindakan/peristiwa/fenomena tersebut.

Oleh karena kebahagiaan tersebut mempunyai tingkatan-tingkatan tertentu, maka premis yang mengikutinya adalah rasa kebahagiaan seharusnya dapat diukur.<sup>25</sup> Jeremy Bentham menjustifikasi pengukuran rasa kebahagiaan ini dengan konsep yang dia sebut “Perhitungan Moral” atau oleh beberapa ahli disebut pula sebagai “*hedonistic calculus*”.<sup>26</sup> Konsep pertama dari perhitungan ini adalah mengetahui nilai-nilai kuantitatif dari kebahagiaan, yaitu nilai *pleasure* dan nilai *pain*. Premis yang dijabarkan oleh Jeremy Bentham, yaitu kebahagiaan adalah kenikmatan/kesenangan, dan kenikmatan/kesenangan adalah kebaikan (*Happiness is pleasure; and pleasure is good*). ketidakbahagiaan adalah penderitaan, dan penderitaan adalah buruk (*Unhappiness is pain; and pain is bad*). Perhitungan antara keduanya yang dianggap sebagai hal yang penting, oleh karenanya meskipun diketahui bahwa secara kualitatif terdapat hal-hal lain yang dianggap sebagai nilai kebahagiaan, nilai-nilai yang bersifat kualitatif tersebut harus dikesampingkan terlebih dahulu, kecuali nilai tersebut kemudian dinyatakan kembali menjadi nilai yang bersifat kuantitatif.<sup>27</sup>

Jeremy Bentham kemudian menempatkan tujuh variabel kuantitatif untuk melakukan proses penghitungannya, yang mana tujuh variabel tersebut akan menentukan tingkat *pleasure* yang akan muncul dari suatu tindakan, yaitu: 1). Intensitas kenikmatannya; 2). Durasi kenikmatan yang diberikan; 3). Seberapa pasti atau tidak pastinya pemenuhan dari kenikmatan tersebut; 4). Ketepatan untuk memenuhi

<sup>25</sup> Bentham, *An Introduction to the Principles*, 31-34.

<sup>26</sup> Igor Kolosov dan Konstantin Sigalov, “Epistemological Foundations of Early Legal Utilitarianism,” *Wisdom* 14, no. 1 (24 Maret 2020): 31–44, <https://doi.org/10.24234/WISDOM.V14I1.302>. *inter alia*, *by the synthesis of the empirical and theoretical methodology. Heretofore, the application of purely empirical or purely theoretical methodologies for considering the state and legal phenomena through the prism of utility did not lead to the creation of branch of philosophy, economic or legal thought - utilitarianism. The main conclusion of this article is that the “moral arithmetic” created under classical utilitarianism and later developed in the contemporary utilitarianism, based on which it is possible to compute the utility of this or that action (the totality of actions)*

<sup>27</sup> Bentham, *An Introduction to the Principles*, 35-42.

kenikmatan tersebut; 5). Seberapa konsisten kenikmatan yang dihasilkan akan diikuti dengan kenikmatan yang serupa (rasa senang harus diikuti dengan rasa senang, dan rasa sakit akan diikuti dengan rasa sakit); 6). Tidak adanya kemungkinan bahwa kenikmatan yang diberikan akan diikuti dengan sensasi yang berlawanan (rasa senang diikuti dengan rasa penderitaan); dan 7). Seberapa banyak atau luasnya jumlah orang yang terpengaruh oleh rasa kenikmatan tersebut.<sup>28</sup>

Dari ketujuh variabel di atas, sejauh pengamatan penulis, dapat kita sederhanakan kembali kedalam tiga bentuk preferensi kesenangan agar memudahkan penghitungan moral tersebut, yaitu seberapa intensif atau seringnya *pleasure* tersebut didapatkan/diberikan, seberapa tahan lamanya *pleasure* tersebut dinikmati, dan seberapa cepatnya *pleasure* tersebut terjadi di waktu dekat. Kemudian apabila suatu penilaian tersebut ingin diimplementasikan kepada suatu kelompok masyarakat, misalnya dalam pembuatan peraturan perundang-undangan, maka preferensi kesenangan tersebut ditambah dan diisi ulang dengan satu variabel lagi, yaitu penyebaran dari *pleasure* tersebut kepada setiap orang.

Untuk lebih memudahkan, maka penulis mencoba untuk membuat suatu ilustrasi dengan menggunakan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 18/PUU-XVII/2019 *juncto* Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 2/PUU-XIX/2021. Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 18/PUU-CVII/2019, Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut "MK") memutuskan untuk meniadakan pelaksanaan eksekusi secara mandiri kepada pemegang hak atas jaminan fidusia dan harus mengajukan permohonan pelaksanaan eksekusi kepada Pengadilan Negeri, sehingga memberikan keseimbangan hukum antara debitur dan kreditur, serta menghindari adanya kesewenang-wenangan dari kreditur dalam melaksanakan eksekusinya. Lebih lanjut, putusan MK tahun 2019 tersebut ditegaskan kembali di dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 2/PUU-XIX/2021 yang menyatakan bahwa pelaksanaan eksekusi sertifikat jaminan fidusia melalui pengadilan negeri adalah sebuah alternatif yang dapat dilakukan dalam hal tidak ada kesepakatan antara kreditur dan debitur, baik karena adanya perbuatan ingkar janji (*wanprestasi*) maupun karena penyerahan sukarela objek jaminan dari debitur kepada kreditur.

Dari kedua putusan tersebut, maka dengan menggunakan tujuh variabel perhitungan dari Jeremy Bentham kita dapat mengevaluasi tingkat kenikmatan yang diberikan, perspektif yang akan digunakan oleh penulis adalah menggunakan tiga perspektif sekaligus, yaitu dari perspektif pihak kreditur, perspektif pihak debitur, dan

<sup>28</sup> Bentham, *An Introduction to the Principles*, 30.

perspektif penulis sebagai seorang sarjana hukum. Berikut adalah tujuh argumentasi yang penulis coba konstruksikan dari tiga perspektif yang berbeda:

- a. Intensitas kenikmatannya dapat diartikan bahwa seberapa sering kenikmatan tersebut diberikan kepada para pihaknya.(\*)
  - 1) Dari perspektif kreditur, tidak ada intensitas kenikmatan yang akan diperoleh dari kedua putusan tersebut. Hal demikian disebabkan karena hak jaminan merupakan salah satu instrumen yang digunakan oleh kreditur agar mengamankan posisinya apabila sewaktu-waktu debitur melakukan ingkar janji kepada perjanjiannya. Hak jaminan tersebut berdasarkan Undang-Undang tentang Jaminan Fidusia memiliki kekuatan eksekutorial, sehingga seorang kreditur yang merasa diingkari janjinya oleh debitur, dapat melakukan eksekusi secara langsung kepada jaminan fidusia yang telah diberikan oleh debitur. Oleh sebab itu, dengan ditiadakannya kekuatan eksekutorial tersebut, maka akan menimbulkan *pain* dari perspektif kreditur.
  - 2) Dari perspektif debitur, akan terjadi intensitas kenikmatan yang akan diperoleh dari kedua putusan tersebut. Aspek utama adalah tidak akan timbul kesewenang-wenangan bagi para kreditur untuk menggunakan jasa pihak ketiga agar dapat mengambil objek jaminan fidusia secara paksa. Hal ini pula yang menjadi alasan utama MK untuk meniadakan kekuatan eksekutorial dari pemegang hak jaminan fidusia, dan mengembalikan mekanisme eksekusi tersebut melalui lembaga Pengadilan dengan mengajukan suatu gugatan terlebih dahulu. Oleh karenanya, dengan meniadakan kekuatan eksekutorial tersebut, maka akan menimbulkan *pleasure* yang secara terus-menerus dirasakan dari perspektif debitur.
  - 3) Dari perspektif penulis sebagai seorang sarjana hukum, intensitas kenikmatan dalam skala yang masif akan dirasakan oleh masyarakat. Penulis mendasarkan argumentasi ini karena hampir sebanyak 55% kendaraan bermotor di Indonesia (dalam hal ini adalah mobil) dilakukan secara kredit, yang mana jaminan yang digunakan adalah jaminan fidusia berupa BPKB kendaraan tersebut.<sup>29</sup> Meskipun angka tersebut lebih sedikit dari tahun-tahun sebelumnya, tetapi hal demikian tidak dapat memungkiri fakta bahwa masyarakat di Indonesia lebih banyak melakukan pembelian kendaraan bermotor dalam bentuk kredit,

<sup>29</sup> Arendra Pranayaditnya, "Tren Pembelian Mobil di Masa Pandemi, Lebih Banyak Cas atau Kredit?," Otosia.com, <https://www.otosia.com/berita/tren-pembelian-mobil-di-masapandemi-lebih-banyak-cash-atau-kredit.html>, diakses 4 April 2022,



yang artinya dengan adanya kedua putusan MK tersebut, kebahagiaan akan lebih banyak didapatkan kepada masyarakat luas (termasuk di dalamnya juga calon debitur dan yang sudah menjadi debitur), dan memberikan rasa aman serta nyaman masyarakat luas untuk melakukan kredit tanpa adanya rasa takut diambil objek jaminan fidusianya secara paksa oleh kreditur.

Berdasarkan dari ketiga argumentasi di atas, maka poin untuk *pleasure* adalah dua poin dan poin untuk *pain* adalah satu poin.

- b. Durasi kenikmatan yang diberikan berbicara mengenai waktu atau seberapa lamanya suatu kenikmatan tersebut dapat diciptakan(\*\*)
- 1) Dari perspektif kreditur, karena tidak adanya kenikmatan yang diberikan, maka penilaian ini menjadi tidak relevan. Oleh sebab itu, satu poin akan ditempatkan ke tabel *pain* dari perspektif kreditur.
  - 2) Dari perspektif debitur, putusan MK ini memberikan landasan hukum kepada debitur untuk menolak tindakan kreditur yang memaksa untuk mengambil objek jaminan fidusia, sehingga secara logis akan menciptakan kenikmatan berupa rasa tenang dan rasa tidak takut apabila sewaktu-waktu kreditur menggunakan pihak ketiga untuk mengambil jaminan fidusia.
  - 3) Dari perspektif penulis sebagai sarjana hukum, dengan sifat dari putusan MK yang *final and binding*, serta bersifat serta-merta, mengakibatkan kenikmatan yang diperoleh oleh masyarakat luas yang ingin mengajukan kredit menjadi tetap dan berkekuatan hukum, sehingga durasi kenikmatan yang diterima oleh debitur menjadi berkelanjutan (pengecualian dapat terjadi apabila Undang-Undang tentang Jaminan Fidusia yang menjadi dasar pengujian, mengalami perubahan).

Berdasarkan dari ketiga argumentasi di atas, maka poin untuk *pleasure* adalah dua poin dan poin untuk *pain* adalah satu poin.

- c. Seberapa pasti atau tidak pastinya pemenuhan kenikmatan tersebut sangat dipengaruhi dari seberapa pasti atau tidak pastinya kenikmatan tersebut dapat diberikan oleh suatu produk perundang-undangan.(\*\*\*)
- 1) Dari perspektif kreditur, karena tidak adanya kenikmatan yang diberikan, maka penilaian ini menjadi tidak relevan. Oleh sebab itu, satu poin akan ditempatkan ke tabel *pain* dari perspektif kreditur
  - 2) Dari perspektif debitur dan perspektif penulis sebagai seorang sarjana hukum, kenikmatan yang diperoleh menjadi sangat pasti karena sifat dari putusan MK tersebut yang final dan mengikat, ditambah pemberlakuannya yang bersifat

serta-merta membuat ketentuan mengenai peniadaan kekuatan eksekutorial tanpa adanya penyerahan sukarela, berkekuatan hukum tetap.

Berdasarkan dari ketiga argumentasi di atas, maka poin untuk *pleasure* adalah dua poin dan poin untuk *pain* adalah satu poin.

- d. Ketepatan untuk memenuhi kenikmatan tersebut, juga memiliki tujuan yang sama untuk menentukan seberapa pasti atau tidak pastinya kenikmatan tersebut dapat diberikan oleh suatu produk hukum. Namun, yang membedakannya adalah apakah kenikmatan tersebut dapat diberikan secara tepat sasaran atau justru tidak.(\*\*\*\*)
- 1) Dari perspektif kreditur, karena tidak adanya kenikmatan yang diberikan, maka penilaian ini menjadi tidak relevan. Oleh sebab itu, satu poin akan ditempatkan ke tabel *pain* dari perspektif kreditur.
  - 2) Dari perspektif debitur, meskipun di dalam pertimbangannya, MK memiliki *ratio decidendi* bahwa peniadaan kekuatan eksekutorial tersebut berlaku hanya apabila para pihak tidak diatur adanya klausul tentang penyerahan sukarela jaminan fidusia. Namun, poin utamanya adalah peniadaan eksekutorial tersebut berlaku apabila debitur menolak menyerahkan jaminan fidusia tersebut secara sukarela, artinya meskipun adanya pengaturan secara khusus mengenai penyerahan sukarela di dalam perjanjian kredit, debitur tetap memiliki hak untuk menolak objek jaminan fidusianya di eksekusi oleh kreditur, sehingga mengurangi rasa takut terhadap tindakan kekerasan yang ditimbulkan terhadapnya.
  - 3) Dari perspektif penulis sebagai seorang sarjana hukum, *ratio decidendi* dari putusan MK, didasarkan agar tidak bertentangan dengan asas keseimbangan dalam mencapai keadilan hukum. Keadilan ini dimaksudkan agar dalam pelaksanaan eksekusi jaminan fidusia, baik pihak kreditur dan pihak debitur memiliki keadaan yang seimbang, sehingga tidak akan ada pihak yang merasa lebih tinggi daripada pihak lainnya. Oleh sebab itu, mekanisme gugatan melalui lembaga pengadilan menjadi pilihan yang tepat untuk menjaga keseimbangan tersebut. *Ratio decidendi* ditujukan untuk mengurangi rasa penderitaan dari pihak debitur akan rasa takut terhadap tindakan kekerasan dengan cara mengambil paksa objek jaminan fidusia akibat adanya titel eksekutorial dari sertifikat jaminan yang dipegangnya. Oleh sebab itu, ketepatan untuk menjaga kenikmatan debitur sudah tepat.

Berdasarkan dari ketiga argumentasi di atas, maka poin untuk *pleasure* adalah dua poin dan poin untuk *pain* adalah satu poin.

- e. Konsistensi kenikmatan yang dihasilkan yang akan diikuti dengan kenikmatan yang serupa, pada dasarnya menilai seberapa selaras produk hukum tersebut menciptakan rasa kenikmatan.(\*\*\*\*)
- 1) Dari perspektif kreditur, karena tidak adanya kenikmatan yang diberikan, maka penilaian ini menjadi tidak relevan. Oleh sebab itu, satu poin akan ditempatkan ke tabel *pain* dari perspektif kreditur.
  - 2) Dari perspektif debitur dan penulis sebagai seorang sarjana hukum, konsistensi ini sangat bertalian dengan praktek yang terjadi di dalam masyarakat. Apabila melihat prakteknya, terdapat beberapa kasus pengambilan paksa objek jaminan fidusia menggunakan kekerasan, baik itu secara fisik maupun secara psikis. Contohnya perampasan objek jaminan fidusia menggunakan pihak ketiga atau *debt collector* atau kelompok "Mata Elang".<sup>30</sup> Perampasan objek jaminan oleh *debt collector* mata elang terjadi karena mobil dikemudikan oleh TNI Serda Nurhadi, yang pada saat itu berisi seseorang yang sedang sakit menuju rumah sakit, diambil secara paksa di Pintu Tol Koja Barat, Jakarta Utara. Perampasan tersebut dilakukan oleh sebelas orang penagih utang dari *debt collector* mata elang.<sup>31</sup> Oleh karenanya, terdapat ketidakselarasan dari kenikmatan yang seharusnya diberikan oleh kedua putusan MK tersebut dengan keadaan di lapangan.
- Berdasarkan dari ketiga argumentasi di atas, maka poin untuk *pleasure* adalah satu poin dan poin untuk *pain* adalah dua poin.
- f. Tidak adanya kemungkinan bahwa kenikmatan akan diikuti dengan sensasi yang berlawanan oleh penulis nilainya disamakan dengan poin nomor 6. Karena menurut penulis tidak ada perbedaan antara argumen yang dinyatakan pada poin nomor 6 dengan poin ini.(\*\*\*\*)
- g. Seberapa banyak atau luasnya jumlah orang yang terpengaruh oleh rasa kenikmatan yang diberikan oleh suatu produk hukum(\*\*\*\*)
- 1) Dari perspektif kreditur, karena tidak adanya kenikmatan yang diberikan, maka penilaian ini menjadi tidak relevan. Oleh sebab itu, satu poin akan ditempatkan ke tabel *pain* dari perspektif kreditur.

<sup>30</sup> Yohanes S. Hasiando Sinaga, "Debt Collector Suruhan Leasing Tarik Paksa Kendaraan Bermotor, Bagaimana Aturannya?," Kompas.com, <https://www.kompas.com/konsultasihukum/read/2021/07/16/060000880/debt-collector-suruhan-leasing-tarik-paksa-kendaraan-bermotor?page=all>, diakses pada 4 April 2022.

<sup>31</sup> Ira Gita Natalia Sembiring, "11 Debt Collector yang Mau Rampas Mobil yang Dikemudikan Babinsa Telah Ditangkap dan Ditahan," Kompas.com, <https://megapolitan.kompas.com/read/2021/05/10/15220461/11-debt-collector-yang-mau-rampas-mobil-yang-dikemudikan-babinsa-telah>, diakses 4 April 2022.

- 2) Dari perspektif debitur, banyak atau luasnya jumlah orang yang terpengaruh oleh rasa kenikmatan tersebut hanya terjadi bagi mereka yang menjadi debitur dengan jaminan fidusia. Namun demikian, hal demikian tetap memberikan poin kepada tabel *pleasure*, karena kenikmatan yang diperoleh oleh debitur lebih banyak mengurangi rasa takut dan menimbulkan rasa aman dan nyaman.
- 3) Dari perspektif penulis sebagai seorang sarjana hukum, karena sifat dari putusan MK ini adalah final dan mengikat, serta juga bersifat serta merta, maka ruang lingkup yang terdampak dari putusan MK ini adalah seluruh masyarakat Indonesia. Lebih lanjut, ruang lingkup dari putusan MK ini juga berdampak kepada proses pembentukan peraturan perundang-undangan yang mengharuskan pembentuk undang-undang untuk menyesuaikan peraturannya kembali. Oleh karenanya, kenikmatan yang diperoleh dari berkurangnya rasa takut dan tidak nyaman dari objek jaminan fidusia yang akan diambil paksa, menjadi sangat masif.

Berdasarkan dari ketiga argumentasi di atas, maka poin untuk *pleasure* adalah dua poin dan poin untuk *pain* adalah satu poin.

Lebih lanjut, secara sederhana tetapi komprehensif penulis coba gambarkan pada tabel berikut ini:<sup>32</sup>

**Tabel 1.** Jumlah Perhitungan *Pleasure* dan *Pain*

No	Indikator	<i>Pleasure</i>	<i>Pain</i>
1	Intensitas kenikmatannya*	2	1
2	Durasi kenikmatan yang diberikan**	2	1
3	Seberapa pasti atau tidak pastinya pemenuhan dari kenikmatan tersebut***	2	1
4	Ketepatan untuk memenuh kenikmatan tersebut****	2	1
5	Seberapa konsisten kenikmatan yang dihasilkan akan diikuti dengan kenikmatan yang serupa*****	1	2

<sup>32</sup> Setiap perspektif akan memberikan satu poin kepada tabel *pleasure* atau *pain*. Hal-hal yang dianggap memenuhi indikator variabel akan diberi satu poin pada tabel *pleasure*, tetapi yang tidak memenuhi akan diberi satu poin pada tabel *pain*. Penulis menggunakan sudut pandang normatif dengan pendekatan konseptual, filosofis, serta sosiologis untuk menganalisis tingkat *pleasure* dan *pain* tersebut. Dasar pemberian argumentasi tidak didasarkan nilai-nilai yang berhubungan dengan moral, kebaikan, atau nilai-nilai yang bersifat kualitatif, semuanya murni didasarkan kepada penilaian kuantitatif.

No	Indikator	<i>Pleasure</i>	<i>Pain</i>
6	Tidak adanya kemungkinan bahwa kenikmatan yang diberikan akan diikuti dengan sensasi yang berlawanan*****	1	2
7	Seberapa banyak atau luasnya jumlah orang yang terpengaruh oleh rasa kenikmatan tersebut*****	2	1
Total		12	9

### 3. Posisi Teori Utilitarianisme Jeremy Bentham: Aliran Hukum Alam atau Aliran Positivisme Hukum?

Sebagaimana yang telah dijelaskan di bagian pendahuluan, suatu pemikiran hukum merupakan perkembangan dari aliran-aliran filsafat hukum yang saling merespon dan mengkritik aliran-aliran hukum sebelumnya atau yang sedang berkembang. Aliran-aliran ini berkembang mengikuti konteks dan kebutuhan masyarakat, sehingga tidak heran apabila dari masing-masing aliran ini muncul pula faset-faset pemikiran yang mana premis-premis sebagai dasar pemikirannya berbeda. Aliran hukum alam dan aliran positivisme hukum merupakan dua aliran yang cukup tua perkembangannya di khazanah pemikiran filsafat hukum. Baik antara aliran hukum alam dan aliran positivisme hukum memiliki tesis yang berbeda satu dengan yang lainnya, dan perbedaan tersebut mengakibatkan perbedaan dalam mengkaji/meneliti suatu fenomena/peristiwa/tindakan tertentu.

Dengan meminjam skema dari Stanley L. Paulson, maka pengkategorian suatu aliran hukum dapat dimungkinkan. Sebenarnya, Stanley L. Paulson membuat skema ini untuk menggambarkan posisi Hans Kelsen diantara dua tesis terkait hubungan hukum dengan fakta dan moralitas. Kedua tesis ini berkaitan dengan respon dan kritik dari dua aliran hukum yang sebelumnya telah disebutkan Aliran hukum alam memiliki tesis untuk menyatukan hukum dan moral, (tesis moralitas), dan memisahkan hukum dengan fakta (tesis normatifitas), sedangkan aliran positivisme hukum empiris mengambil tesis memisahkan hukum dengan moral (tesis separabilitas) dan menyatukan hukum dengan fakta (tesis reduktif). Berikut adalah skema ilustrasi yang digambarkan oleh Stanley L. Paulson untuk menjelaskan hubungan dari tesis-tesis tersebut:<sup>33</sup>

<sup>33</sup> Jimly Asshiddiqie dan M. Ali Safa'at, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, (Jakarta: Mahkamah Konstitusi RI, 2006), 10.

**Tabel 2.** Bagan Ilustrasi Hubungan Antar Tesis

Hukum dan Moralitas \ Hukum dan Fakta	Tesis Normatifitas (Memisahkan antara hukum dengan fakta)	Tesis Reduktif (Tidak memisahkan hukum dengan fakta)
Tesis Moralitas (Tidak memisahkan hukum dengan moralitas)	Aliran Hukum Alam	-
Tesis Separabilitas (Memisahkan hukum dengan moralitas)	Teori Hukum Murni Hans Kelsen	Positivisme Hukum Empriris

*Sumber:* Jimly Asshiddiqie dan Ali Safa'at

Hal yang menarik dari bagan di atas, teori hukum murni yang dikembangkan oleh Hans Kelsen mengambil titik berdiri di tesis separabilitas (memisahkan hukum dengan moralitas) dan tesis normatifitas (memisahkan hukum dengan fakta), yang mana sangat terlihat bahwa Hans Kelsen memang mencoba untuk mengeksklusifkan hukum dari moralitas dan fakta, sehingga membuat hukum menjadi mandiri dan tidak dipengaruhi oleh moralitas dan fakta-fakta sekitarnya. Lebih lanjut, kolom yang dikosongkan oleh Stanley L. Paulson di atas, menggambarkan suatu kondisi yang tidak dimungkinkan untuk terjadi, yaitu aliran pemikiran hukum yang memiliki titik berdiri untuk menyatukan hukum dengan moralitas (tesis moralitas) dan memisahkan hukum dengan fakta (teori reduktif).<sup>34</sup>

Namun, kondisi yang tidak dimungkinkan untuk terjadi tersebut hanya akan terjadi apabila ruang lingkup pengkajiannya hanyalah aliran hukum alam, aliran positivisme hukum, dan teori hukum murninya Hans Kelsen, tetapi apabila beberapa aliran pemikiran hukum juga ikut untuk dikaji menggunakan skema tersebut, maka akan dimungkinkan untuk melihat bahwa terdapat aliran pemikiran hukum yang mengambil titik berdiri yang oleh Stanley L. Paulson tidak dimungkinkan tersebut.<sup>35</sup> Termasuk dalam hal ini menentukan dan mencerahkan di mana posisi dari utilitarianismenya Jeremy Bentham.

Dengan didasarkan kepada penjelasan pada sub-bab sebelumnya, maka premis dari aliran utilitarianisme adalah mendasarkan setiap tindakan manusia kepada perbuatan-

<sup>34</sup> Asshiddiqie dan Safa'at, *Teori Hans Kelsen*.

<sup>35</sup> Mahrus Ali, "Pemetaan Tesis dalam Aliran-Aliran Filsafat Hukum dan Konsekuensi Metodologisnya," *Jurnal Hukum IUS QUIA IUSTUM* 24, no. 2 (15 April 2017): 213-31, <https://doi.org/10.20885/iustum.vol24.iss2.art3>.



perbuatan yang mengarahkan kebahagiaan yang sebesar-besarnya, dan menghindari/mengurangi penderitaan yang akan datang. Baik atau buruknya suatu tindakan diukur dari seberapa besar kebahagiaan yang akan didapatkan, apabila lebih besar kebahagiaan daripada penderitaannya, maka tindakan tersebut adalah baik, begitu pula sebaliknya. Apabila mengkorelasikan premis ini dengan teori utilitarianismenya Jeremy Bentham, maka metode perhitungan ini juga diimplementasikan kepada produk-produk hukum (atau produk peraturan perundang-undangan).<sup>36</sup>

Menurut Shidarta, tesis yang diambil oleh teori utilitarianismenya Jeremy Bentham sama dengan tesis yang diambil oleh positivisme hukum, karena dari segi ontologinya, aliran ini memandang produk hukum sebagai norma positif dalam sistem perundang-undangan, oleh karenanya teori ini mengambil tesis separabilitas, yaitu memisahkan hukum dengan moralitas.<sup>37</sup> Lebih lanjut, meskipun secara ontologi memiliki persamaan, tetapi dari segi epistemologis dan aksiologi, utilitarianisme berbeda dengan aliran positivisme hukum, karena utilitarianisme tidak hanya mementingkan kepastian hukum sebagai tujuan akhirnya, tetapi juga memperhitungkan pemecahan solusi bagi suatu permasalahan yang secara moralitas dianggap penting oleh masyarakat, sehingga aspek-aspek kedayagunaan yang meliputi dimensi kemanfaatan, kenikmatan, kebahagiaan, dan lain sebagainya perlu untuk diperhatikan untuk mengukur seberapa jauh keberlanjutan dari suatu norma positif agar dapat dipertahankan.<sup>38</sup> Oleh sebab itu, karena melihat aspek-aspek kemasyarakatan untuk menghitung seberapa kedayagunaan dari suatu produk hukum, maka teori utilitarianisme Jeremy Bentham juga mengambil tesis reduktif, yaitu tidak memisahkan hukum dengan fakta.

Oleh sebab itu, titik berdiri dari teori utilitarianisme Jeremy Bentham adalah sama dengan titik berdiri yang diambil oleh aliran positivisme hukum. Perbedaan yang ada pada aliran positivisme hukum dengan teori utilitarianisme Jeremy Bentham terletak kepada bagaimana memandang tujuan kepastian hukum itu berakhir. Di dalam aliran positivisme hukum, kepastian hukum berakhir ketikan suatu putusan, keputusan, atau suatu peraturan perundang-undangan telah ditetapkan, sedangkan teori utilitarianismenya Jeremy Bentham memandang bahwa kepastian hukum itu tidak hanya berakhir sampai di situ, tetapi juga harus melalui evaluasi etis-etika, agar dapat menentukan keberlangsungan dan keberlanjutan dari produk hukum tersebut.

<sup>36</sup> Ali, "Pemetaan Tesis dalam Aliran-Aliran Filsafat Hukum."

<sup>37</sup> Ali, "Pemetaan Tesis dalam Aliran-Aliran Filsafat Hukum."

<sup>38</sup> Ali, "Pemetaan Tesis dalam Aliran-Aliran Filsafat Hukum."

#### 4. Teori Utilitarianisme Jeremy Bentham: Membahas Tujuan Hukum?

Dengan berdasarkan uraian yang telah dijelaskan di atas, maka dapat penulis gambarkan bahwa dari segi ontologi, teori utilitarianisme merupakan faset pemikiran yang masuk ke dalam ranah aliran positivisme hukum dan tidak berdiri secara mandiri, tetapi dalam melihat fakta atau kenyataan di lapangannya, teori utilitarianisme Jeremy Bentham memiliki pandangan kepastian hukum yang berbeda dengan aliran positivisme hukum pada umumnya. Teori utilitarianisme Jeremy Bentham memandang bahwa kepastian hukum tidak hanya berhenti pada penetapan suatu produk hukum, tetapi juga harus dievaluasi bagaimana kedayagunaannya di dalam masyarakat, sehingga dapat dijadikan sebagai acuan mengenai keberlanjutan dari produk hukum tersebut. Hal ini berbeda dengan aliran positivisme hukum yang memandang bahwa kepastian hukum sudah tercapai apabila telah terjadi suatu penetapan dari produk hukum.<sup>39</sup>

Meskipun memiliki perbedaan dengan aliran positivisme hukum dalam memahami bagaimana kepastian hukum itu berakhir, tetapi tujuan dari teori utilitarianismenya Jeremy Bentham adalah kepastian hukum. Meskipun banyak ahli hukum di Indonesia yang menganggap bahwa kemanfaatan merupakan tujuan dari teori utilitarianismenya Jeremy Bentham, tetapi sejatinya penulis memiliki pemahaman yang berbeda, karena apabila kemanfaatan merupakan tujuan akhir, maka pembahasan yang seharusnya dihantarkan oleh Jeremy Bentham di dalam bukunya adalah pada tataran pembentukan peraturan perundang-undangan, dengan menganalisis aspek-aspek empiris dari kebutuhan-kebutuhan masyarakat, yang nantinya akan diatur melalui peraturan perundang-undangan. Namun sebaliknya, pembahasan dari Jeremy Bentham lebih mengarahkan untuk mengevaluasi produk peraturan perundang-undangan yang sudah ada tersebut. Oleh karenanya, kemanfaatan merupakan bagian dari beberapa batu uji dari suatu produk perundang-undangan, yang mana meskipun ternyata suatu produk perundang-undangan tidak membawa manfaat bagi sebagian besar masyarakat yang terikat dengan produk tersebut, hal demikian tidak mempengaruhi prinsip *validity* dari produk hukum tersebut.

### C. KESIMPULAN

Adagium "*The greatest happiness of the greatest number*" selalu menjadi tameng untuk membenarkan kemanfaatan sebagai suatu tujuan hukum dari teori utilitarianismenya Jeremy Bentham. Apabila melihat lebih dalam dari konsep

<sup>39</sup> Philip Schofield, "Jeremy Bentham, the Principle of Utility, and Legal Positivism," *Current Legal Problems* 56, no. 1 (2003): 1-39, <https://doi.org/10.1093/clp/56.1.1>.

utilitarianismenya Jeremy Bentham, maka akan ditemukan bahwa daripada membahas tentang tujuan hukum, Jeremy Bentham justru memberikan beberapa postulat mengenai bagaimana mengevaluasi suatu produk hukum, yang nantinya dipakai sebagai acuan keberlanjutan dari kepastian produk hukum tersebut. Evaluasi dari Jeremy Bentham didasarkan kepada dua aspek, yaitu *pleasure* (kemanfaatan, kenikmatan, kesenangan, kebahagiaan, dan lain-lain), dan *pain* (rasa sakit, rasa takut, rasa tidak nyaman, dan lain-lain). Cara yang digunakan oleh Jeremy Bentham adalah dengan menjumlahkan seberapa banyak suatu produk hukum menimbulkan *pleasure* dan *pain*, yang kemudian hasil paling terbanyak menentukan apakah suatu produk tersebut merupakan produk hukum yang baik atau buruk (produk hukum paling banyak nilai *pleasure* adalah produk hukum yang baik, begitu juga sebaliknya).

Lebih lanjut, untuk menguatkan bahwa Teori Utilitarianisme Jeremy Bentham bukan membahas tentang kemanfaatan sebagai suatu tujuan hukum, maka dengan menggunakan skema yang diperkenalkan oleh Stanley L. Paulson, Teori Utilitarianisme Jeremy Bentham berada pada titik berdiri tesis separabilitas (yang memisahkan hukum dengan moralitas) dan tesis reduksi (yang menyatukan antara hukum dengan fakta), yang mana titik berdiri ini merupakan titik berdiri yang sama dengan aliran positivisme hukum. Lebih lanjut, tujuan dari adanya metode uji yang diperkenalkan oleh Jeremy Bentham ini bertujuan untuk melihat keberlanjutan dari kepastian hukum suatu produk hukum, tetapi dalam memandang kepastian hukum ini, Jeremy Bentham tidak hanya berhenti pada penetapan suatu produk hukum, tetapi juga harus dievaluasi bagaimana kedayagunaannya di dalam masyarakat, sehingga dapat dijadikan sebagai acuan mengenai keberlanjutan dari produk hukum tersebut. Hal ini berbeda dengan aliran positivisme hukum yang memandang bahwa kepastian hukum sudah tercapai apabila telah terjadi suatu penetapan dari produk hukum.

## DAFTAR PUSTAKA

### Buku

- Asshiddiqie, Jimly, dan M. Ali Safa'at. *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum. Mahkamah Konstitusi RI*, 2006.
- Bentham, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. 2001 ed. Ontario: Batoche Books Kitchener, 2001.
- Bertens, Kees. *Ringkasan Sejarah Filsafat*. Yogyakarta: Kanisius, 1998.
- Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*. Chicago: Chicago University Press, 1979.

- Coke, Alan Edward. "The First Part of the Institutes Lawyers of England." In *The Selected Writing of Sir Edward Coke*, Volume 2., 701. Indianapolis: Liberty Fund, 2003.
- Coleman, Jules L., dan Leiter Brian. "A Companion To Philosophy and Legal Theory," 228. Oxford: Blackwell Publishing, 2010.
- Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1980.
- George, Robert. *Natural Law Theory: Contemporary Essays*. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- Hale, Matthew. *The History of The Common Law of England*. Chicago: Chicago University Press, 1971.
- Hobbes, Thomas. *Cambridge Dictionary of Philosophy*. London: Cambridge University Press, 1999.
- Mangunhardjana, A. *Isme-Isme Dalam Etika Dari A Sampai Z*. Yogyakarta: Kanisius, 1999.
- Martin, Francisco F., Stephen J. Schnably, Richard J. Wilson, Jonathan S. Simon, dan Mark V. Tushnet. *International Human Rights & Humanitarian Law: Treaties, Cases, & Analysis*. New York: Cambridge University Press, 2006.
- Mulgan, Tim. *Utilitarianism*. New York: Cambridge University Press, 2020.
- Perreau-Saussine, Amanda, dan James Bernard Murphy. *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophy Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- Sidharta, Arief. *Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum*. Cetakan Ke. Bandung: Mandar Maju, 2009.
- Warnock, Mary. *Utilitarianisme and On Liberty: Including Mill's Essay on Bentham and Selection from the Writings of Jeremy Bentham and John Austin*. Second. Malden: Blackwell Publishing, n.d.

## Jurnal

- Ali, Mahrus. "Pemetaan Tesis dalam Aliran-Aliran Filsafat Hukum dan Konsekuensi Metodologisnya." *Jurnal Hukum IUS QUIA IUSTUM* 24, no. 2 (15 April 2017): 213–31. <https://doi.org/10.20885/iustum.vol24.iss2.art3>.
- Kolosov, Igor, dan Konstantin Sigalov. "Epistemological foundations of early legal utilitarianism." *Wisdom* 14, no. 1 (24 Maret 2020): 31–44. <https://doi.org/10.24234/WISDOM.V14I1.302>.
- Kolosov, Igor V., dan Konstantin E. Sigalov. "Was J. Bentham the First Legal Utilitarian?" *RUDN Journal of Law* 24, no. 2 (2020): 438–71. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2020-24-2-438-471>.

- Schofield, Philip. "Jeremy Bentham, the Principle of Utility, and Legal Positivism." *Current Legal Problems* 56, no. 1 (2003): 1–39. <https://doi.org/10.1093/clp/56.1.1>.
- \_\_\_\_\_. "The legal and political legacy of jeremy bentham." *Annual Review of Law and Social Science* 9 (November 2013): 51–70. <https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-102612-134101>.

### Internet

- Duignan, Brian. "Utilitarianism." Britannica. Diakses 28 Maret 2022. <https://www.britannica.com/topic/utilitarianism-philosophy>.
- Pecorino, Phillip A. "An Introduction to Philosophy, Chapter 2: The Greeks." Diakses 4 April 2022. [https://www.qcc.cuny.edu/socialsciences/ppecorino/intro\\_text/chapter\\_2\\_greeks/Pre\\_Socratics.htm](https://www.qcc.cuny.edu/socialsciences/ppecorino/intro_text/chapter_2_greeks/Pre_Socratics.htm).
- Pranayaditnya, Arendra. "Tren Pembelian Mobil di Masa Pandemi, Lebih Banyak Cas atau Kredit?" Otosia.com. Diakses 4 April 2022. <https://www.otosia.com/berita/tren-pembelian-mobil-di-masa-pandemi-lebih-banyak-cash-atau-kredit.html>.
- Sembiring, Ira Gita Natalia. "11 Debt Collector yang Mau Rampas Mobil yang Dikemudikan Babinsa Telah Ditangkap dan Ditahan." Kompas.com. Diakses 4 April 2022. <https://megapolitan.kompas.com/read/2021/05/10/15220461/11-debt-collector-yang-mau-rampas-mobil-yang-dikemudikan-babinsa-telah>.
- Sinaga, Yohanes S. Hasiando. "Debt Collector Suruhan Leasing Tarik Paksa Kendaraan Bermotor, Bagaimana Aturannya?" Kompas.com. Diakses 4 April 2022. <https://www.kompas.com/konsultasihukum/read/2021/07/16/060000880/debt-collector-suruhan-leasing-tarik-paksa-kendaraan-bermotor?page=all>.
- The *Honourable* Society of Lincoln's Inn. "Who We Are." The *Honourable* Society of Lincoln's Inn. Diakses 27 Agustus 2021. <https://www.lincolnsinn.org.uk/about-us/who-we-are/>.
- The Lawyer Portal. "'Difference Between Solicitor and Barrister.'" The Lawyer Portal. <https://www.thelawyerportal.com/careers/differencebetween-solicitor-and-barrister/>. Diakses 27 Agustus 2021.
- University College of London. "About Jeremy Bentham." University College of London. <https://www.ucl.ac.uk/bentham-project/aboutjeremy-bentham>. Diakses 29 September 2021.
- Westminster School. "About Westminster." Westminster School. <https://www.westminster.org.uk/about/>. Diakses 29 September 2021.

# **Anomali Asas Non-Retroaktif dalam Kejahatan Genosida, Bertentangan dengan HAM?<sup>1</sup>**

## ***The Anomaly of the Non-Retrospective Principle in the Crime of Genocide, Is It against Human Rights?***

**Nurhidayatulloh**

Departemen Hukum Internasional, Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya  
Jl. Raya Palembang - Prabumulih Km. 32 Indralaya, Sumatera Selatan, Indonesia  
Email: [nurhidayatulloh@fh.unsri.ac.id](mailto:nurhidayatulloh@fh.unsri.ac.id)

**Akhmad Idris**

Departemen Hukum Internasional, Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya  
Jl. Raya Palembang - Prabumulih Km. 32 Indralaya, Sumatera Selatan, Indonesia  
Email: [akhmadidris@fh.unsri.ac.id](mailto:akhmadidris@fh.unsri.ac.id)

**Rizka Nurliyantika**

Departemen Hukum Internasional, Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya  
Jl. Raya Palembang - Prabumulih Km. 32 Indralaya, Sumatera Selatan, Indonesia  
Email: [rizkanurliyantika@fh.unsri.ac.id](mailto:rizkanurliyantika@fh.unsri.ac.id)

**Fatimatuz Zuhro**

Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya & Universitas Islam Negeri Raden Fatah Palembang  
Jl. Raya Palembang - Prabumulih Km. 32 Indralaya, Sumatera Selatan, Indonesia  
Email: [fatimatuzzuhro\\_uin@radenfatah.ac.id](mailto:fatimatuzzuhro_uin@radenfatah.ac.id)

Naskah diterima: 10-09-2021 revisi: 23-05-2022 disetujui: 31-05-2022

### **Abstrak**

Kejahatan genosida merupakan salah satu tindak pidana internasional paling serius yang terdapat dalam Statuta Roma 1998. Sebelumnya, genosida diatur di dalam Konvensi Kejahatan Genosida tahun 1948 yang berlaku 12 Januari 1951. Di Indonesia, kejahatan Genosida juga diatur di dalam Undang-Undang Pengadilan HAM. Dalam konvensi dan Statuta Roma tidak diperbolehkan adanya retroaktif, namun demikian

---

<sup>1</sup> Artikel ini merupakan hasil penelitian Skema Sains, Teknologi dan Seni Universitas Sriwijaya sesuai dengan Anggaran DIPA Badan Layanan Umum Universitas Sriwijaya Tahun Anggaran 2021 No. SP DIPA-023.17.2.677515/2021, tanggal 23 November 2020 Sesuai dengan SK Rektor Nomor: 0023/UN9/SK.LP2M.PT/2021 Tanggal 22 Juli 2021 tentang Persetujuan Judul dan Penunjukan Tenaga Pelaksana Penelitian Sains, Teknologi dan Seni Tahap II Bagi Dosen Universitas Sriwijaya Tahun 2021.



retroaktif muncul dalam Undang-Undang Pengadilan HAM dan diperkuat melalui Putusan MK. Penelitian ini berfokus pada pengabaian asas non-retroaktif dalam UU Pengadilan HAM dan sejauh mana waktu pemberlakuan “retroaktif” bisa diterapkan dalam kasus kejahatan ini. Metode yang digunakan dalam penelitian ini adalah metode hukum normatif dengan pendekatan perundang-undangan dan kasus. Hasil penelitian menunjukkan bahwa mengabaikan asas non-retroaktif bertentangan dengan hukum internasional dan HAM. Sementara Putusan MK yang menguatkan retroaktif dapat dimaknai bahwa MK menjaga HAM sekaligus melanggar HAM dengan kurang cermatnya menafsirkan kata “dikurangi” dan “pembatasan” dalam Pasal 28J UUD 1945.

**Kata Kunci:** Asas Non-retroaktif; Genosida; Putusan Mahkamah Konstitusi; Statuta Roma; Pengadilan HAM.

### **Abstract**

*The crime of genocide is one of the most serious international crimes stipulated in the Rome Statute. Previously, genocide was regulated in the Convention on Genocide entered into force on 12 January 1951. The convention and the Rome Statute do not allow retroactivity. However, retroactivity appears in the Indonesian Law on the Human Rights Court and is strengthened through the Indonesian Constitutional Court's Decision. This study focuses on the neglect of the non-retroactive principle in the Law on Human Rights Courts and the extent to which the retroactive period. This research uses normative-legal method with a statutory and case approaches. The result shows that ignoring the non-retroactive principle is contrary to international law and international human rights regulations. Hence, the Constitutional Court's decision that strengthens retroactivity can be interpreted that the Court maintains human rights while at the same time violates human rights by not accurately interpreting the word “derogation” and “limitation” in Article 28J of the 1945 Constitution.*

**Keywords:** Constitutional Court Decision; Genocide; Indonesian Human Rights Court; Non-Retrospective Principle; Rome Statute.

## **A. PENDAHULUAN**

### **1. Latar Belakang**

Pada abad ke-21 ini, perkembangan hukum internasional telah terjadi dengan sangat pesat terutama pasca Perang Dunia Pertama dan Perang Dunia Kedua. Hal ini harus dilakukan negara-negara di dunia untuk menjaga perdamaian dan keamanan internasional terutama mencegah terjadinya Perang Dunia Ketiga. Perkembangan hukum internasional ini juga terlihat pesat pada cabang hukum internasional yakni hukum pidana internasional. Saat ini negara-negara yang tergabung dalam Perserikatan Bangsa-Bangsa semakin kompak terutama dalam menyikapi dan mencegah terjadinya konflik yang memicu terjadinya perang dunia tersebut. Hal ini terlihat dalam resolusi Majelis Umum PBB yang baru saja dilakukan terkait dengan konflik Rusia dan Ukraina.

Dalam resolusi tersebut 141 negara yang ada di dalam Majelis Umum PBB menyetujui Resolusi yang meminta Rusia untuk menghentikan serangan militer di Ukraina.<sup>2</sup> Konflik militer ini perlu segera dihentikan untuk menghindari potensi terjadinya kejahatan internasional yang terjadi dalam konflik bersenjata tersebut.

Kejahatan internasional dapat disebut juga sebagai kejahatan paling serius yang menjadi perhatian komunitas internasional dimana pada awalnya belum terjadi kesepakatan jenis kejahatan apa saja yang termasuk dalam kejahatan internasional. M. Cherif Bassiouni membagi kejahatan internasional ke dalam beberapa tingkatan, yakni: a) Kejahatan internasional. Kejahatan ini seringkali disebut juga dengan *international crimes*. Bassiouni memasukan larangan kejahatan internasional ini termasuk dalam prinsip *jus cogens* oleh karena tipikal dan karakter *international crimes* ini berkaitan dengan terganggunya perdamaian dan keamanan internasional. Perkembangan hukum pidana internasional kemudian mengklasifikasikan *international crimes* kedalam empat jenis kejahatan, yakni kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan agresi dan kejahatan perang. b) Kejahatan internasional diklasifikasikan dalam jenis kedua ini adalah *international delict*. Karakteristik *international delict* ini berkaitan dengan kepentingan multilateral negara-negara di dunia. *International delict* mencakup pembajakan pesawat udara, pembiayaan terorisme, perdagangan obat-obatan terlarang secara melawan hukum, dan kejahatan terhadap petugas PBB. c) Kejahatan internasional jenis ketiga disebut dimaksudkan pada *international infraction*. Pada dasarnya *international infraction* tidak termasuk *international crimes* dan *international delict*. Kejahatan dalam jenis ini antara lain pemalsuan dan peredaran uang palsu serta penyupaan terhadap pejabat publik asing yang menyangkut lebih dari satu negara.<sup>3</sup> Pembahasan dalam penelitian ini yang dimaksud dengan kejahatan internasional adalah kejahatan internasional pada tingkat pertama yakni kejahatan internasional yang secara substansi telah menjadi larangan hukum internasional atau menjadi bagian dari prinsip *ius cogens* yang mencakup kejahatan agresi, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang, dan kejahatan genosida.

Kejahatan genosida (*crimes of genocide*) merupakan salah satu kejahatan yang paling serius dan menjadi perhatian internasional. Begitu berbahayanya kejahatan ini, komunitas internasional telah merumuskan bahwa kejahatan ini merupakan kejahatan internasional dan menjadi yurisdiksi Mahkamah Pidana Internasional (ICC) sebagai

<sup>2</sup> UN News, "General Assembly resolution demands end to Russian offensive in Ukraine," <https://news.un.org/en/story/2022/03/1113152>, diakses 29 Mei 2022,

<sup>3</sup> Danel Aditia Situngkir, "Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Nasional Dan Hukum Pidana Internasional," *Soumatara Law Review* 1, no. 1 (2018): 22, <https://doi.org/10.22216/soumlaw.v1i1.3398>.

hasil kesepakatan yang telah dibuat oleh komunitas internasional di Roma pada tahun 1998. Hasil kesepakatan ini disebut dengan Statuta Roma dimana kejahatan genosida diatur dalam Pasal 6 Statuta Roma. Dalam Pasal ini dinyatakan bahwa:

*“For the purpose of this Statute, “genocide” means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such: (a) Killing members of the group; (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group; (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; (d) Imposing measures intended to prevent births within the group; (e) Forcibly transferring children of the group to another group.” (Article 6)<sup>4</sup>*

Pasal tersebut menyatakan bahwa Genosida merupakan sebuah tindakan yang bertujuan untuk menghancurkan baik secara keseluruhan atau sebagian kelompok baik itu atas dasar perbedaan etnis, rasa tau bahkan karena perbedaan agama dengan berbagai macam cara seperti pembunuhan secara massif, pencegahan kelahiran sampai dengan pemindahan secara paksa anak-anak dari satu kelompok ke kelompok lain. Kejahatan seperti ini salah satunya terjadi pada masa pasca Parang Dunia II dimana etnis yahudi dibunuh secara massif oleh tentara Jerman dengan dasar kebencian hitler terhadap etnis Yahudi.

Secara umum perangkat dan mekanisme kejahatan genosida baru diatur di dalam Statuta Roma tahun 1998, namun demikian ketika dilacak lebih jauh ternyata secara konseptual kejahatan ini sudah diatur di dalam sebuah konvensi yang sampai saat ini juga berlaku yakni *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Konvensi Genosida) yang telah diadopsi oleh Resolusi Majelis Umum PBB 260 A (III) tanggal 9 Desember 1948. Konvensi ini sendiri berlaku enam puluh hari setelah ratifikasi kedua puluh oleh Negara anggotanya, yakni tanggal 12 Januari 1951. Secara konseptual definisi kejahatan genosida antara Statuta Roma dan Konvensi ini sama sekali tidak berbeda. Bahkan bisa dikatakan bahwa definisi kejahatan genosida dalam Statuta Roma mengadopsi secara langsung definisi yang ada dalam Konvensi tentang Genosida tersebut. Hal yang membedakan di antara keduanya adalah, di satu sisi, bahwa kejahatan genosida yang menjadi yurisdiksi ICC hanya yang terjadi setelah statute ini berlaku hal ini dinyatakan dalam Pasal 11 Statuta Roma bahwa *“the Court has jurisdiction only with respect to crimes committed after the entry into force of this Statute.”* Sementara itu, di sisi lain, bahwa konvensi Genosida tidak menyebutkan sama

<sup>4</sup> The Rome Statute of the International Criminal Court” (1998), <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>, diakses 9 September 2021.

sekali di dalam pasalnya mengenai apakah tindak kejahatan genosida yang terjadi sebelum konvensi ini bisa tercakup dalam konvensi.

Asas non-retroaktif pada dasarnya diatur tidak hanya di dalam konvensi internasional tentang HAM, akan tetapi juga diatur di dalam konstitusi Negara, UUD 1945. Dalam Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik, persoalan asas non-retroaktif juga telah diatur secara tegas bahwa tidak dituntutnya seseorang oleh aturan yang berlaku surut merupakan hak asasi manusia yang *non-derogable* atau tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun. Sama halnya dengan Konstitusi RI, UUD 1945, Pasal 28I(1) juga menyatakan hal yang serupa dengan Kovenan Hak Sipil dan Politik. Namun yang menjadi persoalan adalah mengapa dalam Undang-Undang Pengadilan HAM hal ini malah diatur sebaliknya. Artinya pengabaian asas non-retroaktif malah dimungkinkan. Hal ini juga didukung dengan putusan Mahkamah Konstitusi (MK) yang memberi ruang terhadap pengabaian asas non-retroaktif.

Setelah melakukan *literature review*, penulis menemukan beberapa tulisan yang membahas tentang kejahatan genosida ini seperti *tulisan* Irsyad Dhahri S Suhaeb yang berjudul *Retrospectivity and Human Rights in Indonesia: How Can Irregularities Be Resolved.*" Dalam tulisan ini difokuskan pada implementasi pengabaian asas ini yang dapat diterapkan dalam kondisi sosial-politik yang mendesak.<sup>5</sup> Kemudian karya Made Darma Weda yang berjudul *Pengecualian Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana* dalam *Jurnal Hukum dan Peradilan*" dalam tulisan ini dibahas tentang pengecualian asas legalitas dengan studi kasus *International Criminal Tribunal for The Farmer Yugoslavia (ICTY)* dan *International Criminal Tribunal for the Rwanda (ICTR)*.<sup>6</sup> Setelah penulis telusuri dari sekian banyak tulisan yang ada pembeda yang sekaligus menjadi *novelty* dari tulisan ini adalah bahwa telaah yang dilakukan oleh penulis terhadap asas legalitas ini berasal dari sudut pandang konteks dua konvensi internasional sekaligus, yakni Konvensi Genosida dan Konvensi Hak Sipil dan Politik. Selain itu juga dari dua sudut pandang tersebut disaripatkan dan kemudian dijadikan sebagai kaca mata untuk menganalisis asas non-retroaktif dalam UUD 1945 dan pengabaian asas tersebut dalam Undang-Undang Pengadilan HAM. Selain itu, penulis juga menganalisis Putusan Mahkamah Konstitusi menggunakan sudut pandang traktat yang telah diratifikasi Indonesia dan UUD 1945 perihal asas non-retroaktif yang pernah diputuskan oleh Mahkamah Konstitusi.

<sup>5</sup> Irsyad Dhahri S Suhaeb, "Retrospectivity and Human Rights in Indonesia: How Can Irregularities Be Resolved," *Indonesian Journal of International Law* 10, no. 2 (2013): 339–360.

<sup>6</sup> Made Darma Weda, "Pengecualian Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana," *Jurnal Hukum dan Peradilan* 2, no. 2 (2013): 203, <https://doi.org/10.25216/jhp.2.2.2013.203-224>.

## 2. Perumusan Masalah

Adapun penelitian ini berusaha untuk memecahkan dua persoalan utama, yakni: 1) mengapa Indonesia mengabaikan asas non-retroaktif dalam konteks kejahatan genosida sementara hal ini tidak diatur di dalam Konvensi tentang Genosida dan bahkan bertentangan dengan Kovenan Hak Sipil dan Politik? dan 2) sampai sejauh mana waktu “retroaktif” dalam kasus kejahatan genosida dapat diberlakukan di Indonesia?

## 3. Metode Penelitian

Pendekatan yang dipakai dalam penelitian ini adalah pendekatan normatif<sup>7</sup> atau doktrinal<sup>8</sup> dengan tujuan untuk meneliti asas non-retroaktif dalam ketentuan kejahatan genosida di Indonesia. Instrument hukum nasional dan hukum Internasional terkait tentang hak asasi manusia dan kejahatan genosida juga menjadi kajian utama dalam penelitian ini. Data tersebut kemudian dianalisis secara deskriptif-analitis menggunakan analisis data kualitatif dan dicari pemecahan masalahnya.<sup>9</sup> Bahan primer penelitian ini terdiri dari Konvensi Internasional tentang Genosida, *International Law of the Law of Treaties* dan peraturan perundang-undangan di Indonesia mulai dari Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Undang-undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, dan Putusan Mahkamah Konstitusi RI. Bahan hukum sekunder yang digunakan dalam penelitian ini adalah karya ilmiah dalam bentuk tulisan seperti buku dan jurnal artikel yang terkait dengan kejahatan internasional dan hak asasi manusia. Kemudian bahan hukum tersier penelitian ini adalah ensiklopedia dan kamus hukum.

## B. PEMBAHASAN

### 1. Paradigma Asas Non-Retroaktif Kejahatan Genosida dalam Konvensi

Dalam pembahasan kali ini ada dua konvensi internasional yang menjadi sumber penting dalam pembahasan pemberlakuan asas non-retroaktif. Pertama adalah Konvensi Genosida dan yang kedua adalah Konvensi Internasional tentang Hak Sipil dan Politik. Konvensi Genosida diadopsi oleh Resolusi Majelis Umum PBB 260 A (III) tanggal 9 Desember 1948. Konvensi ini dibuat persis setelah Perang Dunia II berakhir dengan tujuan adalah bahwa kejadian pembantaian tentara Jerman terhadap etnis Yahudi

<sup>7</sup> Soerjono Soekanto, *Penelitian Hukum Normatif*, (Jakarta: Rajawali Press, 2013).

<sup>8</sup> Bambang Sunggono, *Metode Penelitian Hukum*, (Jakarta: Rajawali Pers, 1997).

<sup>9</sup> Restu Kartiko Widi, *Asas Metodologi Penelitian Sebuah Pengenalan dan Penuntunan Langkah demi Langkah Pelaksanaan Penelitian*, (Yogyakarta: Graha Ilmu, 2010).



tidak terulang kembali di masa yang akan datang.<sup>10</sup> Peristiwa *Holocaust* inilah yang menjadi latar belakang utama mengapa Konvensi Genosida dibuat.<sup>11</sup> Pencegahan ini penting oleh karena dalam sejarah umat manusia, genosida telah Konvensi juga mengakui bahwa dalam sejarah manusia genosida telah mengakibatkan kerugian yang sangat besar terhadap kemanusiaan.<sup>12</sup> Hal ini disinggung juga di dalam pembukaan konvensi yang menyatakan bahwa "*Recognizing that at all periods of history genocide has inflicted great losses on humanity.*"

Kovenan Genosida secara substansi tidak mengatur sama sekali tentang pengabaian asas non-retroaktif dalam kasus kejahatan ini. Sebaliknya ketika dilihat melalui *travaux preparatoires* konvensi ini terlihat bahkan mendukung pemberlakuan prospektif bukan retrospektif (retroaktif). Dalam *legal memorandum* yang dibuat oleh *International Center for Transitional Justice* menyebutkan bahwa dalam *Official Records of the Third Session of the General Assembly* salah seorang delegasi, Mr. Morozov, menegaskan bahwa:

*"The travaux preparatoires of the Convention support the contention that the negotiators understood that they were accepting prospective, not retrospective, obligations on behalf of the States they represented, including the 'prevention of future crimes'. One delegate described the purpose of the Convention as expressing 'the peoples' desire to punish all those who, in the future, might be tempted to repeat the appalling crimes that had been committed'.*"<sup>13</sup>

Selain itu, dalam Pasal 28 Konvensi Wina 1969 tentang Perjanjian Internasional menyatakan bahwa:

*"Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party"*<sup>14</sup>

<sup>10</sup> William A Schabas, "Retroactive Application of the Genocide Convention," *University of St. Thomas Journal of Law and Public Policy* 4, no. 2 (2010): 36–59.

<sup>11</sup> Geoffrey Robertson, "Was There an Armenian Genocide?," *University of St. Thomas Journal of Law and Public Policy* 4, no. 2 (2009): 83–127, [http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tjlp4&id=441&div=&collection=journals%5Cnhttp://ezproxy.library.nyu.edu:2177/HOL/Page?handle=hein.journals/tjlp4&div=20&collection=journals&set\\_as\\_cursor=4&men\\_tab=srchresults](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tjlp4&id=441&div=&collection=journals%5Cnhttp://ezproxy.library.nyu.edu:2177/HOL/Page?handle=hein.journals/tjlp4&div=20&collection=journals&set_as_cursor=4&men_tab=srchresults).

<sup>12</sup> "Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide" (1948), <https://doi.org/10.5771/9783845258911>, diakses pada 9 Juni 2021.

<sup>13</sup> International Center for Transitional Justice, "The Applicability of the United Nations Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide to Events Which Occurred During the Early Twentieth Century Legal Analysis Prepared for the International Center for Transitional Justice," 2002.

<sup>14</sup> "The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 2 (1) (b)."



Dalam konvensi ini jelas-jelas juga dinyatakan bahwa setiap kejadian yang terjadi sebelum suatu perjanjian internasional dibuat, maka pasal-pasal yang terdapat dalam perjanjian internasional ini tidak dapat mengikat tanggung jawab suatu negara.

## 2. Asas Non-Retroaktif dalam Hak Asasi Manusia

Pembahasan asas hukum yang tidak boleh retroaktif akan sangat terbatas apabila hanya mengacu pada sumber-sumber hukum nasional semata. Oleh karena itu akan lebih komprehensif ketika diskusi asas ini dengan mengacu kepada instrumen-instrumen hukum internasional yang telah diratifikasi Indonesia dan hukum kebiasaan internasional yang wajib menjadi rujukan, seperti Deklarasi HAM Univesal (UDHR) dan Konvensi Internasional tentang Hak Sipil dan Politik. Meskipun UDHR hanya merupakan Resolusi Majelis Umum PBB yang secara hukum tidak mengikat, akan tetapi instrumen hukum internasional ini merupakan tonggak sejarah awal munculnya instrumen-instrumen HAM internasional berikutnya yang memiliki kekuatan hukum mengikat seperti Konvensi HAM Eropa dan Kovenen Hak Sipil dan Politik.<sup>15</sup>

UDHR menyatakan dalam Pasal 11 ayat (2) bahwa *“No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence, under national or international law, at the time when it was committed.”*<sup>16</sup> Hal ini ditegaskan kembali dalam Konvensi HAM Eropa Pasal 7 ayat (1) yang menyatakan bahwa *“No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed.”* Konvensi ini memang hanya berlaku bagi Negara-negara Eropa akan tetapi konvensi ini tercatat dalam sejarah sebagai Konvensi HAM internasional pertama yang memiliki kekuatan hukum mengikat.<sup>17</sup> Baru setelah dua puluh tahun kemudian Konvensi Hak Sipil dan Politik disahkan. Tidak jauh berbeda, dalam konvensi terakhir ini juga diatur hal yang sama dalam Pasal 15 ayat (1) dinyatakan bahwa *“no one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed.”*

<sup>15</sup> Nurhidayatuloh & Febrian, “ASEAN and European Human Rights Mechanisms, What Should be Improved?,” *Padjadjaran Journal of Law* 6, no. 1 (2019): 151–67, <https://doi.org/10.22304/pjih.v6n1.a8>.

<sup>16</sup> United Nations, “Universal Declaration of Human Rights, adopted by the General Assembly on 10 Dec 1948” (1948).

<sup>17</sup> Nurhidayatuloh et al., “Does limitation rule in international and regional human rights law instruments restrict its implementation?,” *International Journal of Recent Technology and Engineering* 8, no. 2 Special Issue 9 (2019): 597-600. <https://doi.org/10.35940/ijrte.B1125.0982S919>.

Ketiga instrumen HAM tersebut secara prinsip dan substansi hampir sama bahkan bisa dikatakan sama persis yang menjamin bahwa seseorang tidak dapat dipidana kecuali telah diatur hukumnya. Pada dasarnya tiga aturan tersebut secara eksplisit mengatur tentang asas legalitas (*nullum crimen sine lege*) dimana suatu tindak pidana baru dapat dihukum ketika ada aturannya. Namun demikian, ketika digali lebih jauh lagi asas pasal ini juga mengandung makna asas non-retroaktif. Di Eropa bahkan telah dikuatkan berdasarkan putusan-putusan hakim Pengadilan HAM Eropa yang menegaskan bahwa larangan *retrospective* (retroaktif) adalah hal yang tanpa syarat yang tidak hanya sebatas pada definisi tindak pidana semata akan tetapi juga mencakup pada hukuman yang tidak boleh diterapkan.<sup>18</sup> Hal ini dilihat dalam putusan *Vasiliauskas v. Lithuania* [GC], §§ 165-166 dan *Jamil v. France*, §§ 34-36 serta *M. v. Germany*, §§ 123. Putusan itu bermakna bermakna bahwa selain diatur dalam pasal terkait, preseden juga menguatkan bahwa non-retroaktif bersifat mutlak. Selain di Konvensi HAM Eropa, Konvensi Hak Sipil dan Politik juga menegaskan bahwa Pasal 15 merupakan hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun. Hal ini sesuai dengan amanat Pasal 4(2) Konvensi yang menyatakan bahwa “*No derogation from articles 6, 7, 8 (paragraphs 1 and 2), 11, 15, 16 and 18 may be made under this provision.*” Sehingga dalam konteks HAM dapat disimpulkan juga bahwa pemberlakuan retroaktif terhadap suatu tindak pidana merupakan pelanggaran terhadap aturan-aturan HAM Internasional dan regional.

### 3. Genosida Dalam Undang-Undang Pengadilan HAM

Diskusi pemberlakuan retroaktif mulai mengemuka di Indonesia pada saat pembuatan Undang-Undang Nomor 26 tahun 2000 dimana dalam Pasal 43 dimungkinkan bahwa Pengadilan HAM *ad hoc* untuk menangani kasus genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan sebelum undang-undang ini dibuat. Bahkan pasal menurut MK sebagai pasal yang tidak dapat dihindarkan lagi mengandung makna retroaktif.<sup>19</sup>

Sebelum dibahas lebih lanjut, penulis akan menggaris bawahi bahwa dalam tulisan ini tidak mengenal penyebutan “asas” terhadap kata retroaktif sebagaimana diungkapkan beberapa sarjana hukum Indonesia. Penulis dalam hal ini hanya mengenal istilah asas non-retroaktif dimana dalam beberapa *literature* non-retroaktif memang telah menjadi asas atau prinsip dan pegangan para pakar hukum di dunia. Adapun yang dimaksud dengan retroaktif adalah pengabaian terhadap asas non-retroaktif.

<sup>18</sup> Council of Europe/European Court of Human Rights, “Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty,” n.d., [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>19</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, “Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 0065/PUU-II/2004.”

Pada dasarnya, asas non-retroaktif juga dikenal dalam konstitusi, UUD 1945, Pasal 28(I) yang menyatakan bahwa:

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

Dalam pasal ini jelas dinyatakan bahwa pengabaian asas non-retroaktif dengan melakukan retroaktif suatu kasus pidana merupakan pelanggaran terhadap konstitusi. Terlebih lagi konstitusi juga menegaskan hal ini merupakan hak asasi manusia yang paling mendasar dan tidak dapat dikurangi oleh Negara sekalipun.

Faktanya, aturan retroaktif ini tetap saja ada dan diatur dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Pasal 43 Undang-undang tersebut menyatakan bahwa “Pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya undang-undang ini, diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM *ad hoc*.” Pasal ini berarti ada sebuah kewenangan yang diberikan kepada Pengadilan HAM *ad hoc* untuk Menangani perkara yang terjadi sebelum aturan ini lahir. Hal ini juga diperkuat dengan penjelasan pasal yang menyatakan bahwa:

*“Mengenai pelanggaran hak asasi manusia yang berat seperti genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan yang berdasarkan Hukum internasional dapat digunakan asas retroaktif, diberlakukan pasal mengenai kewajiban untuk tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang sebagaimana tercantum dalam Pasal 28 J (2) UUD NRI 1945 dengan ungkapan lain asas retroaktif dapat diberlakukan dalam rangka melindungi hak asasi manusia itu sendiri.”*

Hal ini juga diperkuat dalam Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 0065/PUU-II/2004 bahwa dalam pertimbangannya MK sendiri menegaskan sifat multak asas non retroaktif dengan menyatakan bahwa:

*“Menimbang bahwa ketentuan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945, menyatakan bahwa hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut merupakan hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun. Meskipun rumusan harfiah demikian menimbulkan kesan seolah-olah bahwa hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut bersifat mutlak, namun sesuai dengan sejarah penyusunannya, Pasal 28I ayat (1) tidak boleh dibaca secara berdiri sendiri melainkan harus dibaca bersama-sama dengan Pasal 28J ayat (2). Dengan cara demikian maka akan tampak bahwa, secara sistematis, hak asasi manusia -termasuk hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut- tidaklah bersifat mutlak, karena dalam menjalankan hak*

*dan kebebasannya, setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dan wajib tunduk pada pembatasan yang ditentukan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin penegakan dan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain serta untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam satu masyarakat demokratis sebagaimana diatur dalam Pasal 28J ayat (2). Dengan membaca Pasal 28I ayat (1) bersama-sama dengan Pasal 28J ayat (2), tampaklah bahwa hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut (retroaktif) tidaklah bersifat mutlak, sehingga dalam rangka 'memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban,' dapat dikesampingkan."<sup>20</sup>*

Mahkamah Konstitusi dalam kasus ini mengemukakan secara tegas ternyata penerapan asas non-retroaktif tidak bersifat mutlak oleh karena kemutlakan ini dibatasi dengan Pasal UUD 1945 28J ayat (2) yang mana pertimbangan moral, nilai-nilai agama, dan kemanan menjadi penghalang sifat kemutlakan asas non-retroaktif ini. Sehingga ketika ada persoalan mengapa Indonesia menganut ketidakmutlakan terhadap asas padahal hal ini bertentangan dengan aturan hukum internasional tentang HAM adalah karena asas ini dibatasi oleh hak dan kebebasan orang lain dan pembatasan yang dibuat oleh undang-undang sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai keagamaan dan keamanan. Kemudian alasan demikian di dukung oleh MK sebagai penjaga konstitusi.

Dalam konteks ini penulis ingin mengkritisi pertimbangan hukum yang terdapat dalam putusan tersebut. Nampaknya hakim dalam hal ini tidak dapat membedakan kata "tidak dapat dikurangi" yang terdapat dalam Pasal UUD 1945 28I ayat (1) dengan kata "pembatasan" sebagaimana disebutkan dalam Pasal UUD 1945 28J ayat (2) oleh karena kata-kata inilah yang menjadi tolak ukur MK dalam mendukung pengabaian asas non-retroaktif. Padahal dalam *instrument* hukum HAM internasional konsep pembatasan (*limitation*) dan pengurangan (*derogation*) memiliki makna yang berbeda dan perbedaan kedua konsep ini juga dikenal dalam Kovenan Hak Sipil dan Politik.

Limitasi adalah hal ikhwal dimana suatu negara dapat membatasi hak asasi manusia individu di dalam yurisdiksinya. Pembatasan ini hanya dimungkinkan pada pasal-pasal suatu perjanjian internasional.<sup>21</sup> Dalam konteks Kovenan Sipil dan Politik pembatasan hanya dapat dilakukan pada pasal-pasal yang disebutkan dalam pasal

<sup>20</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, "Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 0065/PUU-II/2004."

<sup>21</sup> Emanuele Sommario, "Derogation from Human Rights Treaties in Situations of Natural or Man-Made Disasters," in *International Disaster Response Law*, ed. Andrea de Guttry, Marco Gestri, dan Gabriella Venturini (The Hague: Asser Press, 2012), 323-52, <https://doi.org/10.1007/978-90-6704-882-8>.

tersebut untuk dilakukan pembatasan. Hal ini juga dijelaskan dalam *Siracusa Principle* dimana justifikasi limitasi adalah:

*“1) No limitations or grounds for applying them to rights guaranteed by the Covenant are permitted other than those contained in the terms of the Covenant itself; 2) The scope of a limitation referred to in the Covenant shall not be interpreted so as to jeopardize the essence of the right concerned; 3) All limitation clauses shall be interpreted strictly and in favor of the rights at issue; 4) All limitations shall be interpreted in the light and context of the particular right concerned; 5) All limitations on a right recognized by the Covenant shall be provided for by law and be compatible with the objects and purposes of the Covenant; 6) No limitation referred to in the Covenant shall be applied for any purpose other than that for which it has been prescribed; 7) No limitation shall be applied in an arbitrary manner; 8) Every limitation imposed shall be subject to the possibility of challenge to and remedy against its abusive application.”<sup>22</sup>*

Dalam konteks ini limitasi dalam Kovenen Hak Sipil dan Politik hanya terbatas pada pasal-pasal tertentu semata dimana limitasi itu dimungkinkan dalam pasal tersebut. Contohnya dalam Pasal 18(3) yang menyebutkan bahwa *“Freedom to manifest one’s religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others.”* Limitasi dalam hal ini dimungkinkan pada kebebasan untuk menjalankan agama oleh karena diatur secara langsung dalam pasal tersebut.

Di sisi lain, derogasi juga diatur dalam *Siracusa Principle*. Derogasi yakni negara dapat melakukan pengurangan terhadap kewajiban pemenuhan hak asasi manusia terhadap individu di dalam yurisdiksinya. Secara umum derogasi ini diatur di dalam Pasal 4 Kovenen Hak Sipil dan Politik dengan logika bahwa derogasi dimungkinkan terhadap pasal-pasal yang terdapat dalam konvensi kecuali terhadap pasal-pasal yang diatur dalam Pasal 4 (2). *Siracusa Principle* mengatur sedemikian rupa tentang derogasi, yakni:

*“A state party may take measures derogating from its obligations under the International Covenant on Civil and Political Rights pursuant to Article 4 (hereinafter called “derogation measures” ) only when faced with a situation of exceptional and actual or imminent danger which threatens the life of the nation. A threat to the life of the nation is one that: (a) affects the whole of the population and either the whole or part of the territory of the state; and (b) threatens the physical integrity of the population, the political independence or the territorial integrity of the state or the existence or basic functioning of*

<sup>22</sup> American Association for the International Commission of Jurists, “Siracusa Principle on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights,” 1985, [www.icj.org](http://www.icj.org)., diakses pada 9 Juni 2021.



*institutions indispensable to ensure and protect the rights recognized in the Covenant.*"<sup>23</sup>

Ketentuan tentang derogasi berkebalikan dengan limitasi dimana dalam limitasi aturannya harus jelas dalam pasal tersebut memperbolehkan limitasi. Di sisi lain, derogasi dimungkinkan dalam semua pasal yang terdapat dalam Kovenan Hak Sipil dan Politik kecuali hak-hak yang *non derogable* sebagaimana yang terdapat dalam Pasal 4 ayat (2). Contoh dari hak yang *non derogable* adalah Pasal 15 Kovenan yang menyatakan bahwa "*No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed.*" Sehingga dapat disimpulkan bahwa dalam hal ini "Kovenan Hak Sipil dan Politik" Pasal 15 yang mengatur soal asas non-retroaktif tidak dimungkinkan adanya derogasi atau pengurangan karena termasuk dalam "Kovenan Hak Sipil dan Politik" Pasal 4 ayat (2) dan juga tidak dimungkinkan adanya limitasi karena tidak diatur secara langsung dalam pasal tersebut tentang pembolehan limitasinya.

Menyambung persoalan limitasi pada Kovenan Hak Sipil dan Politik Pasal 18 ayat (3), ternyata dalam Pasal 4 ayat (2) hak yang tidak boleh untuk dilakukan derogasi adalah keseluruhan Pasal 18 termasuk Pasal 18 ayat (3). Perlu dipahami bahwa "Kovenan Hak Sipil dan Politik" Pasal 18 adalah berkenaan dengan kebebasan berfikir, berkeyakinan dan beragama dimana dalam hal ini adalah termasuk memiliki agama, berpindah agama dan menjalankan (*manifest*) ibadah menurut agama ataupun keyakinannya. Dalam konteks ini ada beberapa hak yang berkaitan dengan agama diatur. Berdasarkan "Kovenan Hak Sipil dan Politik" Pasal 4 ayat (2) keseluruhan hak kebebasan yang terdapat dalam "Kovenan Hak Sipil dan Politik" Pasal 18 ini tidak boleh di derogasi dalam keadaan apapun. Namun khusus untuk "Kovenan Hak Sipil dan Politik" Pasal 18 ayat (3) yang berkenaan dengan kebebasan untuk menjalankan (*manifest*) agama atau kepercayaan dapat dilakukan limitasi. Hal ini menandakan bahwa antara limitasi dan derogasi adalah sesuatu yang berbeda baik secara konseptual dan implementasinya di dalam pasal-pasal Kovenan Hak Sipil dan Politik. Konsep ini oleh Mahkamah Konstitusi dianggap sama sehingga memunculkan pertimbangan hukum bahwa hak non-retroaktif dapat dilakukan limitasi, padahal faktanya hak tersebut tidak dimungkinkan untuk diderogasi dan tidak diberikan ruang untuk limitasi.

Persoalan kenapa dalam konteks "Kovenan Hak Sipil dan Politik" Pasal 18 ayat (3) ini tidak dimungkinkan derogasi tapi dapat dilimitasi menjadi perhatian nalar penulis dalam menyusun logika mengapa asas non-retroaktif tidak mungkin untuk dilakukan

<sup>23</sup> American Association for the International Commission of Jurists.



derogasi sekaligus limitasi. Syarat derogasi dapat diterapkan adalah: 1) ada darurat publik yang mengancam eksistensi suatu bangsa; 2) dinyatakan secara resmi oleh negara; 3) tidak bertentangan dengan kewajiban dalam hukum internasional; dan 4) tidak diskriminatif atas dasar agama, ras dan sebagainya. Di sisi lain, syarat penerapan limitasi adalah: 1) diatur melalui hukum; 2) dalam masyarakat yang demokratis; dan 3) untuk melindungi keamanan publik, ketertiban, kesehatan, moral atau hak dan kebebasan dasar orang lain. Syarat derogasi dan limitasi ini diatur dalam Kovenan Hak Sipil dan Politik.

Misalnya, sehubungan dengan Pasal 18 Kovenan yakni hak kebebasan untuk menjalankan agama. Hak ini tidak boleh dikurangi sama sekali dalam keadaan apapun yang berarti bahwa negara tidak boleh melarang individu untuk memmanifestasikan agama seperti (dalam konteks agama Islam) beribadah sholat, puasa, haji bahkan *adzan* sekalipun. Dalam hal ini Negara tidak memiliki kewenangan untuk melarang individu untuk melakukan ibadah-ibadah tersebut dalam keadaan apapun. Alasannya karena hak ini termasuk hak yang tidak dapat diderogasi. Namun demikian hak ini dapat dilakukan limitasi dengan syarat-syarat tersebut di atas. Sehingga dalam konteks ini, benar adanya negara tidak memiliki kewenangan untuk melarang manifestasi agama, tapi Negara dapat membatasi manifestasi agama dengan membuat aturan sholat tidak boleh dilakukan di tempat-tempat umum, misalnya. Dalam kasus ini bukan sholatnya yang dilarang akan tetapi pelaksanaan sholat di tempat umum inilah yang bermasalah oleh karena akan mengganggu ketertiban publik. Di sebagian negara Eropa, misalnya, *adzan* tidak boleh menggunakan pengeras suara. Bukan tindakan *adzan* yang dilarang akan tetapi menggunakan pengeras suara sehingga mengganggu ketertiban publik masyarakat atau penduduk sekitar inilah yang bermasalah. Di sebagian besar wilayah Indonesia *adzan* dengan menggunakan pengeras suara tidak ada masalah oleh karena masyarakat sekitar tidak merasa keberatan dan tidak terganggu sehingga tidak ada ketertiban publik yang dirugikan. Hal ini berbeda dengan asas non-retroaktif yang tidak memungkinkan untuk diderogasi dalam keadaan apapun termasuk untuk kasus genosida dan juga tidak diberikan ruang untuk limitasi.

Oleh karena itu, menurut hemat penulis dalam konteks UUD 1945, pada dasarnya Pasal 28I ayat (1) benar mengatur soal asas non-retroaktif yang tidak dapat “dikurangi” dalam keadaan apapun, namun interpretasi yang menyamakan limitasi dan derogasi inilah yang bermasalah, termasuk interpretasi Mahkamah Konstitusi dalam putusan tersebut yang ternyata ada tiga hakim konstitusi yang *dissenting opinion*. Sehingga oleh karena interpretasi yang salah inilah yang menyebabkan Pasal 28J ayat (2) menjadi dasar diterapkannya limitasi pada asas non-retroaktif. Padahal seharusnya MK lebih

teliti dalam membedakan konsep limitasi dan derogasi, oleh karena asas non-retroaktif tidak dimungkinkan untuk derogasi dan juga tidak dimungkinkan untuk dilakukan limitasi. Dengan demikian, menurut hemat penulis, atas keluarnya putusan tersebut sebenarnya MK berargumen bahwa ia telah menjaga hak asasi manusia dan pada saat yang bersamaan ia juga telah melanggar hak asasi manusia.

#### 4. Asas Non-Retroaktif dan Kedaulatan Negara

Beberapa pendapat yang telah dikemukakan di atas, termasuk pertimbangan MK yang menegaskan sifat mutlak asas non-retroaktif menjadi perhatian khusus penulis dengan melihat dan mempertimbangkan beberapa kasus dan pendapat para hukum internasional mengenai asas ini. Ada dua hal yang akan di jawab dalam sub bab ini yakni apakah dimungkinkan *extend* terhadap penerapan asas non-retroaktif yakni dengan tidak dibatasi kedaulatan Negara atau dengan kata lain melihat hukum internasional (konvensi internasional, putusan pengadilan atau hukum kebiasaan internasional) sebagai satu variabel yang menentukan dalam cakupan asas non-retroaktif, dan yang kedua sampai sejauh mana waktu “retroaktif” dalam kasus kejahatan genosida dapat diberlakukan. Pertanyaan ini juga sekaligus menjawab pertanyaan kedua yang menjadi fokus penelitian ini.

Dalam sistem hukum di Indonesia dikenal istilah traktat dimana konsep ini merupakan *treaty* atau secara sederhana perjanjian sebagai salah satu sumber hukum. Tidak dapat dipungkiri bahwa kedudukan hukum internasional tidak secara serta merta atau *embed* mengikat Negara sebagai hukum namun harus ada adopsi khusus yang dinamakan ratifikasi (mencakup aksesori atau aprobasinya atau istilah lain yang pada intinya pernyataan pengikatan diri terhadap suatu perjanjian internasional). Namun demikian hal ini menjadi pengecualian ketika norma hukum internasional ini merupakan norma *ius cogens* atau *customary international law* atau *general principle of law* yang mengikat negara karena kesemuanya ini mengatur norma dan prinsip-prinsip hukum.<sup>24</sup> Dalam praktiknya, setelah dilakukan ratifikasi, Indonesia sesuai dengan asas *pacta sunt servanda* harus terikat dan tunduk terhadap perjanjian internasional. Artinya dalam hal ini eksistensi hukum internasional pada dasarnya diakui dan mengikat ketika hal ini mengatur soal asas dan norma hukum.

Kembali kepada asas non-retroaktif, pada dasarnya asas ini bersifat universal dan telah dipraktikkan di semua negara bahkan telah diformulasikan di dalam pasal-pasal dalam perjanjian internasional. Selain itu juga ketika dicermati di dalam ketiga instrumen hukum HAM internasional yakni *Universal Declaration of Human Rights/*

<sup>24</sup> Anthony A. D'Amato, "The Concept of Special Custom in International Law," *American Journal of International Law* 63, no. 2 (1969): 211-23, <https://doi.org/10.2307/2197411>.

UDHR, Konvensi HAM Eropa dan Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik terlihat jelas terdapat kata "*under national or international law*" yang berarti bahwa asas non-retroaktif memang bersifat mutlak, akan tetapi harus dilihat terlebih dahulu apakah kasus genosida ini selain diatur di dalam hukum nasional juga diatur di dalam hukum internasional. Artinya meskipun genosida tidak diatur di dalam hukum nasional akan tetapi hanya diatur dalam hukum internasional (termasuk praktik internasional), bukan berarti penerapan hukum dan sanksi terhadap genosida merupakan pengabaian terhadap asas non-retroaktif.

Hal ini juga didukung oleh pakar hukum sekelas Hans Kelsen dan Wiliam Schabas. Schabas mengemukakan dalam kasus seperti genosida, hal-hal menarik ditemukan dalam putusan Pengadilan Nuremberg dalam kasus Perancis dan lain-lain v. Goring (Hermann) dan lain-lain (1 Oktober 1946) ia menyatakan bahwa "*it is to be observed that the maxim nullum crimen sine lege is not a limitation of sovereignty, but is in general a principle of justice.*"<sup>25</sup> Hal ini berarti bahwa meskipun tindak pidana internasional tidak diatur di suatu negara tertentu, bukan berarti pelaku kejahatan internasional bebas dari tuntutan hukum. Namun, ini perlu dilihat dalam konteks global yang lebih luas. Jika dalam hukum internasional atau dalam asas keadilan umum sudah diatur, maka pelakunya bisa dihukum dengan aturan tersebut. Ini juga berlaku untuk kejahatan terhadap kemanusiaan. Senada dengan itu, Kelsen menyatakan:

*"Since the internationally illegal acts for which the London Agreement established individual criminal responsibility were certainly also morally most objectionable, and the persons who committed these acts were certainly aware of their immoral character, the retroactivity of the law applied to them can hardly be considered as absolutely incompatible with justice. Justice required the punishment of these men, in spite of the fact that under positive law, they were not punishable at the time they performed the acts made punishable with retroactive force. In case two postulates of justice are in conflict with each other, the higher one prevails; and to punish those who were morally responsible for the international crime of the Second World War may certainly be considered as more important than to comply with the rather relative rule against ex post facto laws, 'open to so many exceptions.'"*<sup>26</sup>

Dalam konteks ini penulis lebih sepakat terhadap pendapat Kelsen dan Schabas yang menekankan bahwa penerapan asas non-retroaktif tidak terbatas pada kedaulatan Negara akan tetapi berlaku secara universal, sehingga konsekuensinya adalah ketika memutuskan apakah suatu hukum telah ada atau tidak juga harus melihat bukan

<sup>25</sup> Schabas, "Retroactive Application of the Genocide Convention."

<sup>26</sup> Hans Kelsen, "Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?," *The International Law Quarterly* 1, no. 2 (1947): 153-171.

hanya hukum nasional akan tetapi hukum internasional. Apabila di dalam hukum nasional genosida tidak/belum diatur, akan tetapi dalam hukum internasional telah ada, maka penerapan hukum genosida yang mengacu pada hukum internasional tidak dimaknai sebagai pengabaian terhadap asas non-retroaktif.

Sehubungan dengan praktik internasional dimana terdapat anggapan bahwa ICTY dan ICTR merupakan bukti pengabaian terhadap asas non-retroaktif, John R.W.D. Jones dan Steven Powless beranggapan bahwa dalam kasus Yugoslavia dan Rwanda melalui ICTY dan ICTR yang diberlakukan secara retroaktif hanyalah merupakan prosedural semata bukan secara substansi atau materi hukumnya. Secara substansi hukum telah ada larangan atas perbuatan tersebut, hanya saja belum ada mekanisme yang dapat menegakkan substansi tersebut. Dengan kata lain belum ada pengadilan yang berwenang untuk memproses para pelaku tindak kejahatan internasional dan baru diwujudkan kemudian setelah dibentuk pengadilannya.<sup>27</sup> Oleh karena itu, pengadilan yang baru dibentuk tersebut haruslah memastikan dan membuktikan bahwa tindakan yang dilanggar tersebut adalah tindakan yang secara substansi telah diatur sebelumnya dalam aturan-aturan hukum yang bersifat internasional atau universal.

## 5. Waktu “Retroaktif” dalam Kasus Kejahatan Genosida

Secara sederhana penulis dalam penelitian ini membagi dua macam maksud retroaktif ke dalam dua hal, yakni retroaktif secara substansi dan retroaktif secara prosedural. Perlu penulis tekankan kembali bahwa dalam konteks apapun termasuk dalam kejahatan internasional retroaktif secara substansi tidak boleh dilakukan. Hal ini berbeda dengan retroaktif secara prosedural. Dengan pemahaman bahwa prosedural ini dimaknai dengan mekanisme untuk menegakkan substansi tersebut memang belum ada. Sebagai contoh ICTY dan ICTR sebagaimana telah diungkapkan dalam pembahasan di atas.

Sebagaimana telah disinggung di atas bahwa ketika mendiskusikan asas non-retroaktif, seharusnya pasal-pasal yang dilihat di dalam kovenan internasional, putusan pengadilan dan konstitusi harus dibaca secara detail dan komprehensif sehingga memunculkan makna yang komprehensif juga. Menegasikan kata “*under national and international law*” dalam Putusan MK juga merupakan hal yang fatal oleh karena tidak menganggap hukum internasional (perjanjian internasional, yurisprudensi, *general principle of law* dan *customary international law*) terutama yang telah diratifikasi sebagai bagian integral peraturan perundang-undangan di Indonesia. Padahal dengan adanya ratifikasi, aturan hukum internasional menjadi mengikat dan telah layak untuk menjadi pertimbangan hukum hakim dalam memutuskan suatu perkara.

<sup>27</sup> Weda, “Pengecualian Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana.”

Dalam konteks penerapan asas non-retroaktif seharusnya oleh karena ini adalah asas hukum yang sifatnya universal, maka rujukan hukumnya juga harus universal tidak serta merta ketika tidak diatur di dalam hukum nasional maka hal tersebut adalah retroaktif. Harus dicari juga aturan internasional yang secara asas mengikat suatu negara sebagaimana Konvensi Genosida. Sehingga meskipun kejahatan genosida tidak diatur di dalam hukum nasional akan tetapi diatur dalam hukum internasional, maka ketentuan Konvensi Genosida tersebut dapat menjadi rujukan untuk menghindari pengabaian terhadap asas non-retroaktif. Oleh karena itu, ketika konteks ini disandarkan pada Konvensi Genosida yang dibuat pada tahun 1948 namun mulai berlaku pada 12 Januari 1951 dapat disimpulkan bahwa Konvensi genosida tidak dapat mengikat tanggung jawab individu maupun negara sebelum tanggal 12 Januari 1959.<sup>28</sup>

### C. KESIMPULAN

Sehubungan dengan persoalan mengapa Indonesia mengabaikan asas non-retroaktif dalam konteks kejahatan genosida, penulis menemukan ada sebuah anomali yang berlaku dalam asas hukum ini. Hal ini dikarenakan beberapa aturan hukum turunan di bawah UUD 1945 di Indonesia memberlakukan retroaktif meskipun dalam Pasal 28 J menyatakan sebaliknya. Selanjutnya, anomali pemberlakuan retroaktif ini diperkuat dalam putusan Mahkamah Konstitusi dimana menurut hemat penulis MK dalam putusannya telah menjaga hak asasi manusia dengan melanggar hak asasi manusia dengan cara mencampuradukkan kata “dikurangi” dalam pasal 28I ayat (1) dan kata “dibatasi” dalam Pasal 28J ayat (2). Penulis menemukan bahwa dalam kasus ini MK telah mempersempit makna dan cakupan asas non-retroaktif dalam ruang lingkup batas negara, tidak melihat konteks yang lebih luas yakni hukum internasional yang mencakup perjanjian internasional, yurisprudensi, dan hukum kebiasaan internasional sehingga dapat ditemukan sumber hukum lain yang berlaku secara universal yang dapat diterapkan di Indonesia. Kedua sehubungan dengan waktu pemberlakuan “retroaktif” dalam kasus kejahatan genosida, penulis menemukan bahwa kasus genosida diatur di dalam Konvensi Genosida tahun 1948 yang berlaku pada tanggal 12 Januari 1951. Dalam konteks ini penulis berpendapat bahwa kejahatan genosida baru dianggap berlaku surut ketika kejahatan itu dilakukan sebelum 12 Januari 1951 oleh karena ada aturan dan prinsip hukum umum yang bersifat universal yang tidak terpengaruh pada batas-batas negara.

<sup>28</sup> Justice, “The Applicability of the United Nations Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide to Events Which Occurred During the Early Twentieth Century Legal Analysis Prepared for the International Center for Transitional Justice.”

## DAFTAR PUSTAKA

### Buku

- Soekanto, Soejono. *Penelitian Hukum Normatif*. Jakarta: Rajawali Press, 2013.
- Sommario, Emanuele. "Derogation from Human Rights Treaties in Situations of Natural or Man-Made Disasters." In *International Disaster Response Law*, diedit oleh Andrea de Guttry, Marco Gestri, dan Gabriella Venturini, 323–52. The Hague: Asser Press, 2012.
- Sunggono, Bambang. *Metode Penelitian Hukum*. Jakarta: Rajawali Pers, 1997.
- Sunggono, Bambang. *Asas Metodologi Penelitian Sebuah Pengenalan dan Penuntunan Langkah demi Langkah Pelaksanaan Penelitian*. Yogyakarta: Graha Ilmu, 2010.

### Jurnal

- D'Amato, Anthony A. "The Concept of Special Custom in International Law." *American Journal of International Law* 63, no. 2 (1969): 211–23. <https://doi.org/10.2307/2197411>.
- Justice, International Center for Transitional. "The Applicability of the United Nations Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide to Events Which Occurred During the Early Twentieth Century Legal Analysis Prepared for the International Center for Transitional Justice," 2002. <https://www.ictj.org/publication/applicability-un-convention-prevention-and-punishment-crime-genocide-events-which>, diakses pada 9 September 2021.
- Kelsen, Hans. "Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?" *The International Law Quarterly* 1, no. 2 (1947): 153–71.
- Nurhidayatulloh & Febrian. "ASEAN and European Human Rights Mechanisms, What Should be Improved?" *Padjadjaran Journal of Law* 6, no. 1 (2019): 151–67. <https://doi.org/10.22304/pjih.v6n1.a8>.
- Nurhidayatulloh, Febrian, Y. Annalisa, A. Idris, R.M. Ikhsan, S. Helena Primadianti, dan F. Zuhro. "Does limitation rule in international and regional human rights law instruments restrict its implementation?" *International Journal of Recent Technology and Engineering* 8, no. 2 Special Issue 9 (2019): 597-600. <https://doi.org/10.35940/ijrte.B1125.0982S919>.
- Robertson, Geoffrey. "Was There an Armenian Genocide?" *University of St. Thomas Journal of Law and Public Policy* 4, no. 2 (2009): 83–127. [http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tjlp4&id=441&div=&collection=journals%5Cnhttp://ezproxy.library.nyu.edu:2177/HOL/Page?handle=hein.journals/tjlp4&div=20&collection=journals&set\\_as\\_cursor=4&men\\_tab=srchresults](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tjlp4&id=441&div=&collection=journals%5Cnhttp://ezproxy.library.nyu.edu:2177/HOL/Page?handle=hein.journals/tjlp4&div=20&collection=journals&set_as_cursor=4&men_tab=srchresults).



Schabas, William A. "Retroactive Application of the Genocide Convention." *University of St. Thomas Journal of Law and Public Policy* 4, no. 2 (2010): 36–59.

Situngkir, Danel Aditia. "Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Nasional Dan Hukum Pidana Internasional." *Soumatara Law Review* 1, No.1 (2018): 22-42. <https://doi.org/10.22216/soumlaw.v1i1.3398>.

Suhaeb, Irsyad Dhahri S. "Retrospectivity and Human Rights in Indonesia: How Can Irregularities Be Resolved." *Indonesian Journal of International Law* 10, no. 2 (2013): 339–60.

Weda, Made Darma. "Pengecualian Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana." *Jurnal Hukum dan Peradilan* 2, no.2 (2013): 203-224. <https://doi.org/10.25216/jhp.2.2.2013.203-224>.

### **Peraturan UUD 1945**

### **Undang-undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM**

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1948). <https://doi.org/10.5771/9783845258911>.

Council of Europe/European Court of Human Rights. "Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty," <http://www.echr.coe.int>. Diakses pada 9 September 2021.

Jurists, American Association for the International Commission of. "Siracusa Principle on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights," 1985. <http://www.icj.org>. Diakses pada 9 September 2021.

The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 2 (1) (b).

The Rome Statute of the International Criminal Court" (1998). <https://www.icc-cpi.int/sites/>

United Nations. Universal Declaration of Human Rights, adopted by the General Assembly on 10 Dec 1948 (1948). sumber Internet <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights#:~:text=Drafted%20by%20representatives%20with%20different,all%20peoples%20and%20all%20nations>. Diakses pada 9 September 2021.

### **Putusan**

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 0065/PUU-II/2004.

# **Format Ideal Tindak Lanjut Putusan Mahkamah Konstitusi untuk Mengefektifkan Asas *Erga Omnes***

## ***The Ideal Format of the Enforcement of the Constitutional Court's Decision to Implement the Principle of Erga Omnes***

**Dian Ayu Widya Ningrum**

Fakultas Hukum Universitas Jember  
Jl Kalimantan 37 Jember  
Email: ayud3228@gmail.com

**Al Khanif**

Fakultas Hukum Universitas Jember  
Jl Kalimantan 37 Jember  
Email: al\_khanif@unej.ac.id

**Antikowati**

Fakultas Hukum Universitas Jember  
Jl Kalimantan 37 Jember  
Email: antikowati.fh@unej.ac.id

Naskah diterima: 15-06-2021 revisi: 29-05-2022 disetujui: 02-06-2022

### **Abstrak**

Artikel ini bertujuan menemukan format ideal implementasi asas *erga omnes* dalam Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) terhadap uji materi undang-undang. Asas *erga omnes* dimaksudkan untuk menjamin perlindungan hak asasi manusia (HAM). Namun faktanya, *erga omnes* tidak dapat terimplementasikan dengan baik karena gap antara *adressat* dengan putusan MK. Persoalan ini mengakibatkan ketidakseragaman implementasi putusan MK dengan lembaga negara lainnya yang berdampak turunya marwah asas *erga omnes*. Perlu adanya sistem ideal untuk memperbaiki penerapan putusan MK yang sesuai dengan asas *erga omnes*. Hasil penelitian menunjukkan bahwa untuk mengoptimalkan asas *erga omnes* diperlukan upaya kerja sama antara MK dan lembaga negara lainnya atau *adressat* putusan dalam mengimplementasikannya. Salah satunya dengan menunjuk langsung lembaga negara yang berwenang dalam pertimbangan putusan untuk menindaklanjutinya. Hal ini dapat dikombinasikan

dengan penerapan *judicial deferral* dan pemberian tenggat waktu penindaklanjutan putusan yang diberlakukan terhadap para *adressat* sebagai representasi penentu batasan dan kepastian hukum.

**Kata Kunci:** *Erga Omnes*; Mahkamah Konstitusi; Penegakan; Putusan.

### **Abstract**

*This article aims to find the ideal format to implement the Constitutional Court (MK) decision through the principle of erga omnes. The erga omnes aims to guarantee the protection of human rights for all citizens. However, the principle of erga omnes cannot be implemented properly due to the gap between adressat and the verdict issued by the MK. This inconsistency and disobedient will result in decline of the erga omnes. An ideal system is needed to improve the application of the Constitutional Court's decisions in accordance with the principle of erga omnes. The results showed that to maximize the principle of erga omnes requires cooperation between the MK and other state institutions or adressat. This can be combined with the implementation of judicial deferral and the provision of deadlines for the follow-up of decisions imposed on adressat as a representation of determining legal boundaries and certainty.*

**Keywords:** *Constitutional Court; Enforcement; Erga Omnes; Verdict.*

## **A. PENDAHULUAN**

### **1. Latar Belakang**

Secara konstitusional, sifat final dari putusan MK merupakan produk hukum sebagai hasil dari *judicial review* terhadap undang-undang yang diajukan oleh para pihak. Artinya, putusan MK merupakan upaya hukum pertama dan terakhir untuk para pemohon dan tidak ada upaya lanjutan.<sup>1</sup> Turunan amanat konstitusi tersebut terdapat dalam Pasal 10 ayat (1) MK Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 2020 tentang Perubahan Ketiga Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU MK) yang menyatakan bahwa putusan MK bersifat final bagi para pencari keadilan. Pemaknaan sifat final dan mengikat putusan MK sejatinya dapat dikaji melalui kajian secara teoretis yang kemudian diperkuat dengan pendapat Hamdan Zoelva yang menjelaskan alasan dari perumusan frasa final dalam putusan MK didasarkan atas upaya untuk melindungi kemurnian konstitusi melalui tafsir yang analitis.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Bambang Sutiyoso, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Cetakan Pertama*, Cetakan Pertama (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2006), 160.

<sup>2</sup> Tim Penyusun Naskah Komprehensif Proses dan Hasil Perubahan UUD 1945, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia: Buku VI, Kekuasaan Kehakiman, edisi revisi ed* (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010), 484.

Diskursus terkait dengan lahirnya sifat final putusan MK pada dasarnya terbentuk dari kesepakatan awal mula pembentukan lembaga MK di Indonesia dengan sistem peradilan pada tingkat pertama dan terakhir.<sup>3</sup> Hal ini secara implisit mengartikan bahwa MK mempunyai konsekuensi logis atas sifat tersebut bahwa tidak ada prosedur hukum lanjutan atas putusan MK yang telah dikeluarkan. Hal ini senada dengan pendapat Maruarar Siahaan bahwa ukuran untuk menentukan sebuah putusan dapat dikategorikan final dan mengikat adalah terdapatnya lembaga peradilan yang berperan untuk melakukan peninjauan ulang (*judicial review*) terhadap putusan pengadilan tersebut.<sup>4</sup> Berdasarkan hal tersebut, kewenangan MK yang dimandatkan oleh UUD 1945 menegaskan bahwa tidak ada prosedur dan peraturan hukum di bawahnya yang dapat meninjau Putusan MK karena sifat final dan mengikat tersebut.<sup>5</sup>

Penafsiran atas sifat final putusan MK ditujukan untuk lembaga negara yang kewenangannya diberikan langsung oleh konstitusi untuk menyelesaikan permasalahan yang berhubungan dengan konstitusi.<sup>6</sup> Maka, idealnya tafsir terhadap seluruh putusan MK hanya dapat dilakukan satu kali dan tidak dapat dilakukan upaya lanjutan. Lebih daripada itu, MK sebagai lembaga yudisial ketatanegaraan dalam menyelesaikan perkara harus memberikan kepastian hukum sesuai dengan prinsip peradilan cepat dan sederhana.<sup>7</sup> Di samping itu, dalam menerapkan kepastian hukum dibutuhkan batasan waktu agar tidak mengganggu tatanan perundang-undangan di Indonesia.<sup>8</sup>

Ditinjau secara konstitusionalitas, *judicial review* dinilai sebagai wajah dari supremasi konstitusi (UUD 1945) dan konstitusionalisme.<sup>9</sup> Mekanisme *judicial review* diberlakukan untuk memastikan peraturan perundang-undangan yang secara hierarki berada di bawah konstitusi tidak bertentangan atau melanggar konstitusi sebagai hukum tertinggi tersebut di Indonesia. Secara teori, *judicial review* membutuhkan sebuah prosedur untuk menilai konstitusionalitas dari suatu undang-undang agar tidak saling tumpang tindih dan konstitusi.<sup>10</sup>

<sup>3</sup> Fajar Laksono Soeroso, "Aspek Keadilan dalam Sifat Final Putusan Mahkamah Konstitusi," *Jurnal Konstitusi* 11, no. 1 (2014): 76.

<sup>4</sup> Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, (Jakarta: Mahkamah Konstitusi RI, 2006), 275.

<sup>5</sup> Fajar Laksono Soeroso, "Aspek Keadilan Dalam Sifat Final Putusan Mahkamah Konstitusi," *Jurnal Konstitusi* 11, no. 1 (2014): 76.

<sup>6</sup> Tim Penyusun Naskah Komprehensif Proses dan Hasil Perubahan UUD 1945, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia: Buku VI, Kekuasaan Kehakiman*, 484.

<sup>7</sup> Fajar Laksono Soeroso, "Aspek Keadilan...", 78

<sup>8</sup> Fajar Laksono Soeroso, "Aspek Keadilan..."

<sup>9</sup> Jutta Limbach, "The Concept of the Supremacy of the Constitution," *Modern Law Review* 64, no. 1 (January 2001): 2.

<sup>10</sup> Radian Salman, "Pengujian Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi dalam Perspektif Konstitusionalisme dan Demokrasi," (Disertasi, Universitas Airlangga, 2017), 26.

Jika ditelaah melalui pandangan konstitusionalisme, ada tiga hal yang mendasari pentingnya mekanisme *judicial review* oleh MK. Yang pertama adalah adanya sebuah hakikat pembatasan kekuasaan yang bertujuan untuk membatasi kontrol terhadap kekuasaan legislatif atau pembuat undang-undang. Sedangkan alasan yang kedua adalah adanya kemungkinan peluang penyalahgunaan wewenang yang mengakibatkan adanya peraturan perundang-undangan yang saling bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi kedudukannya.<sup>11</sup> Di samping itu, mekanisme *judicial review* juga untuk menjamin prinsip konstitusionalisme yang berisi pengakuan dan penjaminan atas hak dasar warga negara benar-benar terpenuhi dan diatur oleh sebuah undang-undang. Artinya, kewenangan untuk melakukan *judicial review* semata dimaksudkan agar prinsip perlindungan terhadap hak setiap warga negara dalam undang-undang tidak merugikan mereka.<sup>12</sup>

Di dalam negara yang menganut demokrasi konstitusional, *judicial review* atas undang-undang berdiri sendiri dengan lembaga yang menaunginya. Oleh karena itu, proses tersebut selalu menimbulkan spekulasi normatif terkait dua hal yakni legitimasi kelembagaan dan mekanisme yang digunakan.<sup>13</sup> Demokrasi konstitusional atas kriteria pelaksanaan *judicial review* dinilai telah menempatkan MK pada posisi superior dalam mengontrol cabang kekuasaan legislatif maupun eksekutif yang menimbulkan spekulasi hadirnya negara hakim.<sup>14</sup> Pendapat demikian sejatinya lahir dari penilaian terhadap beberapa putusan MK yang bersifat ultra petita seperti memperluas objek dari pengujian atas permohonan, mengadili perkara terkait MK sendiri, tidak tegas dalam memberikan makna atas konsep jenis putusan konstitusional bersyarat dan merumuskan norma baru.<sup>15</sup>

MK sebagai lembaga yang berfungsi menafsirkan konstitusi dan menjaga marwahnya juga sering mendapatkan permasalahan dalam konteks perbedaan penafsiran atas undang-undang. Namun, penafsiran dari MK tersebut harus dijadikan sebagai landasan untuk lembaga negara lainnya.<sup>16</sup> Interpretasi Hakim MK tersebut dapat disebut sebagai

<sup>11</sup> M. Laica Marzuki, "Konstitusi dan Konstitusionalisme," *Jurnal Konstitusi* 7, no. 4 (2010): 4.

<sup>12</sup> Salman, "Pengujian Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi dalam Perspektif Konstitusionalisme dan Demokrasi," 26.

<sup>13</sup> Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, (Oregon: Hart Publishing, 2005) 142.

<sup>14</sup> Dalam buku ini penulis berpendapat bahwa MK sebagai lembaga yang berwenang melakukan *judicial review* berperan sebagai *positive legislator* atau kekuasaan yang membentuk undang-undang, lihat dalam, Taufiqqurahman Syahuri, *Tafsir Konstitusi Berbagai Aspek Hukum*, (Jakarta: Kencana, 2011), h, 121.

<sup>15</sup> Salman, "Pengujian Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi dalam Perspektif Konstitusionalisme dan Demokrasi," 27.

<sup>16</sup> Ayuk Hardani dan Lita Tyesta Addy Listiya Wardhani, "Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 30/PUU-XVI/2018 Menurut Sistem Hukum di Indonesia," *Jurnal Pembangunan Hukum Indonesia* 1, no. 2 (May 29, 2019): 191.

salah satu cara lembaga peradilan mengubah konstitusi dalam bentuk informal.<sup>17</sup> Artinya, putusan MK yang merupakan hasil dari *judicial review* adalah bentuk dari konstitusi yang baru dan memiliki kekuatan hukum yang mengikat.<sup>18</sup> Bahkan, putusan MK juga dinilai sebagai yurisprudensi yang bermuatan ilmu hukum sehingga dapat dipergunakan hakim dalam cabang kekuasaan kehakiman lain sebagai rujukan dalam memutus suatu perkara tertentu.<sup>19</sup>

Namun, pada tataran praktisnya muncul persoalan baru ketika sifat final putusan MK tidak ditindaklanjuti oleh para *adressat* sehingga berdampak pada lahirnya persoalan atas kedudukan putusan MK yang bersifat mengambang.<sup>20</sup> Persoalan tersebut sejatinya memerlukan kesadaran dan ketertiban *adressat* putusan untuk menjalankan implementasi sifat final putusan MK yang diatur dalam UUD 1945. Jika permasalahan ini tidak diselesaikan dengan cepat akan mengakibatkan hilangnya kepercayaan masyarakat terhadap MK. Hal ini dikarenakan tidak efektifnya pengimplementasian putusan MK yang telah ditetapkan menunjukkan pengingkaran terhadap sifat final putusan MK.<sup>21</sup>

Ketidakpatuhan *adressat* dalam menindaklanjuti putusan MK sejatinya membawa persoalan baru dalam sistem pengimplementasian putusan yang memerlukan tindak lanjut (*non implementing*).<sup>22</sup> Hal ini senada dengan hasil penelitian Syukri Asy'ari yang mengatakan bahwa putusan yang bersifat *non implementing* dapat ditemukan dalam putusan dengan model membatalkan dan memutuskan tidak berlaku.<sup>23</sup> Artinya dalam putusan tersebut, masih diperlukan upaya tindak lanjut untuk menegaskan keberlakuannya. Maruarar Siahaan juga menyatakan bahwa parameter dalam

<sup>17</sup> Ayuk Hardani and Lita Tyesta Addy Listiya Wardhani, "Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi.....".

<sup>18</sup> Budi Suhariyanto, "Masalah Eksekutabilitas Putusan Mahkamah Konstitusi oleh Mahkamah Agung," *Jurnal Konstitusi* 13, no. 1 (May 20, 2016): 171-190.

<sup>19</sup> I Gede Pasek Pramana, "Konsekuensi Yuridis Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 terhadap Kedudukan Anak Astra dalam Hukum Adat Bali," *Jurnal Magister Hukum Udayana (Udayana Master Law Journal)* 3, no. 3 (November 19, 2014): 411-422.

<sup>20</sup> M. Agus Maulidi, "Menyoal Kekuatan Eksekutorial Putusan Final dan Mengikat Mahkamah Konstitusi," *Jurnal Konstitusi* 16, no. 2 (July 11, 2019): 342.

<sup>21</sup> Salsabilla Akbar, Retno Saraswati, dan Fifiana Wisnaeni, "Faktisitas Sifat Final Dan Mengikat Putusan Mahkamah konstitusi dengan Menambah Instrumen Hukum Judicial Order dalam Pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar," *Diponegoro Law Jurnal* 8, no. 3 (2019): 2.

<sup>22</sup> Salsabilla Akbar, Retno Saraswati, dan Fifiana Wisnaeni, "Faktisitas Sifat Final."

<sup>23</sup> Hasil penelitian yang dilakukan oleh syukri Asy'ari dkk dengan kesimpulan bahwa terdapat lima model putusan MK yakni model putusan *null and void*, putusan konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*), putusan inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*), putusan yang pemberlakuannya ditunda (*limited constitutional*), putusan yang merumuskan norma baru. Selengkapnya dalam Syukri Asy'ari, Meyrinda Rahmawaty Rahmawaty Hilipito, dan Mohammad Mahrus Ali, "Model Dan Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusidalam Pengujian Undang-Undang(Studi Putusan Tahun 2003-2012)," *Jurnal Konstitusi* 10, no. 4 (2013): 694.



menentukan putusan yang bersifat final dapat ditandai dengan ada atau tidaknya lembaga yang secara hukum bertugas untuk meninjau ulang terhadap putusan yang telah dikeluarkan. Disamping itu, hal ini juga tergantung ada tidaknya prosedur penindaklanjutan atau peninjauan terhadap putusan dalam hukum acara.<sup>24</sup>

Berdasarkan persoalan tersebut, tulisan ini akan menjelaskan terkait mekanisme apakah yang dapat digunakan untuk menjamin adanya kepatuhan dari *adressat* untuk melaksanakan putusan MK.

## **B. PEMBAHASAN**

### **1. Rekonstruksi Sistem Tindak Lanjut Putusan Mahkamah Konstitusi sebagai Wujud Optimalisasi Implementasi Asas Erga Omnes**

Jumlah penanganan perkara pengujian undang-undang yang diputus oleh MK nyatanya belum mampu diingat dan diketahui dengan mudah oleh warga negara.<sup>25</sup> Yakni terkait pasal yang telah diputuskan berlaku atau tidak berlaku melalui batu uji UUD 1945. Hal ini juga berkaitan dengan kinerja lembaga yang bertugas untuk melaksanakan prosedur penanganan peraturan yang telah mengalami perubahan setelah adanya putusan dari MK.<sup>26</sup> Sepanjang perjalanan MK, banyak peraturan yang telah mengalami perubahan namun belum sepenuhnya diubah dan diproses untuk ditetapkan menjadi sebuah peraturan yang baru.<sup>27</sup>

Namun dalam praktiknya, sifat final dan mengikat yang menerapkan *erga omnes* dalam putusan MK belum terimplementasi dengan baik karena belum menemukan konsep yang ideal.<sup>28</sup> Hal ini terlihat dari masih banyaknya hasil putusan yang didiamkan dan tidak ditangani dengan jelas sehingga putusan MK bersifat mengambang.<sup>29</sup> Bahkan masih ada yang secara nyata menolak putusan MK dan menggunakan peraturan lama

<sup>24</sup> Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, cetakan pertama ed (Jakarta: Konstitusi Press, 2005), 4.

<sup>25</sup> Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi Dan Konstitusionalisme Indonesia* (Jakarta: Konstitusi Press, 2006), 12.

<sup>26</sup> Fatmawati, *Hak Menguji (Toetsingsrecht) Yang Dimiliki Hakim Dalam Sistem Hukum Indonesia* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2004), 15.

<sup>27</sup> Aryani Widhiastuti, "Keberlakuan Asas Erga Omnes Pada Putusan Mahkamah Konstitusi Dalam Kewenangan Pengujian Undang-Undang (Studi Putusan Nomor 34/PUU-XI/2013)" (Universitas Gadjah Mada, 2016). 21.

<sup>28</sup> Muchamad Lutfi Hakim dan Rasji, "Penerapan Asas Erga Omnes dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 30/PUU-XVI/2018 dikaitkan dengan Asas Negative Legislator," *Jurnal Hukum Adigama* 1, no. 2 (January 31, 2019): 15.

<sup>29</sup> Cindy Natasha Noviadi, "Akibat Hukum Putusan Hakim Terkait Penetapan Upah Proses Pada Perselisihan Pemutusan Hubungan Kerja Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 37/PUU-IX/2011," *Kumpulan Jurnal Mahasiswa Fakultas Hukum* 0, no. 0 (July 31, 2018): 11, <http://hukum.studentjournal.ub.ac.id/index.php/hukum/article/view/3015>, diakses 20 Juli 2019.

yang sudah dibatalkan oleh lembaga tersebut dengan membuat peraturan tersendiri sesuai dengan keyakinan lembaga tertentu.<sup>30</sup>

Persoalan selanjutnya adalah mengenai prosedur penindaklanjutan putusan yang tidak dijalankan dengan baik oleh lembaga-lembaga negara seperti DPR, Presiden, dan MA. Selain itu, juga ditemukan beberapa putusan yang tidak sejalan atau tidak sesuai dengan putusan MK karena diakibatkan oleh perbedaan penafsiran, independensi lembaga, dinamika yang sedang mengalami perkembangan, serta ketidakmampuan untuk mengikuti putusan dan timbulnya keinginan untuk menolak hasil putusan.<sup>31</sup> Peneliti dari Fakultas Hukum Universitas Trisakti telah melakukan penelitian terhadap implementasi putusan MK yang menjadi latar belakang tidak maksimalnya pelaksanaan sifat final Putusan MK sebagaimana dapat dilihat dalam tabel di bawah:

**Tabel 1**

Persentase Tingkat Kepatuhan *Adressat* terhadap 109 Putusan MK terhadap *Judicial review* Tahun 2013-2018<sup>32</sup>

No.	Implementasi Putusan	Jumlah	Jumlah (%)
1	Putusan yang dipatuhi sepenuhnya	59	54,12%
2	Dipatuhi sebagian	6	5,50%
3	Tidak dipatuhi	24	22,01%
4	Putusan yang belum diidentifikasi dengan jelas atas beberapa alasan	20	18,34%

Berangkat dari data yang telah dipaparkan oleh hakim konstitusi Anwar Usman dalam sidang laporan tahunan MK tahun 2019,<sup>33</sup> peneliti dari Fakultas Hukum Universitas Trisakti menanyakan terhadap kebenaran hasil penelitiannya atas 109 jumlah putusan di MK. Anwar Usman menyatakan bahwa masih terdapat 22,01%

<sup>30</sup> HukumOnline, - Berita : "Ragam Implementasi Dan Kepatuhan Putusan MK," <https://m.hukumonline.com/berita/baca/lt5cd539d4a5550/ragam-implementasi-dankepatuhan-putusan-mk>, diakses pada 3 Agustus 2019 Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia," 2009, 22.

<sup>31</sup> Hans Kelsen, "Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian dan the American Constitution," *The Journal of Politics* 4, no. 2 (May 1942): 22.

<sup>32</sup> Dalam buku tersebut membatasi pengambilan bahan kajian putusan MK yang terdiri dari 18 putusan PUU tahun 2014, 26 putusan PUU tahun 2015, 19 putusan PUU tahun 2016, 21 putusan PUU tahun 2017, 15 putusan PUU tahun 2018. Lebih lanjut lihat dalam Tri Sulistyowati, M. Imam Nasef, dan Ali Ridho, *Constitutional Compliance Atas Putusan Mahkamah Konstitusi Oleh Lembaga-Lembaga Negara Hasil Penelitian Kerjasama Antara Mahkamah Konstitusi Dengan Fakultas Hukum Universitas Trisakti*, (Jakarta: Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara, dan Pengelolaan Perpustakaan Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi, 2019), 55.

<sup>33</sup> Aida Mardatillah, "Ketua MK: Tidak Patuhi Putusan, Bentuk Pembangkangan Terhadap Konstitusi," <https://www.hukumonline.com/berita/baca/lt5e3153ae1a479/ketua-mk--tidak-patuhi-putusan--bentuk-pembangkangan-terhadap-konstitusi/>, diakses pada 30 November 2020.

putusan yang masih diabaikan oleh para *adressat*. Hal ini dikarenakan putusan MK bersifat dinamis dan tidak tunggal. Dikatakan dinamis karena implementasi putusan selalu berkembang sesuai dengan perubahan kepatuhan, dan tidak tunggal karena bentuk perwujudan dari putusan MK tidak dalam satu wujud formal peraturan saja.<sup>34</sup>

Berdasarkan hasil penelitian disebutkan bahwa masih terdapat 22,01% Putusan MK tidak dipatuhi. Alasan utama tidak dipatuhinya Putusan MK adalah jangka waktu konstitusionalitas yang diberikan oleh MK dalam amar putusan masih belum terlampaui dan belum adanya tindak lanjut putusan oleh *adressat* baik pada tataran normatif ataupun prakteknya. Sehingga dapat disimpulkan bahwa tingkat kepatuhan masih lebih tinggi dengan angka 54,12%.<sup>35</sup> Namun meskipun angka kepatuhan masih lebih tinggi, tidak menutup kemungkinan masih banyak putusan yang belum diimplementasikan dengan optimal.<sup>36</sup> Artinya, tidak ada jaminan bahwa *adressat* mampu untuk menindaklanjuti putusan dengan baik untuk menjamin harmonisasi peraturan perundang-undangan. Jika melihat persoalan ketidakpastian kepatuhan *adressat* tersebut, diperlukan langkah strategis untuk mekanisme penindaklanjutan Putusan MK.

Belum adanya sistem terpadu untuk menerapkan prosedur putusan MK yang komprehensif memerlukan rekonstruksi dari adanya prosedur pelaksanaan putusan setelah pembacaan. Adapun tujuan dari adanya rekonstruksi tersebut agar proses pengimplementasian menjadi ideal dan terstruktur bagi sistem peradilan di Indonesia. Hal ini bertujuan agar tidak terjadi perbedaan pandangan yang berakibat tidak diterapkannya kepastian hukum untuk semua Warga Negara Indonesia atas dualisme putusan yang menjadi sumber kebingungan penerapan dasar hukum.<sup>37</sup>

Problematika Putusan MK juga diakibatkan oleh masih belum diaturnya landasan pengimplementasian putusan secara jelas dan rinci dalam Pasal 57 Ayat (3) UU MK. Hal ini disebabkan norma tersebut hanya menyatakan "*putusan Mahkamah Konstitusi yang mengabulkan permohonan wajib dimuat dalam Berita Negara dalam jangka waktu paling lambat 30 (tiga puluh) hari kerja sejak putusan diucapkan*". Pasal tersebut hanya menjelaskan perihal waktu pemuatan hasil putusan ke dalam Berita Negara. Bahkan, undang-undang hasil perubahan yang telah diputuskan masih sulit untuk

<sup>34</sup> Sulistyowati, Nasef, dan Ridho, *Constitutional Compliance Atas Putusan Mahkamah Konstitusi Oleh Lembaga-Lembaga Negara Hasil Penelitian Kerjasama Antara Mahkamah Konstitusi Dengan Fakultas Hukum Universitas Trisakti*, 56.

<sup>35</sup> Sulistyowati, Nasef, dan Ridho, *Constitutional Compliance.....*

<sup>36</sup> Mardatillah, "Ketua MK: Tidak Patuhi Putusan, Bentuk Pembangkangan Terhadap Konstitusi - Hukumonline.Com."

<sup>37</sup> Fajar Laksono, Winda Wijayanti, dan Anna Triningsih, "Implikasi dan Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 5/PUU-X/2012 tentang SBI atau RSBI" 10 (2013), 23.

diakses oleh semua pihak. Akibatnya hal ini terkesan kurang masif dan ambigu dalam penerapan putusan. Bahkan, dasar hukum mengenai asas *erga omnes* pun belum dirumuskan di dalam UU MK sebagai landasan untuk menerapkan putusan. Sebaiknya penerapan putusan harus diciptakan melalui prosedur yang baik dan terstruktur agar semua komponen dapat terakomodasi dengan menciptakan sistem yang dapat mengimplementasikan putusan dengan tegas melalui upaya rekonstruksi.<sup>38</sup>

Hingga saat ini, praktik implementasi Putusan MK dalam perkara *judicial review* masih mendapat beberapa hambatan. Salah satu penyebabnya adalah tingkat ketidakpatuhan *adressat* dalam menjalankan tugasnya untuk menindaklanjuti Putusan MK. Jika menelaah konsep hukum acara,<sup>39</sup> makna dari menjalankan Putusan MK mempunyai definisi yang sama dengan istilah “eksekusi”.<sup>40</sup> Jika menjalankan putusan memiliki arti yang sama dengan eksekusi, makna keduanya adalah suatu tindakan yang bersifat memaksa atas otoritas dari pengadilan kepada para pihak yang kalah dalam putusan dan sudah memperoleh kekuatan hukum tetap. Sehingga dapat disimpulkan bahwa Pengadilan tidak hanya memutuskan perkara melalui putusannya melainkan harus memastikan bahwa putusan tersebut telah ditaati dan dilaksanakan.<sup>41</sup> Begitu pun dengan MK, lembaga tersebut juga mempunyai beban untuk memastikan bahwa putusannya telah dilaksanakan dengan baik.

Untuk memaksimalkan kepatuhan *adressat* terhadap putusan MK, Indonesia dapat mereplikasi sistem peradilan di negara lain seperti Austria. Jika dibandingkan dengan peradilan MK dan MA di Austria, MK Indonesia masih memiliki beberapa perbedaan.<sup>42</sup> Austria telah dengan baik membagi wewenang antara kedua lembaga tersebut untuk menghindari adanya tumpang tindih aturan dan hasil interpretasi. Segala hal yang menyangkut pengujian terhadap undang-undang maka akan menjadi otoritas MK untuk meninjau melalui konstitusi negara. MA hanyalah lembaga yang menangani permasalahan banding dan peradilan umum dengan tambahan wewenang untuk menilai RUU yang diajukan oleh pemerintah.<sup>43</sup> Menariknya hingga saat ini Indonesia

<sup>38</sup> Asshiddiqie, *Konstitusi Dan Konstitusionalisme Indonesia*, 23.

<sup>39</sup> Djamanat Samosir, *Hukum Acara Perdata: Tahap-Tahap Penyelesaian Perkara Perdata*, (Bandung: Nuansa Aulia, 2011), 328.

<sup>40</sup> Djamanat Samosir, *Hukum Acara Perdata*.

<sup>41</sup> Djamanat Samosir, *Hukum Acara Perdata*.

<sup>42</sup> Konstitusi Austria memiliki tiga pengadilan tertinggi, tetapi secara fungsional dapat dibedakan satu sama lain: Mahkamah Konstitusi, Pengadilan Administratif dan Mahkamah Agung. Lihat penjelasan lebih lanjut dalam Konrad Lachmayer, “The Austrian Constitutional Court,” in *Comparative Constitutional Reasoning*, ed. Andras Jakab, Arthur Dyevre, and Giulo Itzcovich (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 80, [https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781316084281%23CT-bp-3/type/book\\_part](https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781316084281%23CT-bp-3/type/book_part), diakses 20 Juli 2019.

<sup>43</sup> Manfred Stelzer, ‘*Constitutional Change in Austria*’ in *Xenophon Contiades (Ed.)*, *Constitutional Change. A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, (USA and Canada: Routledge, 2013), 41.

masih disibukkan dengan adanya permasalahan-permasalahan ketidakseragaman putusan yang berdampak pada landasan aturan undang-undang untuk diterapkan.

MK Austria juga menjamin keterbukaan informasi dan akses terhadap hasil putusan melalui website ([www.vfgh.gv.at](http://www.vfgh.gv.at)) yang merangkum hasil putusan. Di samping itu, setiap tahun MK Austria menyusun laporan mengenai hasil putusan yang akan diberikan kepada Kanselir Federal.<sup>44</sup> Secara *de facto*, hasil putusan juga diserahkan kepada Dewan Nasional dan dibahas oleh Komite Urusan Konstitusi. Selanjutnya dalam jangka waktu 18 bulan para *addresat* bertugas menyusun peraturan yang telah mengalami perubahan.<sup>45</sup> Setelah selesai diproses maka akan langsung dipublikasikan melalui website dan media masa lainnya agar menghindari kekosongan hukum.

Berangkat dari komparasi sistem peradilan MK di Austria, penulis meyakini bahwa sistem *judicial review* di Indonesia dapat diatur ulang dengan penegasan tindak lanjut untuk reposisi pelaksanaan asas *erga omnes* dan sifat final Putusan MK. Hal ini diperlukan untuk mengurangi adanya perbedaan penafsiran isi putusan yang berdampak pada kepatuhan seluruh pihak untuk menerapkan hasil putusan. Perlu adanya usaha maksimal dari *adressat* untuk kembali mengupayakan pengharmonisasian undang-undang agar ke depannya dapat tercipta suatu sistem hukum perundang-undangan yang sistematis dari satu lembaga MK.<sup>46</sup> Para *adressat* dan lembaga lain dapat membentuk dan memproses hasil putusan agar tidak terjadi kekosongan hukum.

Mengutip pendapat dari Alec Stone, Landfried, dan Tate yang berpendapat bahwa ternyata legislator selalu mengupayakan tindakan-tindakan antisipasi untuk menghindari kegiatan *judicial review* di MK.<sup>47</sup> Pendapat ini didasari atas penelitian yang berkembang di kelompok ahli hukum Eropa Kontinental. Dalam sistem hukum Eropa Kontinental, putusan MK dikaitkan dengan dimensi politik yang berkembang. Hal ini jelas berdampak terhadap putusan final MK yang cenderung dimaknai hanya sebagai putusan hukum yang murni.<sup>48</sup> Pada dasarnya sebuah produk hukum secara

<sup>44</sup> Lihat section 14 paragraph 3 "Verfassungsgerichtshofgesetz – VfGG Constitutional Court Act 1953," n.d., *At the end of each year the Constitutional Court prepares a report on its activity and the experience gathered thereby and forwards this report to the Federal Chancellor.*

<sup>45</sup> Pengadilan memiliki keleluasaan untuk membatalkan ketentuan *ex tunc* atau memperpanjang validitas ketentuan yang relevan untuk periode waktu tertentu (hingga 18 bulan) Lebih lanjut Konrad Lachmayer, *Austria Constitutional Court as Positive Legislators' in Allan R. Brewer-Carias (Ed.), Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), 27.

<sup>46</sup> Muhammad Ishar Helmi, "Penyelesaian Satu Atap Perkara Judicial Review Di Mahkamah Konstitusi," *Salam: Jurnal Sosial dan Budaya Syar-i* 6, no. 1 (February 5, 2019): 30.

<sup>47</sup> C. Neal Tate, *The Global Expansion of Judicial Power Revised Edition*, (New York: NYU Press, 1997), 27-78

<sup>48</sup> C. Neal Tate, *The Global Expansion.....*



harfiah diciptakan oleh organ politik, yakni berdasarkan berbagai macam ragam eksistensi keperluan politik. Sehingga dapat disimpulkan, bahwa organ politik sejatinya merespons secara negatif dan mengakibatkan faktor fundamental terjadinya diskontinuitas putusan final terhadap realitas politik setelah pembacaan putusan.<sup>49</sup>

Bahkan menurut George Vanberg dalam *The Politics of Constitutional Review in Germany*, demi memaknai alasan MK turut serta dalam memutuskan arah kebijaksanaan negara, alangkah lebih baiknya kita menyadari bahwa pentingnya strategi demi mempengaruhi MK dan legislator pembentuk undang-undang.<sup>50</sup> Maka dari itu, sejatinya putusan final MK bukan suatu produk undang-undang yang bersifat tunggal dan mampu berdiri sendiri dengan penunjang konstitusi. Maka, diperlukan hubungan antar lembaga-lembaga negara yang menunjang pelaksanaan putusan MK. Kenyataan ini membuktikan bahwa terdapat ambiguitas bagi *adressat* untuk mengimplementasikan sifat final apabila hanya terpaku pada tataran normatif Pasal 24C UUD 1945 sehingga diperlukan kerja sama intensif antar lembaga negara. Hal ini dimaksudkan untuk memberikan penegasan yang menjelaskan hubungan antara MK dan *adressat* seperti dalam perkara pemekaran Irian Jaya Barat.<sup>51</sup> Dalam putusan tersebut, terlihat jelas bahwa masih diperlukan kontinuitas tindakan dari *adressat*. Apalagi putusan yang telah dikeluarkan MK tidak mendapat respons yang baik dari masyarakat Papua. Padahal secara teori, dukungan masyarakat merupakan hal penting dalam strategi pengimplementasian putusan yang bersifat final.<sup>52</sup>

Berdasarkan polemik terkait implementasi putusan MK atas komitmen normatif yang tidak memberikan jalan keluar terhadap permasalahan ketatanegaraan, penempatan hubungan antar lembaga negara seharusnya menjadi fokus utama. Hal ini senada dengan pendapat John Ferejohn yang menyatakan bahwa tampaknya tidak mungkin untuk terlibat dalam wacana normatif yang bermakna untuk mengkritik praktik atau memberikan nasihat tanpa adanya beberapa konsepsi tentang bagaimana lembaga politik dapat berfungsi atau dapat bekerja.<sup>53</sup> Hal yang sama juga dikatakan Jimly Asshiddiqie menilai bahwa perkara konstitusi yang ada pada MK mengandung

<sup>49</sup> Alec Stone Sweet, *Governing With Judges: Constitutional Politics in Europe* English, (U.S.A: Oxford University Press, 2000), 19-21.

<sup>50</sup> Georg Vanberg, *The Politics of Constitutional Review, Political Economy of Institutions and Decision*, (New York: Cambridge University Press, 2005), 12.

<sup>51</sup> Denny Indrayana, "Komparasi Sifat Mengikat Putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi dan Pengadilan Tata Usaha Negara," *Mimbar Hukum* 19, no. 3 (2007): 446.

<sup>52</sup> Denny Indrayana, "Komparasi Sifat....."

<sup>53</sup> Diterjemahkan langsung oleh penulis dalam John Ferejohn, *Law, Legislation and Positive Political Theory*, Dalam *Modern Political Economy*, Banks and E Hanushek, ed, (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), 192.



spektrum politik yang relatif kental.<sup>54</sup> Pada dasarnya, kehidupan bernegara yang memiliki kesadaran atas urgensi konstitusi sejatinya akan menempatkan tata cara yang komprehensif untuk menyelesaikan suatu perkara hukum. Contohnya adalah Amerika Serikat yang telah dengan optimal mengatur proses pengujian produk eksaminasi final Mahkamah Agung USA melalui komunitas hukum IRAC.<sup>55</sup>

Pada intinya, permasalahan terkait tentang tahapan tindak lanjut putusan final MK masih membutuhkan upaya revitalisasi. Hal ini dinilai dari pemahaman atas *majority rule* yang menyatakan hakim konstitusi dapat mempertahankan *equilibrium* dukungan politik.<sup>56</sup> Maka hal ini menandakan bahwa pemenuhan tindak lanjut putusan yang bersifat final membutuhkan daya ikat lebih terhadap para lembaga negara dan *adressat*. Oleh karena itu, untuk mewujudkan putusan final MK yang dapat diimplementasikan dengan optimal tidak hanya dipengaruhi oleh pertimbangan hukum dan pilihan kebijakan para hakim konstitusi. Pada tataran praktisnya mereka harus memperhatikan faktor-faktor lain untuk mendapat dukungan dari masyarakat dan kepentingan kelompok mayoritas dan hak minoritas.<sup>57</sup>

Eksekusi atas putusan MK di Indonesia pada faktanya belum mampu ditindaklanjuti dengan baik oleh *adressat* putusan. Hal ini disebabkan tidak adanya eksekutor yang jelas dan bertanggungjawab atas penindaklanjutan putusan MK. Di samping, itu pelaksanaan putusan MK juga bergantung dengan peran lembaga negara lainnya yang bersinggungan.<sup>58</sup> Oleh sebab itu, idealnya penindaklanjutan putusan MK merupakan bentuk kolaboratif antara MK dan lembaga negara lainnya seperti MA, parlemen, maupun pemerintah. Hal ini secara tegas diatur dalam Pasal 55 UU MK yang menyatakan bahwa MA wajib untuk memberhentikan proses *judicial review* apabila dasar pengujiannya sedang diuji di MK. Maka, MA harus menunggu proses *judicial review* di MK sampai putusan telah dikeluarkan.<sup>59</sup>

Persoalan yang sedang dihadapi terkait tidak ditindaklanjutinya putusan final MK semakin meluas setelah adanya klaim bahwa MK sebagai sebuah *unconstrained institution* dan lembaga negara *super power* yang dinilai mengancam eksistensi di DPR. Maka untuk mengatasi hal tersebut, diperlukan tindakan kolaboratif antar lembaga negara untuk menindaklanjuti putusan MK. Hal ini berdasar atas kekuasaan yang

<sup>54</sup> Jimly Asshiddiqie, *Sengketa Kewenangan Antarlembaga Negara*, (Jakarta: Konstitusi Press, 2005), 43.

<sup>55</sup> IRAC merupakan singkatan dari (*i*)dentify the issue; (*r*)ule of law; (*a*)nalyze the fact and the law; and reach some (*c*)onclusion. Lihat Thomas E. Baker and Jerre S. Williams, *Constitutional Analysis* (United State: Thomson West, 2003), 138.

<sup>56</sup> Ahmad Syahrizal, "Problem Implementasi Putusan MK," *Jurnal Konstitusi* 4, no. 1 (2007): 120.

<sup>57</sup> Ahmad Syahrizal, "Problem Implementasi Putusan MK."

<sup>58</sup> Hardani dan Wardhani, "Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi," 187.

<sup>59</sup> Hardani dan Wardhani, "Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi,"

bersifat formal sejatinya tidak mampu untuk menegaskan tugas penindaklanjutan putusan MK. Alasan tersebut disebabkan belum adanya prosedur yang secara jelas bersifat mengikat para pihak *adressat* dalam jangka waktu tertentu. Putusan MK secara tidak langsung mengartikan bahwa putusan tersebut akan mengikat dalam ranah MK, namun putusan final akan kehilangan marwah ketika dipindahkan ke lembaga lain.

Menurut hemat penulis, rekonstruksi prosedur dan sistem *judicial review* dapat dilakukan dengan menata penempatan asas *erga omnes* dengan merevisi UU MK dengan menambahkan frasa “kategori asas *erga omnes*.”<sup>60</sup> Asas ini penting untuk menegaskan bahwa sifat final putusan MK sesuai dengan standar putusan final lembaga peradilan dalam dunia internasional. Adanya sebuah asas yang menjamin kepatuhan para *adressat* terhadap putusan MK juga berfungsi untuk menjamin keberadaan dan eksistensi MK sebagai lembaga penafsir konstitusi.

## **2. Pemberlakuan Konsep *Judicial Deferral* Mahkamah Konstitusi sebagai Langkah Penegasan terhadap *Adressat***

Salah satu bentuk penegakan hukum ketatanegaraan yang dilakukan oleh MK dalam perkara *judicial review* adalah melalui putusan yang tidak hanya terpaku pada suatu undang-undang melainkan pada suatu kondisi tertentu guna mencapai keadilan. Oleh karena itu, asas *erga omnes* yang memberikan jaminan kepatuhan bagi semua *adressat* mutlak diperlukan oleh MK. Kepatuhan terhadap Putusan MK juga menunjukkan putusannya bersifat final dan tidak dapat ditawar sehingga semua Putusan MK mengandung kepastian hukum. Pada hakikatnya, pengujian terhadap peraturan perundang-undangan yang dilakukan oleh MK dimaksudkan untuk mengetahui apakah undang-undang sebagai batu uji telah mencerminkan keadilan tanpa kesewenang-wenangan.

Maruarar Siahaan menyatakan putusan dalam *judicial review* MK pada umumnya memiliki dua macam klasifikasi implementasi putusan, yakni *self implementing* dan *non-self implementing*.<sup>61</sup> *Self implementing* adalah putusan yang telah ditetapkan dapat berlaku efektif tanpa adanya tindak lanjut dari *adressat* dalam bentuk perubahan undang-undang yang telah diuji. Bentuk dari perwujudan sifat *self implementing* ini adalah dengan diumumkannya putusan tersebut dalam Berita Negara seperti prosedur

<sup>60</sup> R. Nurman Ardian A.K., Muhammad Akib, dan Budiyo Budiyo, “Rekonstruksi Terhadap Sifat Final dan Mengikat Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi,” *FIAT JUSTISIA: Jurnal Ilmu Hukum* 10, no. 4 (May 29, 2017): 791.

<sup>61</sup> Fajar Laksono, Winda Wijayanti, dan Anna Trining, *Implikasi Dan Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 5/PUU-X/2012 Tentang Sekolah Bertaraf Internasional (SBI) / Rintisan Sekolah Bertaraf Internasional (RSBI)*, (Jakarta: Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2013), 13.

bentuk norma hukum baru dengan tujuan agar dapat diketahui oleh seluruh masyarakat dan dilaksanakan sesuai dengan perintahnya.<sup>62</sup> Sedangkan putusan yang bersifat *non-self implementing* membutuhkan tindakan untuk menindaklanjuti putusan yang telah ditetapkan oleh MK melalui langkah-langkah hukum dalam melakukan perubahan peraturan. Dibutuhkan dasar hukum baru untuk melaksanakan implementasi kebijakan publik yang telah diputuskan sebagai dasar pelaksanaan yang ditempuh oleh *adressat*.<sup>63</sup>

Namun, putusan yang bersifat *non self implementing* tergolong sulit untuk diimplementasikan. Dalam koridor Putusan MK yang telah membentuk produk hukum baru dengan menjatuhkan perintah atas suatu undang-undang, pasal, ayat atau bagian dari undang-undang membawa perubahan menjadi tidak diberlakukannya dan hilangnya kekuatan hukum yang mengikat. Salah satu faktornya adalah tidak adanya akses dukungan instrumen hukum yang mampu untuk memaksa bahwa putusan tersebut wajib untuk diimplementasikan dan ditaati, baik melalui dasar kekuatan final dan mengikatnya maupun dengan cara-cara lain yang berada dalam ruang lingkup MK.<sup>64</sup>

Implementasi Putusan MK yang bersifat *non-self implementing* memunculkan permasalahan konkrit ketika putusan tersebut memerlukan upaya tindak lanjut untuk melaksanakannya dan membuat lembaga negara lain untuk menindaklanjutinya.<sup>65</sup> Sehingga secara *de facto*, sifat *erga omnes* yang melekat pada putusan MK tidak dapat diterapkan secara optimal dan cenderung bersifat mengambang.<sup>66</sup> Artinya, putusan tersebut hanya memiliki ketegasan secara normatif saja namun pada nyatanya juga hanya terlihat populis serta progresif dalam tataran permukaan saja. Akibatnya, putusan yang dikeluarkan gagal menegakkan keadilan dan kepastian hukum sebab hanya terhenti pada tataran normatif dan tidak sepenuhnya diimplementasikan secara berkala oleh *adressat*. Khususnya, yang paling bersinggungan adalah perkara *judicial review* yang memerlukan tindak lanjut dan ketergantungan terhadap cabang kekuasaan lain seperti legislatif, eksekutif, maupun yudisial seperti Mahkamah Agung (MA).<sup>67</sup>

<sup>62</sup> Syukri Asy'ari, Meyrinda Rahmawaty Hilipito, dan Mohammad Mahrus Ali, "Model dan Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian Undang-Undang (Studi Putusan Tahun 2003-2012)," *Jurnal Konstitusi* 10 (2013): 17.

<sup>63</sup> Fadzlun Budi Sulistyو Nugroho, "Sifat Keberlakuan Asas Erga Omnes dan Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi," *Gorontalo Law Review* 2, no. 2 (2019): 103.

<sup>64</sup> Laksono, Wijayanti, dan Trining, *Implikasi Dan Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 5/PUU-X/2012 Tentang Sekolah Bertaraf Internasional (SBI) / Rintisan Sekolah Bertaraf Internasional (RSBI)*, 21.

<sup>65</sup> Mohammad Agus Maulidi, "Problematika Hukum Implementasi Putusan Final dan Mengikat Mahkamah Konstitusi Perspektif Negara Hukum," *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum* 24, no. 4 (October 2017): 3.

<sup>66</sup> M Agus Maulidi, "Menyoal Kekuatan Eksekutorial Putusan Final dan Mengikat Mahkamah Konstitusi" *Jurnal Konstitusi* No. 2 (2019): 11.

<sup>67</sup> Hardani dan Wardhani, "Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi....," 10.

Tahap implementasi putusan MK merupakan hal yang krusial dan mewajibkan limitasi *adressat* dan lembaga negara menindaklanjutinya. Hal ini mengartikan bahwa masih dibutuhkan instrumen yang jelas yang langsung ditujukan kepada perseorangan ataupun lembaga negara.<sup>68</sup> Hal ini bertujuan agar seluruh *adressat* yang ditunjuk segera melakukan tugasnya secara konstitusional.<sup>69</sup> Dalam konsepnya setelah putusan final MK dibacakan, MK boleh meminta DPR beserta pemerintah untuk melakukan revisi terhadap undang-undang yang mengalami perubahan dan dinyatakan tidak konstitusional setelah dipersidangkan. Pada prinsipnya MK juga mengharapkan ada sebuah mekanisme atau proses untuk menindaklanjuti putusan MK agar selaras dengan kaidah konstitusional.<sup>70</sup> Namun, yang menjadi persoalan adalah tidak adanya dasar hukum dan aturan secara hukum terkait implementasi dan tindak lanjut putusan final MK.<sup>71</sup> Sehingga, perlu adanya kesadaran dan respons positif dari *adressat* untuk mengurus segala permasalahan terkait putusan final MK.<sup>72</sup>

Sejatinya, putusan MK yang bersifat final juga memiliki daya ikat setelah ditetapkan yang mana hal tersebut terbentuk sejak selesai diucapkan dalam sidang pleno di MK.<sup>73</sup> Artinya sejak mendapatkan daya ikatnya, putusan tersebut harus langsung dilaksanakan. Namun yang perlu diperhatikan adalah pemaknaan atas sifat putusan MK tidak selamanya benar karena faktanya beberapa jenis putusan masih memerlukan tindak lanjut. Konsep demikian menimbulkan spekulasi bahwa dengan memerlukan waktu menindaklanjuti artinya pemberlakuan putusan tersebut akan ditunda atau yang biasa disebut dengan *judicial deferral*. Konsep ini bukan suatu hal yang baru untuk diberlakukan mengingat beberapa telah dengan baik menerapkannya seperti Italia, Jerman, Austria, Rumania, dan Korea Selatan.<sup>74</sup>

<sup>68</sup> Alexei Trochev, "Implementating Russian Constitutional Court Decision," *East European Constitutional Review* 11, no.1 (2002),101.

<sup>69</sup> David M. O'Brien, *Constitutional Law and Politics: Struggles for Power and Governmental Accountability*, (New York: W.W. Norton & Company, 2000), 368-369.

<sup>70</sup> Lawrence Baun, *The Implementation of United States Supreme Court Decisions, Dalam Constitutional Court in Comparison; the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, Edited by Ralf Rogowski & Thomas Gawron, (New York: Berghahn Books, 2002), 244.

<sup>71</sup> Lawrence Baun, *The Implementation of United States...*, 245.

<sup>72</sup> Lawrence Baun, *The Implementation of United States...*, 244-245.

<sup>73</sup> Safrina Fauziyah R, *Pengawasan atas Implementasi Putusan MK Demi Tercapainya Kepastian Hukum di Indonesia*; dalam Dri Utari Christina R & Ismail Hasani, *Masa Depan Mahkamah Konstitusi: Naskah Konferensi Mahkamah Konstitusi dan Pemajuan Hak Konstitusional Warga*, (Jakarta: Pustaka Masyarakat Setara, 2013), 431.

<sup>74</sup> Jika menelaah secara sosiologisnya, isu ini pernah terjadi pada Kongres ke-XV dari *Conference of European Constitutional Courts (CECC)* yang diselenggarakan di Bucharest, pada tanggal 23-25 Mei 2011 melalui tema "*Constitutional Justice: Functions and Relationship With The Other Public Authorities*". Pada kongres telah ditemukan bahwa mayoritas Mahkamah Konstitusi di negara Eropa yang ada di dalam CECC pernah menggunakan strategi menunda pelaksanaan putusannya. Lebih lanjut lihat dalam Bisariyadi, "Politik Penundaan Pelaksanaan Putusan Atas Nama Demokrasi," *Majalah Konstitusi*, February 2017.

Jika ditinjau melalui kondisi tindak lanjut putusan MK sekarang, maka langkah efektif yang dapat ditempuh adalah dengan menerapkan penundaan putusan (*judicial deferral*).<sup>75</sup> Alasan bahwa *judicial deferral* merupakan langkah yang paling efektif adalah para *adressat* dapat mempersiapkan penindaklanjutan putusan dengan batas waktu yang telah ditetapkan. Sehingga, apabila *adressat* melewati batas waktu yang telah ditetapkan MK, maka *adressat* telah dianggap melanggar ketentuan dari putusan hakim konstitusi. Harapannya dengan adanya dasar hukum penindaklanjutan putusan MK, badan peradilan tersebut telah memberikan arahan terhadap langkah-langkah konstitusional yang akan dilakukan oleh *adressat* dengan memberi penegasan tenggat waktu proses tindak lanjutnya. Hal ini tentunya akan menghindari adanya pembebasan tafsir oleh *adressat* terkait permasalahan waktu penindaklanjutan putusan.<sup>76</sup>

Terkait *Judicial deferral*, Gayus Limbuun misalnya menyatakan bahwa dengan menunda tindak lanjut putusan MK sejatinya akan membuat penundaan terhadap keadilan yang seharusnya langsung didapat oleh para pemohon khususnya untuk masyarakat.<sup>77</sup> Namun pendapat ini tidak sepenuhnya benar. Seperti yang dikatakan oleh Muchammad Ali Safa'at bahwa meskipun belum adanya dasar hukum terkait penindaklanjutan putusan MK tidak akan mengurangi daya ikatnya. Maka, setiap pihak terkait tetap harus melaksanakan putusan tersebut sesuai dengan yang diperintahkan.<sup>78</sup> Sehingga dapat disimpulkan bahwa apabila ada peraturan yang melanggar putusan tersebut, yang harus dijadikan dasar rujukan adalah putusan MK. Kesimpulannya, adanya penundaan tindak lanjut putusan MK dengan batasan waktu tidak akan mengurangi daya ikat dan penundaan keadilan. Sejatinya diperlukannya penundaan terkait penindaklanjutan untuk memberikan waktu terhadap *adressat* agar mempersiapkan segala sesuatunya dan tetap dibebani dengan batas waktu yang dituangkan dalam amar putusan.

Hal ini pun diperkuat dengan pendapat Dixon dan Issacharof yang menegaskan bahwa penundaan pengambilan putusan dengan sementara waktu adalah bentuk dari strategi agar putusan lembaga peradilan efektif diberlakukan. Namun tidak berarti

<sup>75</sup> Sulistyowati, Nasef, dan Ridho, *Constitutional Compliance Atas Putusan Mahkamah Konstitusi Oleh Lembaga-Lembaga Negara Hasil Penelitian Kerjasama Antara Mahkamah Konstitusi Dengan Fakultas Hukum Universitas Trisakti*, 106.

<sup>76</sup> Sulistyowati, Nasef, dan Ridho, *Constitutional Compliance....*, 104.

<sup>77</sup> Topane Gayus Lumbuun, "Tindak Lanjut Putusan Mahkamah Konstitusi Oleh DPR RI," *Jurnal Legislatif Indonesia* 6, no.3 (2009): 88.

<sup>78</sup> Muchammad Ali Syafa'at, "Kekuatan Mengikat Dan Pelaksanaan Putusan MK," 3, <http://safaat.lecture.ub.ac.id/files/2014/03/Kekuatan-Mengikat-dan-Pelaksanaan-Putusan-MK.pdf>, diakses pada 14 Juni 2021.



penundaan putusan tersebut menjadi indikasi adanya keadilan yang ditangguhkan.<sup>79</sup> Sesungguhnya hal ini akan membuka tatanan yang komprehensif terhadap harmonisasi peraturan perundangan-undangan di Indonesia. Dasar penguat untuk menerapkan *judicial deferral* yang dibatasi tenggat waktu adalah melalui hasil komparasi praktik penerapan konsep tersebut dengan MK negara lain. Pertama, MK Afrika Selatan menerapkan *judicial deferral* dengan menunda pelaksanaan putusan dan pembatalan undang-undang pada perkara perkawinan sesama jenis dalam kasus *Minister of Home Affairs v. Fourie*.<sup>80</sup> Meninjau hasil putusan MK Afrika Selatan yang menyatakan bahwa "...namun, dalam perkembangan sistem *common law* perlu diberhentikan dengan sementara agar sejalan dengan konstitusi dan parlemen dapat memberlakukan undang-undang yang sesuai".<sup>81</sup>

Berdasarkan hasil putusan tersebut, MK Afrika Selatan memberikan jangka waktu selama satu tahun sejak dibacakannya putusan tersebut kepada *adressat* yang bertugas untuk mengubah undang-undang tersebut. Oleh sebab itu, setelah memasuki hari terakhir waktu yang diberikan oleh MK Afrika Selatan untuk menindaklanjuti putusannya,<sup>82</sup> *adressat* harus menerbitkan Undang-Undang tentang Sipil atau yang biasa disebut dengan *Civil Union Act*.<sup>83</sup>

Kedua, MK Austria yang telah dibentuk pada tahun 1920<sup>84</sup> telah menerapkan sebuah kebijakan dengan nama *margin of tolerance* yang merupakan bentuk dari akibat pembatalan undang-undang tertentu. Hal ini kemudian diseimbangkan dengan tenggat waktu delapan belas bulan penindaklanjutan setelah putusan dibacakan.<sup>85</sup>

<sup>79</sup> Diterjemahkan langsung oleh penulis dalam Rosalind Dixon dan Samuel Issacharoff, "Living to Fight Another Day: Judicial Deferral in Defense of Democracy," NYU School of Law, Public Law Research 16, no. 1 (2016): 705.

<sup>80</sup> Sulistyowati, Nasef, dan Ridho, *Constitutional Compliance Atas Putusan Mahkamah Konstitusi Oleh Lembaga-Lembaga Negara Hasil Penelitian Kerjasama Antara Mahkamah Konstitusi Dengan Fakultas Hukum Universitas Trisakti*, 107.

<sup>81</sup> Diterjemahkan langsung oleh penulis dalam "Media Summary In The Constitutional Court Of South Africa"; "Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC) (1 December 2005)," <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2005/19.html>, diakses pada 30 November 2020.

<sup>82</sup> Bisariyadi, "Yudisialisasi Politik Dan Sikap Menahan Diri: Peran Mahkamah Konstitusi Dalam Menguji Undang-Undang," *Jurnal Konstitusi* 12, no. 3 (2015): 488.

<sup>83</sup> "Media Summary In The Constitutional Court Of South Africa."

<sup>84</sup> Jimly Asshiddiqie, "Sejarah Constitutional Review Dan Gagasan Pembentukan Mahkamah Konstitusi," in *The Three "E" Lecture Series*, (Pacific Place Hotel, 2012).

<sup>85</sup> Pada konteksnya Mahkamah Konstitusi Austria tidak menyeragamkan pemberlakuan atas pembatasan penindaklanjutan putusannya. Akan tetapi pada hakikatnya lembaga tersebut memberikan tenggat waktu kepada para *adressat* untuk menindaklanjuti. Dengan adanya pemberian jangka waktu tersebut, hanya ditujukan untuk *judicial review* yang melanggar hak-hak sipil atau dalam artian Mahkamah Konstitusi Austria mendasarkan penilaian bahwa pembatalan dalam suatu bagian undang-undang atau keseluruhan undang-undang merupakan permasalahan yang sulit untuk dihindari. Lebih lanjut lihat dalam Syahrizal, "Problem Implementasi Putusan MK," 21.



Melalui *margin of tolerance* yang diberikan oleh MK, para *adressat* memiliki waktu untuk menindaklanjuti putusannya. Maka, secara tidak langsung sebuah undang-undang yang telah diputus oleh MK Austria akan otomatis mendapatkan akibat hukum baru bagi *adressat* putusan dengan mempersiapkan waktu untuk prosedur penindaklanjutan putusan tertentu.<sup>86</sup>

Berangkat dari komparasi sistem penindaklanjutan putusan MK, khusus untuk menegaskan penindaklanjutan melalui *judicial deferral* secara limitatif atas putusan MK yang bersifat *non-implementing* dapat dilakukan dengan berbagai cara. Pertama, dengan menambahkan formulasi norma baru terhadap Undang-Undang Mahkamah Konstitusi dengan memberikan wewenang kepada MK untuk menunda dan memberikan tenggat waktu menindaklanjutinya yang ditujukan kepada *adressat*.<sup>87</sup> Hal ini bisa diperkuat dengan pencantuman tenggat waktu penindaklanjutan putusan dalam periode bulan ataupun tahun. Sederhananya, hakim konstitusi dapat secara khusus memberikan tenggat waktu penindaklanjutan untuk putusan yang bersifat *non implementing*. Kedua, mengubah Pasal 10 ayat (1) UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (UU PPP). Pasal tersebut menjelaskan terkait dengan pengaturan materi muatan yang diatur dengan undang-undang adalah tindak lanjut dari putusan MK. Berangkat dari pengaturan tersebut, seharusnya Pasal 10 ayat (1) huruf d juga harus mengalami perubahan dengan menambahkan aturan tindak lanjut terhadap putusan haruslah dilakukan sebelum melewati tenggat waktu yang telah ditetapkan oleh putusan MK.<sup>88</sup>

Ketiga, menguatkan instrumen hukum baru yang dinamakan *judicial deferral* terhadap *adressat*. Hal ini dibentuk dengan tujuan memberikan wewenang kepada MK untuk menegaskan aturan terhadap *adressat* agar melaksanakan putusan dan menindaklanjutinya dengan sesuai waktunya. Kemudian harus diimbangi dengan ketentuan perihal waktu penindaklanjutan putusan dan prosedur awal hingga akhir dalam menindaklanjuti putusan tersebut oleh *adressat* yang telah ditunjuk.<sup>89</sup> Selanjutnya untuk membuka ruang partisipasi rakyat dan mempermudah akses perundang-undangan hasil revisi pasca putusan untuk para pihak yang berkepentingan dapat

<sup>86</sup> Sulistyowati, Nasef, dan Ridho, *Constitutional Compliance Atas Putusan Mahkamah Konstitusi Oleh Lembaga-Lembaga Negara Hasil Penelitian Kerjasama Antara Mahkamah Konstitusi Dengan Fakultas Hukum Universitas Trisakti*, 107.

<sup>87</sup> Sulistyowati, Nasef, dan Ridho, *Constitutional Compliance .....*, 105.

<sup>88</sup> Lihat Pasal 10 ayat (1) huruf d yang berbunyi Materi muatan yang harus diatur dengan Undang-Undang berisi: tindak lanjut atas putusan Mahkamah Konstitusi; dalam "Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang," n.d.

<sup>89</sup> Asy'ari, Hilipito, dan Ali, "Model dan Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian Undang-Undang (Studi Putusan Tahun 2003-2012)," 5.

dilakukan dengan mengoptimalkan peran *website* MK. Hal ini dimaksudkan agar seluruh pihak mengetahui undang-undang yang telah berubah ataupun telah dicabut demi terciptanya harmonisasi perundang-undangan.<sup>90</sup>

Upaya penegasan terhadap *adressat* atas putusan MK sejatinya juga harus dipastikan tidak hanya mengikat untuk dilaksanakan saja. Namun, harus dipastikan juga terkait tenggat waktu penindaklanjutan *adressat* melalui undang-undang. Hal inilah yang menjadi titik fundamental untuk penataan tindak lanjut putusan MK. Jika ditinjau dari filosofisnya, putusan MK sejatinya mempunyai nilai-nilai keadilan dan kepastian hukum.<sup>91</sup> Maka, harapannya dengan adanya pembatasan waktu dan sistem penindaklanjutan yang jelas terhadap putusan MK, niscaya akan meningkatkan kedudukan asas *erga omnes* dan mewujudkan keadilan konstitusional bagi seluruh masyarakat Indonesia.<sup>92</sup>

### C. KESIMPULAN

Perkembangan sistem ketatanegaraan di Indonesia sejatinya telah mengantarkan MK dalam posisi sulit untuk mengimplementasikan putusan yang telah ditetapkan. Salah satu mekanisme yang dapat diterapkan adalah dengan mengefektifkan asas *erga omnes* sebagaimana telah dipraktikkan oleh banyak lembaga pengadilan dalam hukum internasional. Mekanisme penerapan asas *erga omnes* harus memuat dua mekanisme dasar kepatuhan terhadap putusan MK. Yang pertama, putusan MK harus menunjuk langsung *adressat* putusan untuk menghilangkan inkonsistensi dan terlambatnya penerapan putusan. Yang kedua, putusan MK juga harus menyatakan jangka waktu implementasi putusan MK oleh *adressat*.

Tidak adanya penunjukkan *adressat* secara tegas di putusan MK menyebabkan permasalahan yang paling fundamental terkait ketidakpatuhan *adressat*. Persoalan tersebut selama ini mengganggu implementasi asas *erga omnes* untuk menindaklanjuti putusan MK. Hal ini mengakibatkan *adressat* menilai bahwa tidak adanya mekanisme dan aturan yang jelas terkait penindaklanjutan putusan karena tidak ada kewajiban

<sup>90</sup> "Putusan MK ditindaklanjuti dengan perubahan undang-undang oleh pembentuk undang-undang sebagai produk legislasi, akan tetapi beberapa putusan MK dilaksanakan oleh *adressat* putusan MK melalui proses regulasi sehingga tanpa harus menunggu perubahan undang-undang, yang juga dapat mengambil alih putusan MK untuk diadopsi dalam revisi atau pembentukan baru suatu peraturan perundang-undangan". Lihat Penjelasan lebih lanjut dalam, Mohammad Mahrus Ali, Meyrinda Rahmawaty Hilipito, dan Syukri Asy'ari, "Tindak Lanjut Putusan Mahkamah Konstitusi Yang Bersifat Konstitusional Bersyarat Serta Memuat Norma Baru," Jurnal Konstitusi 12, no. 3 (September 2015): 6.

<sup>91</sup> Mariyadi Faqih, "Nilai-Nilai Filosofi Putusan Mahkamah Konstitusi Yang Final dan Mengikat," Jurnal Konstitusi 7 (2010): 144.

<sup>92</sup> Mariyadi Faqih, "Nilai-Nilai Filosofi ..., h. 115.

mutlak yang harus dilakukan oleh *adressat*. Oleh sebab itu, diperlukan langkah kolaboratif antara MK dan *adressat* untuk membentuk suatu mekanisme khusus dalam menindaklanjuti putusan MK. Hal tersebut dapat diperkuat dengan menunjuk secara tegas *adressat* dalam putusan yang dikeluarkan untuk menjamin kepatuhan dan kepastian hukum. Terintegrasinya penindaklanjutan putusan MK dalam perkara *judicial review* akan mengintensifkan sistem harmonisasi peraturan perundang-undangan dan kepastian hukum.

MK memerlukan suatu prosedur atau aturan baru agar arah penindaklanjutan mendapatkan posisi yang jelas dan dipatuhi oleh seluruh *adressat* putusan. Hal ini dapat diwujudkan dengan memberikan tenggat waktu dalam penindaklanjutan putusan MK yang dilakukan oleh *adressat* atau yang disebut dengan *judicial deferral*. Penerapan sistem tersebut dikhususkan untuk putusan MK yang bersifat *non-implementing*. Tujuan dari sistem ini adalah untuk memberikan waktu bagi *adressat* dalam menyiapkan perubahan undang-undang yang telah diputus oleh MK. Disamping itu, adanya *judicial deferral* dimaksudkan agar undang-undang hasil dari perubahan *adressat* dapat terintegrasi dan mempermudah para pihak yang berkepentingan untuk melihat ataupun meninjau hasil dari perubahan undang-undang yang ada di Indonesia.

## DAFTAR PUSTAKA

### Buku

- Asshiddiqie, Jimly. *Konstitusi Dan Konstitusionalisme Indonesia*. Jakarta: Konstitusi Press, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Sengketa Kewenangan Antarlembaga Negara*. Jakarta: Konstitusi Press, 2005.
- \_\_\_\_\_. "Sejarah Constitutional Review Dan Gagasan Pembentukan Mahkamah Konstitusi," in *The Three "E" Lecture Series*. Pacific Place Hotel, 2012.
- Baun, Lawrence. *The Implementation of United States Supreme Court Decisions, Dalam Constitutional Court in Comparison; the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court, Edited by Ralf Rogowski & Thomas Gawron*. New York: Berghahn Books, 2002.
- E. Baker, Thomas, and Jerre S. Williams. *Constitutional Analysis*. United State: Thomson West, 2003.
- Fatmawati. *Hak Menguji (Toetsingsrecht) Yang Dimiliki Hakim Dalam Sistem Hukum Indonesia*. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2004.

- Fauziyah R, Safrina. *Pengawasan Atas Implementasi Putusan MK Demi Tercapainya Kepastian Hukum Di Indonesia, Dalam Dri Utari Cristina Dan Ismail Hasani (Ed), Masa Depan Mahkamah Konstitusi RI: Naskah Konfrensi Mahkamah Konstitusi Dan Pemajuan Hak Konstitusional Warga*. Jakarta: Pustaka Masyarakat Setara, 2013.
- Ferejohn, John. *Law, Legislation and Positive Political Theory*”, Dalam *Modern Political Economy, Banks and E Hanushek*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- Lachmayer, Konrad. *‘Austria. Constitutional Court as Positive Legislators’ in Allan R. Brewer-Carias (Ed.), Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- M. O’Brien, David. *Constitutional Law and Politics: Struggles for Power and Governmental Accountability*. New York: W.W. Norton & Company, 2000.
- Marmor, Andrei. *Interpretation and Legal Theory*. Oregon: Hart Publishing, 2005.
- Samosir, Djamanat. *Hukum Acara Perdata: Tahap-Tahap Penyelesaian Perkara Perdata*. Bandung: Nuansa Aulia, 2011.
- Stelzer, See Manfred. *‘Constitutional Change in Austria’ in Xenophon Contiades (Ed.), Engineering Constitutional Change. A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*. USA and Canada: Routledge, 2013.
- Sulistiyowati, Tri, M. Imam Nasef, dan Ali Ridho. *Constitutional Compliance Atas Putusan Mahkamah Konstitusi Oleh Lembaga-Lembaga Negara Hasil Penelitian Kerjasama Antara Mahkamah Konstitusi Dengan Fakultas Hukum Universitas Trisakti*. Jakarta: Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara, dan Pengelolaan Perpustakaan Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi, 2019.
- Sutiyoso, Bambang. *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*. Cetakan Pertama. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2006.
- Sweet, Alec Stone. *Governing With Judges: Constitutional Politics in Europe English*. U.S.A: Oxford University Press, 2000.
- Tate, C. Neal. *The Global Expansion of Judicial Power Revised Edition*. New York: NYU Press, 1997.
- Tim Penyusun Naskah Komprehensif Proses dan Hasil Perubahan UUD 1945. *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia: Buku VI, Kekuasaan Kehakiman*. Edisi Revisi. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010.
- Vanberg, Georg. *The Politics of Constitutional Review, Political Economy of Institutions and Decision*. New York: Cambridge University Press, 2005.

Laksono, Fajar, Winda Wijayanti, dan Anna Triningsih, *Implikasi Dan Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 5/PUU-X/2012 Tentang Sekolah Bertaraf Internasional (SBI) / Rintisan Sekolah Bertaraf Internasional (RSBI)*. Jakarta: Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2013.

## Jurnal

- Akbar, Salsabilla, Retno Saraswati, dan Fifiana Wisnaeni. "Faktisitas Sifat Final Dan Mengikat Putusan Mahkamah konstitusi dengan Menambah Instrumen Hukum Judicial Order dalam Pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar." *Diponegoro Law Jurnal* 8, no. 3 (2019): 2335 - 2341
- Ali, Mohammad Mahrus, Meyrinda Rahmawaty Hilipito, dan Syukri Asy'ari. "Tindak Lanjut Putusan Mahkamah Konstitusi Yang Bersifat Konstitusional Bersyarat Serta Memuat Norma Baru." *Jurnal Konstitusi* 12, no. 3 (September 2015): 631-662
- Asy'ari, Syukri, Meyrinda Rahmawaty Hilipito, dan Mohammad Mahrus Ali. "Model dan Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian Undang-Undang (Studi Putusan Tahun 2003-2012)." *Jurnal Konstitusi* 10 (2013): 675-708.
- \_\_\_\_\_. "Yudisialisasi Politik Dan Sikap Menahan Diri: Peran Mahkamah Konstitusi Dalam Menguji Undang-Undang." *Jurnal Konstitusi* 12, no. 3 (2015): 488.
- Dixon, Rosalind, and Samuel Issacharoff. "Living to Fight Another Day: Judicial Deferral in Defense of Democracy." *NYU School of Law, Public Law Research* 16, no. 1 (2016): 683-731.
- Faqih, Mariyadi. "Nilai-Nilai Filosofi Putusan Mahkamah Konstitusi Yang Final dan Mengikat." *Jurnal Konstitusi* 7 (2010): 22.
- Gayus Lumbuun, Topane. "Tindak Lanjut Putusan Mahkamah Konstitusi Oleh DPR RI." *Jurnal Legislasi Indonesia* 6, no. 3 (2009): 77-94.
- Hakim, Muchamad Lutfi, dan Rasji. "Penerapan Asas erga Omnes dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 30/PUU-XVI/2018 Dikaitkan dengan Asas Negative Legislator." *Jurnal Hukum Adigama* 1, no. 2 (January 31, 2019): 800.
- Handayani, I Gusti Ayu Ketut Rachmi, Lego Karjoko, dan Abdul Kadir Jaelani. "Model Pelaksanaan Putusan Mahkamah Konstitusi yang Eksekutabilitas Dalam Pengujian Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia." *BESTUUR* 7, no. 2 (July 7, 2020): 36-46.

- Hardani, Ayuk, dan Lita Tyesta Addy Listiya Wardhani. "Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 30/PUU-XVI/2018 Menurut Sistem Hukum di Indonesia." *Jurnal Pembangunan Hukum Indonesia* 1, no. 2 (May 29, 2019): 182–93.
- \_\_\_\_\_. "Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 30/PUU-XVI/2018 Menurut Sistem Hukum Di Indonesia." *Jurnal Pembangunan Hukum Indonesia* 1, no. 2 (May 29, 2019): 182–93.
- Haryono, Dodi. "Metode Tafsir Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian Konstitusional Undang-Undang Cipta Kerja." *Jurnal Konstitusi* 18, no. 4 (February 17, 2022): 774.
- Helmi, Muhammad Ishar. "Penyelesaian Satu Atap Perkara *Judicial review* Di Mahkamah Konstitusi." *Salam: Jurnal Sosial dan Budaya Syar-i* 6, no. 1 (February 5, 2019): 97–112.
- Indrayana, Denny. "Komparasi Sifat Mengikat Putusan *Judicial review* Mahkamah Konstitusi Dan Pengadilan Tata Usaha Negara." *Mimbar Hukum* 19, no. 3 (2007): 437-454..
- Kelsen, Hans. "*Judicial review* of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution." *The Journal of Politics* 4, no. 2 (May 1942): 183–200.
- Laksono, Fajar, Winda Wijayanti, dan Anna Triningsih. "Implikasi dan Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 5/PUU-X/2012 tentang Sbi atau Rsbi" 10 (2013): 731-760
- Limbach, Jutta. "The Concept of the Supremacy of the Constitution." *Modern Law Review* 64, no. 1 (January 2001): 1–10. <https://doi.org/10.1111/1468-2230.00306>.
- Marzuki, M Laica. "Konstitusi dan Konstitusionalisme." *Jurnal Konstitusi* 7, no.4 (2010): 001-008.
- Maulidi, M. Agus. "Menyoal Kekuatan Eksekutorial Putusan Final dan Mengikat Mahkamah Konstitusi." *Jurnal Konstitusi* 16, no. 2 (July 11, 2019): 339-362.
- Maulidi, Mohammad Agus. "Problematika Hukum Implementasi Putusan Final dan Mengikat Mahkamah Konstitusi Perspektif Nrgara Hukum." *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum* 24, no. 4 (October 2017): 535–57.
- Noviadi, Cindy Natasha. "Akibat Hukum Putusan Hakim Terkait Penetapan Upah Proses Pada Perselisihan Pemutusan Hubungan Kerja Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 37/PUU-IX/2011." *Kumpulan Jurnal Mahasiswa Fakultas Hukum* 0, no. 0 (July 31, 2018): 1-11.



- Nugroho, Fadzlun Budi Sulisty. "Sifat Keberlakuan Asas Erga Omnes dan Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi." Nugroho, Fadzlun Budi Sulisty. "Sifat Keberlakuan Asas Erga Omnes dan Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi." *Gorontalo Law Review* 2, no. 2 (2019): 95-104
- Pramana, I Gede Pasek. "Konsekuensi Yuridis Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 terhadap Kedudukan Anak Astra dalam Hukum Adat Bali." *Kumpulan Jurnal Mahasiswa Fakultas Hukum* 0, no. 0 (July 31, 2018): 411-422.
- Soeharno. "Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Penegak Hukum dan Pengadilan." *Jurnal Lppm Bidang Ekosobudkum* 1, no. 2 (2014): 13-30.
- Suhariyanto, Budi. "Masalah Eksekutabilitas Putusan Mahkamah Konstitusi oleh Mahkamah Agung." *Jurnal Konstitusi* 13, no. 1 (May 20, 2016): 171-190.
- Syahrizal, Ahmad. "Problem Implementasi Putusan MK." *Jurnal Konstitusi* 13, no. 1 (May 20, 2016): 171-190.
- Trochev, Alexei. "Implementating Russian Constitutional Court Decision." *East European Constitutional Review* 11, no. 1 (2002): 101.
- Vanberg, Georg. "The Austrian Constitutional Court." In *Comparative Constitutional Reasoning*, edited by Andras Jakab, Arthur Dyevre, and Giulo Itzcovich, 75-114. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. <https://doi.org/10.1017/9781316084281.005>.

### **Peraturan Perundang-Undangan**

- Indonesia. Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan. LN No.82 Tahun 2011. TLN No. 5234.
- "Verfassungsgerichtshofgesetz – VfGG Constitutional Court Act 1953," n.d.

### **Disertasi/Tesis**

- Salman, Radian. "Pengujian Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi dalam Perspektif Konstitusionalisme dan Demokrasi." (Disertasi Doktor Hukum Universitas Airlangga, 2017).
- Widhiastuti, Aryani. "Keberlakuan Asas Erga Omnes pada Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Kewenangan Pengujian Undang-Undang (Studi Putusan Nomor 34/PUU-XI/2013)." (Tesis Magister Hukum Universitas Gadjah Mada, 2016).

### **Sumber Internet**

C. N. N. Indonesia. "Tindak Lanjuti Ujl Materi UU Ciptaker, DPR-Pemerintah Revisi UU PPP" nasional. <https://www.cnnindonesia.com/nasional/20220408015414-20-781941/tindak-lanjuti-ujl-materi-uu-ciptaker-dpr-pemerintah-revisi-uu-ppp>. Diakses 28 Mei 2022.

Hukumonline.com. "Ragam Implementasi Dan Kepatuhan Putusan MK." <https://m.hukumonline.com/berita/baca/lt5cd539d4a5550/ragam-implementasi-dan-kepatuhan-putusan-mk/>. Diakses 3 Agustus 2019.

Mardatillah, Aida. "Ketua MK: Tidak Patuhi Putusan, Bentuk Pembangkangan Terhadap Konstitusi - Hukumonline.Com," <https://www.hukumonline.com/berita/baca/lt5e3153ae1a479/ketua-mk--tidak-patuhi-putusan--bentukpembangkangan-terhadap-konstitusi/>. Diakses 29 Januari 2020.

Media Summary In The Constitutional Court Of South Africa"; "Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC) (1 December 2005)," accessed November 30, 2020, <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2005/19.html>

# Konsistensi Pembuatan Norma Hukum dengan Doktrin *Judicial Activism* dalam Putusan *Judicial Review*

## *Consistency of Making Legal Norms with Judicial Activism Doctrine in Judicial Review Decisions*

**Bagus Surya Prabowo**

Fakultas Hukum Universitas Islam As-Syafi'iyah  
Jl. Raya Jatiwaringin No.12, Jaticempaka, Pondokgede, Bekasi, Jawa Barat 17411, Indonesia  
Email: bagussuryoprabowo25@gmail.com

**Wiryanto**

Fakultas Hukum Universitas Islam As-Syafi'iyah  
Jl. Raya Jatiwaringin No.12, Jaticempaka, Pondokgede, Bekasi, Jawa Barat 17411, Indonesia  
Email: wiryanto44@gmail.com

Naskah diterima: 23-12-2021 revisi: 23-05-2022 disetujui: 02-06-2022

### **Abstrak**

Penelitian ini bermaksud menjelaskan konsistensi Mahkamah Konstitusi (MK) dalam membuat norma hukum baru dengan menggunakan doktrin *judicial activism* serta menjelaskan faktor – faktor yang mendasari konsistensi MK dalam membuat norma hukum baru melalui penelitian yuridis normatif dengan menjelaskan asas, prinsip, dan analisis putusan yang saling berkaitan. Penelitian ini berkesimpulan bahwa MK tidak konsisten karena hanya mengabulkan dan membuat norma hukum baru pada Putusan MK Nomor 5/PUU-V/2007. Sedangkan pada Putusan MK Nomor 53/PUU-XV/2017, MK menolak membuat norma baru meskipun dua perkara tersebut sama – sama menimbulkan diskriminasi dan membatasi partisipasi masyarakat dalam politik. Faktor ketidakkonsistenan tersebut diantaranya: 1) faktor yurisprudensi yang selalu menolak dan berpendapat bahwa *presidential threshold* termasuk *open legal policy*, 2) faktor dalil dan substansi permohonan yang tidak dapat meyakinkan mayoritas hakim MK, dan 3) faktor paradigma berpikir hakim bahwa MK merupakan *negative legislator* yang tidak dapat bertindak sebagai *positive legislator* kecuali dalam keadaan tertentu dan jika diperlukan.

**Kata kunci:** *Judicial Activism*; *Judicial Review*; Kebijakan Hukum Terbuka; Norma Hukum Baru; Positive Legislature.

### **Abstract**

*This study intends to explain the consistency of the Constitutional Court (MK) in making new legal norms by using the doctrine of judicial activism and to explain the factors that underlie the consistency of the Constitutional Court in making new legal norms through normative juridical research by explaining the principles, principles, and analysis of interrelated decisions. This study concludes that the Constitutional Court is inconsistent because it only grants and makes new legal norms in the Constitutional Court Decision Number 5/PUU-V/2007. Meanwhile, in the Constitutional Court's Decision Number 53/PUU-XV/2017, the Constitutional Court refused to make a new norm even though the two cases created discrimination and limited public participation in politics. The inconsistency factors include: 1) jurisprudence factors, 2) the application cannot convince the majority of the judges of the Constitutional Court, and 3) the paradigm factor of judges.*

**Keywords:** *Judicial Activism; Judicial Review; New Legal Norm; Open Legal Policy; Positive Legislature.*

## **A. PENDAHULUAN**

### **1. Latar Belakang**

Kewenangan Mahkamah Konstitusi (MK) untuk menguji konstitusionalitas sebuah undang-undang merupakan hal yang sangat krusial dalam sistem hukum sebuah negara. Sebab, setiap putusan MK bersifat *erga omnes* yang berarti harus dipatuhi oleh seluruh lembaga negara dan seluruh masyarakat Indonesia. Untuk itu dalam beberapa putusannya, terkadang MK menggunakan doktrin *judicial activism* untuk membuat sebuah norma hukum baru apabila dipandang perlu untuk menjadi *positive legislator* sebagaimana pada Putusan MK Nomor 5/PUU-V/2007. Dalam putusan tersebut MK membuat sebuah norma hukum baru dengan memperbolehkan calon kepala daerah independen untuk maju dalam pemilihan kepala daerah (Pilkada) di seluruh provinsi di Indonesia dengan pertimbangan hukum seperti menghindari diskriminasi dan memenuhi hak – hak warga negara. Namun pada putusan MK Nomor 53/PUU-XV/2017, MK tidak mau membuat norma hukum baru dengan berbagai macam dalil hukum meskipun dalam penerapannya kebijakan *presidential threshold* menimbulkan diskriminasi, ketidakadilan, dan bahkan memberikan dampak buruk bagi pembangunan demokrasi yang substansial.<sup>1</sup> Hal ini tentu menimbulkan dugaan adanya standar ganda dalam pembuatan norma hukum baru dengan doktrin *judicial activism* dalam putusan *judicial review*.

<sup>1</sup> Mahkamah Konstitusi, Putusan MK No. 74/PUU-XVIII/2020 (2020), 20.

## 2. Perumusan Masalah

Berdasarkan pemaparan latar belakang diatas, setidaknya ada dua rumusan masalah yang akan coba dijawab dalam penelitian kali ini, yaitu: *pertama* bagaimana konsistensi pembuatan norma hukum baru dengan doktrin *judicial activism* di MK? *Kedua* faktor – faktor apa saja yang mendasari konsistensi pembuatan norma hukum baru oleh MK?

## 3. Metode Penelitian

Penelitian ini menggunakan metode penelitian yuridis normatif yang menjelaskan dan menganalisa berbagai macam bahan hukum pustaka<sup>2</sup> terkait pembuatan norma hukum baru dengan menggunakan doktrin *judicial activism* dalam putusan MK. Bahan hukum yang diteliti merupakan data-data sekunder publik dan hukum seperti undang-undang, putusan, buku teks hukum, dan juga hasil karya ilmiah.<sup>3</sup> Pengumpulan semua bahan pada penelitian ini menggunakan studi pustaka.<sup>4</sup> Dari semua bahan-bahan yang telah dikumpulkan itu akan penulis jelaskan tentang konsistensi MK dalam membuat sebuah norma hukum baru serta apa saja faktor – faktor yang mendasari MK untuk membuat putusan yang berisi norma hukum baru atau tidak.

## B. PEMBAHASAN

### 1. Pembuatan Norma Hukum Baru dengan Doktrin *Judicial Activism*

#### a. Doktrin *Judicial Activism*

Doktrin *judicial activism* sebenarnya sudah muncul dibenak kalangan pakar hukum sebelum abad ke-20.<sup>5</sup> Namun terkait nama *judicial activism* sendiri baru diperkenalkan dalam majalah *Fortune* tahun 1947 oleh Arthur Schlesinger.<sup>6</sup> Pada awalnya doktrin ini ditentang karena dianggap sebagai perampasan kewenangan lembaga legislatif. Namun karena banyak pakar hukum yang menganggap bahwa doktrin ini adalah solusi dari sejumlah kebuntuan dalam sistem hukum, akhirnya doktrin ini pun diterima dan diterapkan pada sistem hukum *common law* seperti Amerika Serikat. Doktrin ini selalu dikaitkan dengan tindakan hakim yang membuat

<sup>2</sup> Andri Gunawan Wibisana, "Menulis di Jurnal Hukum: Gagasan, Struktur dan Gaya", *Jurnal Hukum dan Pembangunan*, 49, no. 2 (2019): 481-482, <https://doi.org/10.21143/jhp.vol49.no2.2014>.

<sup>3</sup> Kornelius Benuf & Muhammad Azhar, "Metodologi Penelitian Hukum Sebagai Instrumen Mengurai Permasalahan Hukum Kontemporer", *Refleksi Hukum: Jurnal Ilmu Hukum* 7, no. 1 (August 7, 2020): 20-33, <https://doi.org/10.14710/gk.7.1.20-33>.

<sup>4</sup> Benuf dan Azhar, "Metodologi Penelitian."

<sup>5</sup> Keenan D. Kmiec, "The Origin and Current Meanings of 'Judicial Activism,'" *California Law Review* 92, no. 5 (Oktober 2004): 1444, <https://doi.org/10.2307/3481421>.

<sup>6</sup> Keenan, "The Origin," 1444.

norma hukum baru dalam sebuah putusan. Dan hal ini adalah benar. Menurut Lino Graglia, *judicial activism* berarti sebuah pandangan yang membolehkan hakim untuk membuat putusan pengadilan berdasarkan pertimbangan pribadi atau pandangan politik yang diyakininya.<sup>7</sup> Hal ini pun sejalan dengan perkataan bahwa hukum itu memang memiliki kaitan yang sangat erat dengan politik menurut beberapa ahli. Arthur Schlesinger pun mengatakan bahwa hukum (dalam hal ini adalah pengadilan) dan politik itu merupakan satu kesatuan yang tidak mungkin dipisahkan. Maka dari itu, menurutnya, pengadilan yang diwakili oleh hakim dapat menggunakan pandangan politik yang diyakininya untuk membuat sebuah norma hukum baru asalkan untuk tujuan yang benar lagi baik.<sup>8</sup> Dari paparan diatas dapat disimpulkan juga bahwa *judicial activism* sebenarnya merupakan kegiatan seorang hakim dalam mengembangkan teks-teks konstitusi untuk membuat sebuah perubahan sosial di lapangan agar nilai-nilai dasar dalam konstitusi dapat diterapkan secara progresif.<sup>9</sup>

Dilihat dari sudut pandang yang kontra, beberapa pakar hukum menduga jika doktrin ini tidak memiliki tempat dalam demokrasi serta melanggar prinsip *separation of power* atau pemisahan kekuasaan.<sup>10</sup> Namun jika dilihat dengan pandangan yang objektif, justru doktrin ini memberikan manfaat dan membantu menegakkan keadilan dalam demokrasi yang tidak substantif seperti yang dirasakan saat ini. Doktrin *judicial activism* juga sejalan dengan teori hukum progresif yang dikemukakan oleh Satjipto Rahardjo. Menurut Satjipto, hukum itu harus melayani manusia dan bukan sebaliknya.<sup>11</sup> Maka dari itu teori hukum progresif memberi porsi besar kepada subjek hukum untuk melakukan kreativitas dalam pemaknaan sebuah peraturan tanpa menunggu perubahan undang-undang atau aturan terlebih dahulu demi menghindari terjadinya kekosongan hukum ataupun penyalahgunaan hukum oleh oknum tertentu.<sup>12</sup> Artinya, *judicial activism* memperbolehkan pengadilan untuk tidak patuh terhadap keputusan politik dari DPR dan pemerintah dengan cara membuat putusan yang bersifat menemukan atau menciptakan hukum dalam kondisi – kondisi tertentu.<sup>13</sup>

<sup>7</sup> Keenan, "The Origin," 1464.

<sup>8</sup> Keenan, "The Origin," 1447.

<sup>9</sup> Pan Mohamad Faiz, "Dimensi Judicial Activism Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi," *Jurnal Konstitusi* 13, no. 2 (2016): 409-410, <https://doi.org/10.31078/jk1328>.

<sup>10</sup> César Rodríguez Garavito, "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America," *Texas Law Review* 89, no. 7, (2011): 1688.

<sup>11</sup> Bernard L. Tanya, Yoan N. Simanjuntak, Markus Y. Hage, *Teori Hukum: Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2019), 190.

<sup>12</sup> Tanya, Simanjuntak, dan Hage, *Teori Hukum*, 191.

<sup>13</sup> Ernest A. Young, "Judicial Activism and Conservative Politics," *University of Colorado Law Review* 73, no. 4 (September 2002): 1145.



Tidak seperti di negara yang menganut sistem hukum eropa kontinental, *judicial activism* sangat populer di negara Anglo-Saxon seperti di Amerika dan India. Bagi negara penganut Anglo-Saxon, *judicial activism* merupakan sebuah kebutuhan dalam sistem hukum *rule of law* untuk menegakkan keadilan yang sesungguhnya. Karena mereka menganggap bahwa aturan yang dibuat tidak selalu adil dan baik sehingga perlu adanya doktrin *judicial activism* agar hakim dapat mengevaluasi aturan yang dibuat oleh lembaga legislatif. Tidak hanya itu, di Amerika dan India, *judicial activism* diberlakukan untuk melindungi kaum minoritas serta masyarakat kelas bawah dari hukum positif yang sewenang-wenang.<sup>14</sup> Selain di negara Anglo-Saxon, *judicial activism* juga populer di negara bersistem hukum campuran seperti di Afrika Selatan. Di Mahkamah Konstitusi Afrika Selatan, *judicial activism* digunakan untuk mendukung hak-hak masyarakat seperti kesehatan, tempat tinggal, dan permasalahan ekonomi.<sup>15</sup> Karena itu, peradilan di negara yang menerapkan *judicial activism* selalu mendapat dukungan dan legitimasi publik agar bisa terus membuat putusan yang memberikan kesejahteraan. Hal ini tentu karena masyarakat merasakan betul dampak positif dari doktrin ini.

Menurut beberapa studi, doktrin ini dapat terjadi setidaknya karena tiga faktor. *Pertama* adalah faktor persaingan yang sengit antar partai politik yang pada akhirnya menyebabkan kegaduhan politik. Akibatnya, para politisi tidak memiliki pilihan lain selain membawa permasalahan tersebut keranah peradilan untuk diputus secara adil. Ketika hal itu terjadi maka peradilan sebagai lembaga hukum mau tidak mau harus mencampuri urusan politik demi memberikan perbaikan substantif melalui putusan yang dibuatnya.<sup>16</sup> *Kedua* adalah faktor dukungan masyarakat pada lembaga peradilan. Faktor ini dapat terjadi jika masyarakat sudah antipati terhadap urusan politik yang ada di lembaga eksekutif dan legislatif karena banyak kebohongan dan kegaduhan yang diciptakan. Untuk itu lembaga yudikatif atau pengadilan menjadi satu-satunya lembaga yang dipercaya masyarakat untuk memutus perkara secara adil sehingga lembaga yudikatif pun akan mencoba membuat putusan sebaik mungkin demi tercapainya stabilitas dan kesejahteraan di masyarakat. *Ketiga* ialah faktor paradigma berpikir hakim tentang hukum. Apabila hakim sudah mulai condong ke hukum progresif yang mementingkan keadilan substantif dibanding keadilan prosedural, maka dapat dikatakan *judicial activism* sudah mulai dan dapat diterapkan dalam peradilan tersebut.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Indriati Amarini, "Implementation of Judicial Activism in Judge's Decision," *Jurnal Hukum Dan Peradilan* 8, no. 1 (2019): 24-25., <http://dx.doi.org/10.25216/jhp.8.1.2019.21-38>.

<sup>15</sup> Rodríguez-Garavito, "Beyond the Courtroom," 1672.

<sup>16</sup> Faiz, "Dimensi Judicial Activism," 422.

<sup>17</sup> Faiz, "Dimensi Judicial Activism," 423.

Selain membuat norma hukum baru, *judicial activism* juga dapat diartikan sebagai perilaku hakim yang aktif dalam persidangan. Keaktifan hakim dalam menggali alat bukti dan keterangan dari para pihak yang berperkara merupakan salah satu bentuk dari doktrin *judicial activism*. Selain itu, proses hakim yang berperan aktif dalam menggali dan mencari nilai – nilai keadilan yang ada di masyarakat juga merupakan salah satu bentuk dari doktrin *judicial activism*. Dengan menggunakan makna ini, maka hampir semua putusan atau dapat dikatakan semua putusan Mahkamah Konstitusi telah menggunakan doktrin *judicial activism* karena hakim MK telah berperan aktif dalam menggali dan mencari nilai – nilai keadilan.

Dari uraian yang cukup singkat diatas, dapat dipahami bahwa sebenarnya syarat seorang hakim dapat menerapkan doktrin *judicial activism* dalam putusannya ialah ketika hakim memandang bahwa ada aturan yang berpotensi atau bahkan secara nyata telah merampas hak – hak masyarakat, memberikan ketidakadilan, dan tidak melindungi kepentingan kaum minoritas. Pandangan hakim tersebut dapat menjadi pertimbangan hukum apakah ia perlu menerapkan *judicial activism* ataukah tidak sehingga seorang hakim dapat memilih untuk memperbaiki aturan tersebut menjadi lebih baik ataukah tetap membiarkannya sebagaimana bentuk aslinya. Dapat dikatakan bahwa *judicial activism* ini murni hak istimewa hakim selaku wakil Tuhan dimuka bumi karena dengan putusannya, ia dapat membatalkan sebuah aturan di satu sisi dan di sisi yang lain, ia dapat membuat sebuah aturan baru yang dirasa lebih bermanfaat dan memberikan keadilan bagi masyarakat yang mana hal tersebut sebenarnya merupakan tugas eksekutif dengan legislatif.

#### **b. Pembuatan Norma Hukum Baru Dengan *Judicial Activism* di Mahkamah Konstitusi**

Reformasi dalam bidang hukum di beberapa negara telah mengalami fase pembaharuan hukum yang cukup masif. Perkembangan ini dapat dilihat dari banyak negara *civil law* yang mengambil beberapa ajaran dari konsep negara *common law* seperti memasukkan yurisprudensi dalam salah satu sumber hukum mereka ataupun memberikan porsi terhadap doktrin *judicial activism*. Sebaliknya, banyak juga negara bersistem hukum *common law* mulai untuk mengkodifikasikan norma hukum mereka kedalam aturan tertulis sebagaimana yang dianut oleh sistem hukum *civil law*. Artinya dapat dikatakan jika saat ini tidak ada negara yang seratus persen menganut sistem hukum *common law* ataupun negara yang seratus persen menganut sistem hukum *civil law*. Semua negara sudah mengalami peleburan antar sistem hukum sehingga antara sistem *civil law* dengan sistem *common law* saling mengambil ajaran atau doktrin yang baik untuk diterapkan

dalam sistem hukum mereka serta membuang yang buruk dan sudah tidak relevan untuk diterapkan.

Tren pembaharuan hukum kearah yang lebih baik juga terjadi di Indonesia. Indonesia sebagai negara yang menganut sistem hukum *civil law* telah mengambil beberapa ajaran dari sistem hukum *common law* yang kemudian diterapkan dalam sistem hukum negara kita. Salah satunya adalah doktrin *judicial activism*. Doktrin ini membuat hakim di Indonesia bukan hanya berfungsi sebagai corong undang-undang (*la bouche de la loi*) atau menerapkan hukum sesuai bunyi undang-undang (*rechtstoepassing*), tetapi juga berfungsi untuk menemukan hukum (*rechtsvinding*) serta menciptakan hukum.<sup>18</sup> Hal ini pun sejalan dengan Pasal 24 UUD yang menyatakan: “Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan” dan juga Pasal 5 Ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi: “Hakim dan Hakim Konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”. Pasal-pasal ini secara jelas ingin mengatakan jika hakim dan lembaga yudikatif di Indonesia bukan hanya menerapkan hukum sesuai bunyi undang-undang belaka, namun juga mencari, menemukan dan menerapkan hukum yang adil untuk masyarakat.<sup>19</sup> Artinya paradigma sistem hukum Indonesia sudah bergeser dari yang hanya mengedepankan kepastian hukum atau keadilan prosedural, beralih kepada mengedepankan keadilan yang hakiki atau substantif.

Pembuatan norma hukum baru dengan menggunakan doktrin *judicial activism* itu sendiri sudah diterapkan khususnya oleh MK ketika menguji beberapa perkara *judicial review*. Diantaranya ialah putusan MK Nomor 5/PUU-V/2007 yang membahas tentang pembolehan calon kepala daerah independen untuk maju dalam Pemilihan Umum Kepala Daerah (Pilkada) diluar provinsi Aceh.

### c. Konsistensi Mahkamah Konstitusi dalam Membuat Norma Hukum Baru

Sejak berdiri pada tahun 2003, MK sudah banyak memberikan putusan yang memberikan rasa keadilan di masyarakat dengan membuat norma hukum baru yang menggunakan doktrin *judicial activism*. Namun adapula beberapa putusan yang menimbulkan pro dan kontra dikalangan ahli hukum maupun masyarakat. Untuk mengetahui persoalan ini lebih dalam, maka penulis akan memberikan contoh putusan yang tidak menerapkan doktrin *judicial activism* untuk membuat sebuah norma hukum baru berikut analisisnya.

<sup>18</sup> Bagir Manan, *Menegakkan Hukum Suatu Pencarian* (Jakarta: Asosiasi Advokat Indonesia, 2009), 167.

<sup>19</sup> Zainal Arifin Hoesein, *Kekuasaan Kehakiman Di Indonesia* (Jakarta: Imperium, 2013), 169.

### 1) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 5/PUU-V/2007

Dalam putusan ini pada intinya MK membolehkan calon kepala daerah independen untuk maju dalam Pilkada diseluruh provinsi di Indonesia dengan pertimbangan sebagai berikut: *Pertama*, MK berpendapat jika calon independen tidaklah bertentangan dengan UUD 1945.<sup>20</sup> Calon independen diberlakukan juga bukan karena alasan keadaan darurat (*staatsnoodrecht*), tetapi merupakan pemberian peluang oleh pembentuk undang-undang dalam pelaksanaan pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah agar lebih demokratis.<sup>21</sup> *Kedua*, perbedaan antara dibolehkannya calon independen di provinsi Aceh dan tidak diperbolehkannya di provinsi selain Aceh menciptakan diskriminasi politik sehingga dapat mengakibatkan kedudukan yang tidak sama antar warga negara. Maka dari itu harus ada persamaan hak antar warga negara dengan mengharuskan UU Pemda menyesuaikan dengan perkembangan baru yang telah dilakukan oleh pembentuk undang-undang sendiri yaitu dengan memberikan hak kepada perseorangan (independen) untuk dapat mencalonkan diri sebagai kepala daerah dan wakil kepala daerah tanpa harus melalui parpol atau gabungan parpol sebagaimana ditentukan oleh Pasal 67 Ayat (2) UU Pemerintahan Aceh.<sup>22</sup> *Ketiga*, memperbolehkan calon independen maju dalam pemilihan kepala daerah merupakan salah satu wujud partisipasi masyarakat yang diatur dalam UU 31 Tahun 2002 tentang Partai Politik. Sebab, partai politik harus membuka kesempatan seluas – luasnya bagi calon perseorangan yang memenuhi syarat sebagaimana dimaksud pada Pasal 58 UU Pemda.<sup>23</sup>

Dalam putusan tersebut, MK membuat sebuah norma hukum baru dengan mengubah frasa “*Peserta pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah adalah pasangan calon*” dalam Pasal 59 Ayat (1), menjadi “*Partai politik atau gabungan partai politik dapat mendaftarkan pasangan calon apabila memenuhi persyaratan perolehan sekurang-kurangnya 15% (lima belas persen) dari jumlah kursi DPRD atau 15% (lima belas persen) dari akumulasi perolehan suara sah dalam pemilihan umum anggota DPRD di daerah yang bersangkutan*” dalam Pasal 59 Ayat (2), dan mengubah frasa menjadi “*Membuka kesempatan bagi bakal calon perseorangan yang memenuhi syarat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 58 melalui mekanisme yang demokratis dan transparan*” pada Pasal 59 Ayat (3) Undang – Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintah

<sup>20</sup> Zainal, *Kekuasaan Kehakiman*, 54.

<sup>21</sup> Zainal, *Kekuasaan Kehakiman*, 54.

<sup>22</sup> Zainal, *Kekuasaan Kehakiman*, 55.

<sup>23</sup> Zainal, *Kekuasaan Kehakiman*, 56.

Daerah.<sup>24</sup> Dalam putusan ini, MK telah menggeser perannya dari sekedar *negative legislature* menjadi *positive legislature* dengan menggunakan doktrin *judicial activism*.

## 2) Putusan MK Nomor 53/PUU-XV/2017

Dalam putusan ini pada intinya MK menolak untuk membuat sebuah norma baru dan bahkan menolak seluruh permohonan pemohon yang berkaitan dengan *presidential threshold* dengan pertimbangan hukum yakni: *pertama*, *presidential threshold* diterapkan dengan semangat untuk memperkuat sistem presidensial serta mengurangi kecenderungan kompromi atau tawar-menawar politik (*political bargaining*) dengan partai pemilik kursi di DPR.<sup>25</sup> *Kedua*, untuk menyederhanakan partai politik secara alamiah agar jalannya pemerintahan menjadi lebih ideal.<sup>26</sup> *Ketiga*, undang-undang yang diterapkan dalam Pemilu 2014 adalah UU No. 8 Tahun 2012 yang belum menggunakan ketentuan *presidential threshold* sehingga penggunaan suara Pileg 2014 untuk Pilpres 2019 masih relevan dan tidak kadaluarsa.<sup>27</sup> *Keempat*, ketentuan *presidential threshold* masih relevan dilakukan ketika Pileg dan Pilpres dilakukan secara bersamaan.<sup>28</sup> *Kelima*, penerapan *presidential threshold* bukan sebuah diskriminasi. Sebuah kebijakan baru dapat dikatakan diskriminasi jika memberlakukan perbedaan atas dasar agama, suku, ras, dan seterusnya sebagaimana diatur dalam Pasal 1 angka 3 UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.<sup>29</sup>

Dalam putusan ini terdapat *dissenting opinion* dari Hakim Konstitusi Suhartoyo dan Saldi Isra. Kedua hakim ini berpandangan jika *presidential threshold* bertentangan dengan UUD 1945 dengan pertimbangan hukum sebagai berikut: *pertama*, seluruh partai politik yang telah ditetapkan sebagai peserta pemilu memiliki hak untuk mencalonkan Presiden dan Wakil Presiden sebagaimana Pasal 6A Ayat (2) UUD 1945 sehingga undang-undang tidak boleh mengurangi hak tersebut.<sup>30</sup> *Kedua*, seharusnya MK lebih memprioritaskan *constitutional rights* partai politik ketimbang pemenuhan desain penyederhanaan jumlah partai politik yang tidak diatur secara tegas dalam teks konstitusi.<sup>31</sup> *Ketiga*, menggunakan hasil Pileg untuk mengisi posisi

<sup>24</sup> Zainal, *Kekuasaan Kehakiman*, 62.

<sup>25</sup> Mahkamah Konstitusi, Putusan MK No. 53/PUU-XV/2017 (2017), 127.

<sup>26</sup> Putusan MK No. 53/PUU-XV/2017, 124.

<sup>27</sup> Putusan MK No. 53/PUU-XV/2017, 131.

<sup>28</sup> Putusan MK No. 53/PUU-XV/2017, 132.

<sup>29</sup> Putusan MK No. 53/PUU-XV/2017, 134.

<sup>30</sup> Putusan MK No. 53/PUU-XV/2017, 139.

<sup>31</sup> Putusan MK No. 53/PUU-XV/2017, 140.



eksekutif tertinggi adalah logika sistem parlementer. Sebab, dalam sistem presidensial mandat rakyat diberikan secara terpisah antara legislatif dengan eksekutif.<sup>32</sup> *Keempat*, memakai perolehan suara Pileg 2014 untuk mencalonkan Presiden di 2019 adalah tindakan yang melanggar moralitas karena bisa saja partai yang mendapat suara besar di Pileg 2014 berubah menjadi partai dengan perolehan suara kecil pada Pileg 2019 atau bahkan tidak lolos verifikasi KPU.<sup>33</sup> *Kelima*, dengan adanya rezim *presidential threshold*, masyarakat tidak memiliki banyak pilihan dalam Pilpres serta akan mengakibatkan ketegangan dan polarisasi di masyarakat.<sup>34</sup>

### 3) Analisis Putusan MK Nomor 5/PUU-V/2007 dan 53/PUU-XV/2017

Dalam Putusan MK Nomor 5/PUU-V/2007, MK mengabulkan permohonan para pemohon dengan dalil bahwa pembolehan calon kepala daerah untuk maju dalam Pilkada hanya di provinsi Aceh menimbulkan diskriminasi terhadap provinsi lain serta tidak memberikan kesempatan yang luas bagi masyarakat untuk berpartisipasi dalam kontestasi politik. Dua hal ini sebenarnya ada dan dilanggar dalam Putusan MK Nomor 53/PUU-XV/2017 yang membahas tentang *presidential threshold*. Dari sisi diskriminasi, sistem *presidential threshold* ini hanya memberikan kesempatan kepada partai politik tertentu untuk mencalonkan Presiden dan/atau Wakil Presiden pilihannya dengan memenuhi syarat tertentu. Hal ini sebagaimana yang tertulis dalam Pasal 222 Undang – Undang Nomor 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum yang berbunyi:

*“Pasangan Calon diusulkan oleh Partai Politik atau Gabungan Partai Politik Peserta Pemilu yang memenuhi persyaratan perolehan kursi paling sedikit 20% (dua puluh persen) dari jumlah kursi DPR atau memperoleh 25% (dua puluh lima persen) dari suara sah secara nasional pada Pemilu anggota DPR sebelumnya.”*

Artinya partai politik yang tidak mendapatkan perolehan kursi 20% atau 25% suara sah atau bahkan tidak mengikuti pemilu pada periode sebelumnya tidak dapat mencalonkan Presiden dan Wakil Presiden pada pemilu periode selanjutnya. Hal ini tentu menimbulkan ketidakadilan serta diskriminasi kepada para partai politik yang tidak bisa mengusung calonnya sendiri. Padahal UUD 1945 sendiri tidak pernah melarang partai politik untuk mengusung calonnya sendiri dalam pemilihan umum. Justru jika merujuk pada Pasal 6A Ayat (3)

<sup>32</sup> Putusan MK No. 53/PUU-XV/2017, 141.

<sup>33</sup> Putusan MK No. 53/PUU-XV/2017, 142-143.

<sup>34</sup> Putusan MK No. 53/PUU-XV/2017, 145-146.



dan (4) UUD 1945, sistem Pilpres yang diinginkan oleh konstitusi adalah dua ronde yang berarti pasangan calon Presiden dan Wakil Presiden lebih dari 2 pasang.<sup>35</sup>

Sistem *presidential threshold* ini mengandung konsekuensi hilangnya hak dan kesempatan warga negara untuk mengajukan calon Presiden dan Wakil Presiden.<sup>36</sup> Kebijakan ini tentu mempersulit dan tidak memberikan rasa keadilan kepada partai politik yang memiliki perolehan suara lebih kecil atau yang baru mengikuti Pemilu sehingga dapat dikatakan sistem ini membuat sebuah sistem demokrasi menjadi menurun.<sup>37</sup> Disisi lain, sistem *presidential threshold* ini berpotensi besar menimbulkan *candidacy buying*, oligarki politik, dan demokrasi uang yang akan berakibat pada penurunan tingkat partisipasi masyarakat.<sup>38</sup> Menurut sastropoetro, partisipasi adalah keterlibatan yang memiliki sebuah tujuan tertentu yang memerlukan kesadaran dan juga tanggung jawab dari setiap individu yang terlibat.<sup>39</sup> Dan untuk mewujudkan partisipasi masyarakat tersebut dapat melalui beberapa cara yakni melalui pikiran, tenaga, dan keahlian.<sup>40</sup> Semua cara tersebut dapat lebih terakomodir dan terpenuhi apabila partai politik peserta Pemilu memiliki hak yang sama untuk mencalonkan Presiden dan Wakil Presiden dalam Pilpres. Dalam demokrasi, warga negara diposisikan sebagai pemilik pemerintahan (*owner of government*) yang mampu bertindak secara kolektif untuk mendapatkan tujuan dan kepentingan bersama yang hendak dicapai.<sup>41</sup> Semakin besar partisipasi masyarakat atau warga negara dalam sebuah negara maka semakin demokratis pula negara tersebut. Sebab menurut Fishkin, salah satu ciri demokrasi yang ideal adalah memberikan suara dan hak kepada masyarakat untuk menyelesaikan segala macam permasalahannya<sup>42</sup> yang dapat diwujudkan salah

<sup>35</sup> Bagus Surya Prabowo, "Menggagas *Judicial Activism* dalam Putusan *Presidential Threshold* di Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Konstitusi* 19, no. 1 (Maret 2022): 92, <https://doi.org/10.31078/jk1914>.

<sup>36</sup> Lutfil Ansori, "Telaah Terhadap *Presidential Threshold* dalam Pemilu Serentak 2019", *Jurnal Yuridis* 4, no. 1 (Juni 2017): 19.

<sup>37</sup> Muhammad Mukhtarrija, I Gusti Ayu Ketut Rachmi Handayani dan Agus Riwanto, "Inefektifitas Pengaturan *Presidential Threshold* dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum", *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum* 24, no. 4 (Oktober 2017): 657.

<sup>38</sup> Bagus, "Menggagas *Judicial Activism*", 90.

<sup>39</sup> Santoso Sastropoetro, *Partisipasi, Komunikasi, Persuasi, dan Disiplin dalam Pembangunan Nasional* (Bandung: Alumni, 2000), 12.

<sup>40</sup> Santoso, *Partisipasi, Komunikasi*, 12.

<sup>41</sup> Khairul Muluk, *Menggugat Partisipasi Publik dalam Pemerintahan Daerah* (Malang: Lembaga Penerbitan dan Dokumentasi FIA – Unibraw, 2007), 33.

<sup>42</sup> James S. Fishkin, *When the People Speak* (London: Oxford University Press, 2009), 1 – 9.

satunya dengan menghilangkan sistem *presidential threshold* sehingga pilihan calon Presiden dan Wakil Presiden lebih beragam. Dengan diperbolehkannya setiap partai politik untuk mengusung calon Presidennya sendiri maka akan memperbanyak pilihan calon bagi masyarakat sehingga meningkatkan pula persentase partisipasi masyarakat dalam Pilpres yang tentu akan berdampak pada terpilihnya pemimpin yang baik serta sistem demokrasi yang semakin sehat.<sup>43</sup>

Meskipun dari dua putusan tersebut memiliki kesamaan dampak dilapangan, yakni sama – sama menimbulkan diskriminasi dan membuat partisipasi masyarakat menurun, namun MK memiliki perbedaan pertimbangan hukum yang cukup signifikan sehingga MK memilih untuk membuat sebuah norma baru pada Putusan MK Nomor 5/PUU-V/2007 namun memilih untuk tidak membuat norma baru pada Putusan MK Nomor 53/PUU-XV/2017. Hal ini tentu menjadi perdebatan banyak pihak sehingga ada yang mengatakan bahwa MK tidak konsisten dalam menerapkan doktrin *judicial activism* untuk membuat sebuah norma baru dalam putusannya. Untuk menjawab apakah MK konsisten atautah tidak maka penulis akan mencoba menjelaskannya dalam pembahasan berikutnya.

## **2. Alasan Mahkamah Konstitusi Tidak Membuat Norma Hukum Baru dalam Putusannya**

Apabila dilihat secara sederhana, dua putusan MK diatas seakan – akan memiliki standar ganda atau tidak konsisten dalam membuat putusan yang berisi norma hukum baru. Namun apabila dilihat secara lebih seksama, ternyata ada beberapa faktor yang menyebabkan MK mengabulkan dan membuat norma hukum baru pada Putusan MK Nomor 5/PUU-V/2007 namun tidak mengabulkan dan tidak membuat norma hukum baru pada Putusan MK Nomor 53/PUU-XV/2017 meskipun memiliki dampak negatif yang sama. Hal ini akan penulis paparkan sebagai berikut:

### **a. Faktor Yurisprudensi**

Faktor pertama yang membuat MK tidak membuat norma hukum baru adalah faktor yurisprudensi. Dalam hal ini, MK konsisten dengan yurisprudensi para hakim konstitusi sebelumnya yang menyatakan bahwa sistem *presidential threshold* merupakan kebijakan hukum terbuka atau *open legal policy*. Ini dapat

<sup>43</sup> Abdul Goffar, "Problematika Presidential Threshold: Putusan Mahkamah Konstitusi dan Pengalaman di Negara Lain", *Jurnal Konstitusi* 15, no. 3 (September 2018): 497 – 498, <https://doi.org/10.31078/jk1532>.

dibuktikan bahwa MK selalu mengutip pertimbangan hakim – hakim terdahulu dalam perkara *presidential threshold* termasuk dalam Putusan MK Nomor 53/PUU-XV/2017. Dalam perkara sistem *presidential threshold* ini, dapat penulis katakan bahwa Mahkamah Konstitusi seakan – akan sudah “mengunci” pengertian sistem *presidential threshold* sebagai norma *open legal policy* berdasarkan pertimbangan hukum para hakim yang terdahulu.<sup>44</sup> Karena selalu mengikuti yurisprudensi, maka tak heran jika MK selalu menolak untuk menghapus sistem *presidential threshold* dengan menggunakan alasan *open legal policy* bahkan hingga 16 (enam belas) kali permohonan.<sup>45</sup> Pandangan ini penulis kemukakan karena di dalam yurisprudensi ada yang dinamakan asas *precedent* yang berarti seorang hakim itu terikat pada hakim yang lain.<sup>46</sup> Dalam asas ini, ada beberapa faktor atau alasan mengapa seorang hakim memilih untuk mengikuti putusan atau pemikiran hakim yang terdahulu, yakni:

- 1) Sebab psikologi, artinya seorang hakim memiliki kekuasaan dan pengaruh terutama hakim – hakim di pengadilan yang tertinggi seperti Mahkamah Agung atau Mahkamah Konstitusi yang dianggap sebagai tempat bagi hakim kualitas terbaik sehingga mempengaruhi pemikiran hakim – hakim setelahnya meskipun tanpa ada paksaan.
- 2) Sebab praktis, artinya seorang hakim yang lebih rendah tingkatannya tentu akan mengikuti putusan hakim yang lebih tinggi darinya semata – mata karena faktor hirarkis.
- 3) Sebab keyakinan, artinya hakim yang sekarang menganggap bahwa pertimbangan serta putusan hakim yang terdahulu adalah baik dan benar sehingga akan terus diikuti selama hakim tersebut merasa sependapat.<sup>47</sup>

Meskipun Indonesia bukan menganut sistem hukum *common law* yang memberikan porsi besar kepada yurisprudensi sebagai sumber hukum seperti di Inggris ataupun Amerika Serikat, namun hakim MK tetap mengikuti dan

<sup>44</sup> Lihat Mahkamah Konstitusi, Putusan No. 53/PUU-XV/2017 (2017), 131 – 132.

<sup>45</sup> Sejak tahun 2008 hingga tahun 2020, penulis mencatat setidaknya sudah ada 16 putusan MK terkait *presidential threshold* yaitu: 1) Putusan MK Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008, 2) Putusan MK Nomor 56/PUU-VI/2008, 3) Putusan MK Nomor 26/PUU-VII/2009, 4) Putusan MK Nomor 4/PUU-XI/2013, 5) Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013, 6) Putusan MK Nomor 46/PUU-XI/2013, 7) Putusan MK Nomor 56/PUU-XI/2013, 8) Putusan MK Nomor 108/PUU-XI/2013, 9) Putusan MK Nomor 49/PUU-XII/2014, 10) Putusan MK Nomor 53/PUU-XV/2017, 11) Putusan MK Nomor 59/PUU-XV/2017, 12) Putusan MK Nomor 70/PUU-XV/2017, 13) Putusan MK Nomor 71/PUU-XV/2017, 14) Putusan MK Nomor 72/PUU-XV/2017, 15) Putusan MK Nomor 49/PUU-XVI/2018, 16) Putusan MK Nomor 74/PUU-XVII/2020.

<sup>46</sup> Dudu Duswara Machmudin, *Pengantar Ilmu Hukum* (Bandung: PT Refika Aditama, 2000), 97.

<sup>47</sup> Dudu, *Pengantar Ilmu*, 99.

menjadikan yurisprudensi sebagai sumber hukum yang sering dipakai meskipun hanya mengikat secara *persuasive precedent*. I Dewa Gede Palguna mengatakan bahwa pada prinsipnya, Mahkamah Konstitusi memang terikat pada putusan – putusan Mahkamah Konstitusi sebelumnya. Namun hal tersebut sebenarnya dapat dibatalkan apabila terjadi perubahan yang fundamental dimasyarakat.<sup>48</sup> Hal ini dapat terjadi dan memang lazim terjadi di Mahkamah Agung Amerika Serikat. Contohnya adalah pada kasus *Plessy v. Ferguson* (1896) bahwa pemisahan sekolah berdasarkan warna kulit adalah konstitusional sepanjang fasilitas yang diberikan itu sama. Namun perkara tersebut dibatalkan oleh putusan Mahkamah Agung Amerika Serikat pada kasus *Brown v. Board of Education* (1954) yang berpendapat bahwa pemisahan sekolah berdasarkan warna kulit adalah bertentangan dengan konstitusi meskipun fasilitasnya sama.<sup>49</sup>

Pada kasus *presidential threshold* ini, penulis menarik kesimpulan yang dilandasi oleh prasangka baik bahwa saat ini Mahkamah Konstitusi belum melihat adanya perubahan yang fundamental dalam sistem *presidential threshold* sehingga Mahkamah Konstitusi tetap mengikuti prinsip awalnya yakni tunduk pada putusan Mahkamah Konstitusi yang sebelumnya dan enggan untuk membuat putusan baru apalagi membuat sebuah norma baru yang menyalahi putusan MK terdahulu. Dari sini dapat dipahami bahwa khusus dalam persoalan tertentu seperti sistem *presidential threshold* yang telah diputus dalam Putusan MK Nomor 53/PUU-XV/2017, Mahkamah Konstitusi selalu menolak untuk menggunakan *judicial activism* meskipun kebijakan tersebut adalah kebijakan yang tidak baik dan melanggar faktor yang penulis sebutkan diatas. Berbeda dengan perkara calon kepala daerah independen dalam Putusan MK Nomor 5/PUU-V/2007. Dalam perkara *a quo*, yurisprudensi yang ada hanyalah Putusan MK Nomor 006/PUU-III/2005 yang memiliki perbedaan batu uji. Sedangkan dalam perkara *presidential threshold*, ada beberapa batu uji yang berbeda namun ada pula yang dimohonkan kembali karena diatur oleh undang – undang yang berbeda. Dan menurut pengamatan penulis karena MK belum menemukan sesuatu hal yang mendasar yang berubah di masyarakat, maka MK akan selalu mengikuti yurisprudensi hakim – hakim sebelumnya karena terikat oleh asas *precedent*.

<sup>48</sup> I Dewa Gede Palguna, *Mahkamah Konstitusi & Dinamika Politik Hukum di Indonesia* (Depok: Rajawali Press, 2020), 118.

<sup>49</sup> I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint) Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak – Hak Konstitusional Warga Negara* (Jakarta: Sinar Grafika, 2013), 388 – 398.

## b. Faktor Permohonan

Faktor yang kedua adalah faktor substansi permohonan yang diajukan. Substansi permohonan berarti poin atau masalah apa yang hendak di uji oleh Mahkamah Konstitusi, apakah aspek formilnya atau aspek materilnya.<sup>50</sup> Apabila sebuah permohonan menghendaki adanya pembuatan norma hukum baru dengan menerapkan doktrin *judicial activism* terhadap norma khususnya yang dianggap sebagai *open legal policy*, maka masalah yang hendak diuji adalah aspek materilnya, bukan formil. Dalam permohonan ini peran para pemohon dan kuasa hukum adalah sebuah yang sangat penting. Sebab, Mahkamah Konstitusi akan mengabulkan sebuah permohonan dan bahkan akan membuat norma baru dengan menggunakan doktrin *judicial activism* apabila si pemohon membuat argumen yang logis dan bagus dalam permohonannya. Maka dari itu sangat penting pemohon dalam permohonannya, khususnya pada tahap pembuktian, untuk membuktikan bahwa sebuah norma undang – undang yang dipermasalahkan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat. Hal ini dapat kita amati bersama dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005 dan 5/PUU-V/2007. Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005, para pemohon hanya mendalilkan bahwa pelarangan atau tidak diaturnya tentang pembolehan calon kepala daerah independen untuk maju dalam Pilkada adalah merupakan hal yang bertentangan dengan UUD 1945 sehingga harus dibatalkan.<sup>51</sup> Dalil ini menurut majelis hakim MK, pada saat itu, tidak cukup kuat untuk mengatakan bahwa pelarangan atas aturan tersebut bertentangan dengan konstitusi. Dan karena dalil pemohon tidak dapat membuat hakim MK yakin jika aturan tersebut bertentangan dengan UUD 1945, maka Mahkamah Konstitusi saat itu menolaknya dengan berbagai macam pertimbangan hukum. Namun ketika substansi yang sama diajukan kembali dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 5/PUU-V/2007 dengan perspektif yang berbeda, Mahkamah Konstitusi pun mengabulkannya dan bahkan membuat norma hukum baru dengan menggunakan doktrin *judicial activism*. Hal ini terjadi karena dalam putusan *a quo*, para pemohon memberikan dalil bahwa pengaturan tentang calon kepala daerah independen untuk maju dalam Pilkada yang hanya diatur dalam provinsi Aceh memberikan diskriminasi terhadap hak warga negara di provinsi lainnya.<sup>52</sup> Karena ada perbandingan antara provinsi Aceh dengan provinsi lain dan aspek diskriminasi

<sup>50</sup> Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang – Undang* (Jakarta: Konstitusi Press, 2006), 114.

<sup>51</sup> Mahkamah Konstitusi, Putusan No. 006/PUU-III/2005 (2005), 19.

<sup>52</sup> Mahkamah Konstitusi, Putusan No. 5/PUU-V/2007 (2007), 55.



itulah dapat meyakinkan para hakim Mahkamah Konstitusi sehingga MK merasa bahwa aturan tersebut memang memberikan diskriminasi dan bertentangan dengan UUD 1945 yang pada akhirnya harus dibatalkan dan dibuat aturan baru untuk pembolehan calon kepala daerah independen maju dalam Pilkada. Dapat dikatakan bahwa argumen, dalil atau pembuktian para pemohon di persidangan sangat mempengaruhi konsistensi dan juga keyakinan hakim MK dalam menerapkan doktrin *judicial activism*. Jika sebuah permohonan ditolak oleh MK, maka pemohon dan kuasa hukum sebaiknya mengevaluasi permohonan mereka secara seksama. Bila diperlukan, permohonan harus mengganti batu uji mereka dari satu pasal ke pasal lain yang ada didalam UUD 1945 serta menambahkan dalil atau bukti yang lebih relevan dan mutakhir untuk dijadikan landasan pertimbangan hukum. Sebab, apabila permohonan para pemohon memiliki alasan yang tidak jelas dan kurang logis atau mengaitkan dengan batu uji yang salah, maka hal tersebut tidak dapat meyakinkan Mahkamah Konstitusi sehingga Mahkamah Konstitusi tidak akan mengabulkan permohonan para pemohon.

### c Faktor Paradigma Berpikir Hakim Mahkamah Konstitusi

Selain dua faktor yang telah penulis sebutkan sebelumnya, ada satu lagi faktor yang mengambil peran penting bagi Mahkamah Konstitusi dalam membuat norma hukum baru dengan menerapkan doktrin *judicial activism* yakni faktor sudut pandang hakim atau doktrin yang diambil oleh hakim MK terkait peran MK sebagai *negative legislature* atau *positive legislature*. Sebagai *the guardian of constitution*, Mahkamah Konstitusi memiliki perkembangan dan pergeseran paradigma hukum terkait peran MK sebagai *negative legislature* belaka ataukah dapat pula menjadi *positive legislature* dalam keadaan tertentu. Pembahasan ini tentu tidak bisa dilepaskan dari latar belakang sistem hukum Indonesia yang menganut sistem hukum *civil law*. Dalam sistem hukum *civil law*, undang – undang hasil proses legislasi jauh lebih dikedepankan dibandingkan dengan pembuatan hukum oleh hakim. Berbeda dengan sistem hukum *common law* yang pada dasarnya memberikan porsi yang besar kepada hakim untuk membuat sebuah hukum baru dalam putusannya.<sup>53</sup> Untuk itu pada ide awal pembentukannya, Mahkamah Konstitusi tidak boleh mencampuri urusan legislatif sehingga Mahkamah Konstitusi dilarang untuk membuat putusan yang bersifat mengatur (norma baru), membatalkan undang – undang yang dinyatakan *open legal policy* (tidak diatur secara tegas oleh UUD 1945) serta tidak boleh membuat putusan

<sup>53</sup> Martitah, *Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature ke Positive Legislature?* (Jakarta: Konstitusi Press, 2013), 51.



yang *ultra petita* apalagi ditambahi dengan sifat *positive legislature*.<sup>54</sup> Mahkamah Konstitusi hanya didesain untuk menjaga peraturan perundang – undangan agar tetap konsisten, sejalan, dan tidak bertentangan dengan UUD 1945 dengan menjadi *negative legislature*. Sejalan dengan ini, Mahfud MD pernah mengatakan bahwa dalam melaksanakan tugas dan kewenangannya, Mahkamah Konstitusi memiliki beberapa aturan yang harus ditaati salah satunya adalah tidak boleh membuat putusan yang bersifat mengatur (norma hukum) dan tidak boleh memutus lebih dari apa yang dimohonkan para pemohon (*ultra petita*).<sup>55</sup>

Namun seiring berjalannya waktu, peran Mahkamah Konstitusi bergerak dari *negative legislature* kearah *positive legislature* karena tuntutan keadaan didalam praktik. Ditambah lagi dengan menguatnya prinsip “*judge made law*” dalam bidang konstitusi.<sup>56</sup> Hal ini dilandasi oleh dalil bahwa pembuatan hukum yang dilakukan oleh lembaga legislatif akan selalu memiliki celah meskipun sudah melalui proses yang cukup baik sehingga hakim diharapkan dapat mengisi celah tersebut dengan menjadi *positive legislature* yang berdasarkan atas keadilan substantif. Selain alasan tersebut, ada hal lain yang lebih fundamental untuk mengubah MK dari *negative legislature* ke *positive legislature* yakni adanya tuntutan untuk menggali serta menghadirkan nilai keadilan substantif bagi masyarakat. Menurut penulis, hal inilah yang menyebabkan Mahkamah Konstitusi berani membuat sebuah norma baru dengan menggunakan doktrin *judicial activism* dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 5/PUU-V/2007. Majelis hakim MK melihat bahwa pembolehan calon kepala daerah independen maju dalam Pilkada hanya di provinsi Aceh justru akan menimbulkan diskriminasi terhadap hak politik warga negara lain diluar provinsi Aceh. Maka demi tercapainya keadilan yang substantif, MK memperbolehkan seluruh provinsi untuk mencalonkan kepala daerah independen sama seperti yang ada di provinsi Aceh. Dan untuk mewujudkan hal ini, MK tidak bisa hanya menjadi *negative legislature* karena aturan tersebut tidak pernah ada sebelumnya. Artinya jika MK tidak menjadi *positive legislature* maka akan menimbulkan persoalan kekosongan hukum. Untuk itu MK membuat sebuah aturan baru demi terwujudnya keadilan hak politik warga negara di seluruh wilayah di Indonesia dan menghindari terjadinya kekosongan hukum.

Hal ini berbeda dengan putusan MK Nomor 53/PUU-XV/2017. Dalam putusan ini, lagi – lagi penulis berprasangka baik terhadap MK bahwa saat ini, bahwa MK

<sup>54</sup> Martitah, *Mahkamah Konstitusi*, 174.

<sup>55</sup> Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Perdebatan Isu* (Jakarta: Rajawali Press, 2009), 278.

<sup>56</sup> Martitah, *Mahkamah Konstitusi*, 176.

masih belum menemukan kerugian atau pelanggaran yang fundamental dengan penerapan sistem *presidential threshold*. Selain itu dengan kebijakan *presidential threshold* dan juga putusan *a quo*, MK menganggap tidak menimbulkan kekosongan hukum sehingga tidak perlu untuk membuat sebuah norma hukum yang sifatnya mengatur. Meskipun sebenarnya penulis tidak sependapat dengan putusan MK *a quo*, namun penulis menghormati dan meyakini bahwa MK belum mau menghapus sistem *presidential threshold* atau mengubah aturan tersebut dengan membuat sebuah norma baru yang lebih baik dari sebelumnya karena MK merasa belum perlu untuk melakukan hal itu. MK berpendapat bahwa sistem *presidential threshold* ini masih relevan untuk diterapkan di Indonesia karena untuk memperkuat sistem *presidential* serta untuk menyederhanakan partai politik secara alami di Indonesia. Selain itu, hal mendasar yang melatarbelakangi MK untuk terus menolak mengabulkan perkara *a quo* adalah karena sistem *presidential threshold* dianggap sebagai *open legal policy*. Yang cukup penting untuk digaris bawahi dalam penelitian ini adalah bahwa Mahkamah Konstitusi di Indonesia sudah berani mengambil peran sebagai *positive legislature*. Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu dari cabang kekuasaan kehakiman tidak hanya memiliki peran untuk mempertahankan undang – undang namun juga memiliki peran untuk mempertahankan serta mewujudkan konstitusi. Dengan kata lain, Mahkamah Konstitusi memiliki peran untuk menemukan hukum. Menurut Zainal Arifin Hoesein, penemuan hukum dalam lembaga yudikatif berarti:

*“upaya untuk merumuskan hukum yang digali dari nilai – nilai yang berkembang dalam masyarakat atas suatu sengketa atau perkara bahwa hukum positif belum mengaturnya, sehingga masyarakat dapat memperoleh rasa keadilan dan implikasinya keputusan hakim tersebut dapat dijadikan sebagai salah satu sumber hukum atau menjadi hukum baru”.*<sup>57</sup>

Penemuan hukum disini dapat pula diartikan sebagai sebuah proses untuk melakukan pembaharuan hukum kearah yang lebih baik. Dalam konteks pembahasan ini, penemuan hukum yang menuju pada pembaharuan hukum dengan menggunakan *judicial activism* harus bisa memperkuat posisi undang – undang dalam kehidupan bernegara. Dan Mahkamah Konstitusi memiliki peran yang besar dalam hal ini karena Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu cabang lembaga peradilan mampu untuk menerjemahkan segala macam peristiwa konkrit ketika dihadapkan kepada norma hukum yang bersinggungan dengan asas kepastian, kemanfaatan, dan juga keadilan yang diajukan dalam permohonan.<sup>58</sup>

<sup>57</sup> Zainal, *Kekuasaan Kehakiman*, 151.

<sup>58</sup> Zainal, *Kekuasaan Kehakiman*, 160.

Untuk itu, Mahkamah Konstitusi diharapkan mampu untuk menjadi salah satu lembaga yang banyak berkontribusi dalam pembaharuan hukum di Indonesia sehingga mampu menuntaskan tugasnya untuk mengabdikan kepada manusia serta kemanusiaan. Dikaitkan kembali dengan teori Roscoe Pond yakni *law as a tool of social engineering*, bahwa penting memaknai hukum bukan hanya sebagai alat untuk menangkap aspirasi dan kebutuhan masyarakat namun juga harus menjadi acuan untuk perbaikan kondisi sosial, ekonomi, budaya, dan politik dimasa yang akan datang.<sup>59</sup> Artinya, sebuah hukum bukan hanya norma statis yang mengutamakan kepastian dan ketertiban, tetapi hukum adalah sebuah norma yang mampu melakukan perubahan dengan cepat sehingga mampu merekayasa masyarakat dalam mencapai cita-cita yang hendak dicapai.<sup>60</sup>

Apabila Mahkamah Konstitusi mengambil peran sebagai *negative legislature* namun tidak menutup kemungkinan menjadi *positive legislature* dalam keadaan tertentu, maka proses penemuan dan pembaharuan hukum di Indonesia akan lebih cepat dibanding saat ini. Dengan adanya pembaharuan hukum tersebut maka dapat dipastikan bahwa posisi undang-undang yang selama ini mungkin dianggap sudah tidak relevan dapat diganti secara lebih praktis oleh Mahkamah Konstitusi tanpa adanya proses politik yang sangat rumit sebagaimana yang terjadi di parlemen. Pembaharuan hukum di sini bukan berarti dilakukan secara sewenang-wenang oleh Mahkamah Konstitusi tanpa adanya batasan atau aturan tertentu, namun masih tetap mengikuti koridor hukum yang berlaku di Indonesia. Apabila pergeseran paradigma ini terjadi secara masif di dalam lembaga peradilan khususnya Mahkamah Konstitusi, maka posisi undang-undang akan semakin menguat dalam kehidupan berbangsa dan bernegara karena hukum yang berlaku tidak hanya mengkomodifikasi asas kepastian hukum atau keadilan prosedural semata, namun juga mementingkan prinsip manfaat untuk kesejahteraan masyarakat serta keadilan substantif yang sebenar-benarnya.

### C. KESIMPULAN

*Pertama*, Mahkamah Konstitusi tidak selalu konsisten dalam menerapkan doktrin *judicial activism* untuk membuat sebuah norma baru yang bersifat mengatur dalam setiap putusannya. Hal ini dapat dibandingkan dalam Putusan MK Nomor 5/PUU-V/2007

<sup>59</sup> Roscoe Pond, *An Introduction to the Philosophy of Law – with a new introduction by Marshal L. De Rosa* (New Brunswick & London: Yale University Press, 1999), 4, dalam Zainal, *Kekuasaan Kehakiman*, 161.

<sup>60</sup> Bagir Manan, *Menegakkan Hukum Suatu Pencarian* (Jakarta: Asosiasi Advokat Indonesia, 2009), 164-165, dalam Zainal, *Kekuasaan Kehakiman*, 161.

dan 53/PUU-XV/2017. Meskipun dua putusan tersebut memiliki kesamaan yakni sama – sama telah memberikan diskriminasi dan membuat tingkat partisipasi masyarakat menurun, namun dalam putusannya MK hanya mengabulkan dan membuat norma baru dalam perkara pembolean calon kepala daerah Independen untuk maju dalam Pilkada diseluruh provinsi di Indonesia sedangkan dalam perkara sistem *presidential threshold*, MK enggan untuk mengabulkan permohonan pemohon apalagi membuat norma hukum baru.

*Kedua*, ketidakkonsistenan Mahkamah Konstitusi tersebut dapat terjadi karena beberapa faktor diantaranya, 1) faktor yurisprudensi hakim MK yang terdahulu yang berpendapat bahwa sistem *presidential threshold* termasuk *open legal policy*, 2) faktor dalil dan substansi permohonan yang tidak dapat meyakinkan mayoritas hakim MK, dan 3) faktor paradigma berpikir hakim bahwa MK merupakan *negative legislature* yang dapat bertindak sebagai *positive legislature* dalam keadaan tertentu dan jika diperlukan.

## DAFTAR PUSTAKA

### Buku

- Asshiddiqie, Jimly. *Hukum Acara Pengujian Undang – Undang*. Jakarta: Konstitusi Press, 2006.
- Fishkin, James S. *When the People Speak*. London: Oxford University Press, 2009.
- Hoesein, Zainal Arifin. *Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*. Jakarta: Imperium, 2013.
- Machmudin, Dudu Duswara. *Pengantar Ilmu Hukum*. Bandung: PT Refika Aditama, 2000.
- Manan, Bagir Manan. *Menegakkan Hukum Suatu Pencarian*. Jakarta: Asosiasi Advokat Indonesia, 2009.
- Martitah. *Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature ke Positive Legislature?*. Jakarta: Konstitusi Press, 2013.
- MD, Mahfud. *Konstitusi dan Hukum dalam Perdebatan Isu*. Jakarta: Rajawali Press, 2009.
- Muluk, Khairul. *Menggugat Partisipasi Publik dalam Pemerintahan Daerah*. Malang: Lembaga Penerbitan dan Dokumentasi FIA – Unibraw, 2007.
- Palguna, I Dewa Gede. *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint) Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak – Hak Konstitusional Warga Negara*. Jakarta: Sinar Grafika, 2013.
- Palguna, I Dewa Gede. *Mahkamah Konstitusi & Dinamika Politik Hukum di Indonesia*. Depok: Rajawali Press, 2020.

Sastropoetro, Santoso. *Partisipasi, Komunikasi, Persuasi, dan Disiplin dalam Pembangunan Nasional*. Bandung: Alumni, 2000.

Tanya, Bernard L., Yoan N. Simanjuntak, Markus Y. Hage. *Teori Hukum: Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*. Yogyakarta: Genta Publishing. 2019.

## Jurnal

Amarini, Indriati. "Implementation of Judicial Activism in Judge's Decision." *Jurnal Hukum Dan Peradilan* 8, no. 1 (2019): 21-38. <http://dx.doi.org/10.25216/jhp.8.1.2019.21-38>.

Ansori, Lutfil. "Telaah Terhadap Presidential Threshold dalam Pemilu Serentak 2019." *Jurnal Yuridis* 4, no. 1, (Juni 2017): 15-27.

Benuf, Kornelius & Azhar, Muhammad. "Metodologi Penelitian Hukum Sebagai Instrumen Mengurai Permasalahan Hukum Kontemporer." *Jurnal Gema Keadilan* 7, no. 1 (August 7, 2020): 20-33. <https://doi.org/10.14710/gk.7.1.20-33>.

Faiz, Pan Mohammad. "Dimensi Judicial Activism Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi." *Jurnal Konstitusi* 13, no. 2 (2016): 407-430. <https://doi.org/10.31078/jk1328>.

Garavito, César Rodríguez. "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America." *Texas Law Review*, 89, No. 7, (2011): 1670-1698.

Goffar, Abdul. "Problematika Presidential Threshold: Putusan Mahkamah Konstitusi dan Pengalaman di Negara Lain." *Jurnal Konstitusi* 15, no. 3 (September 2018): 481-501. <https://doi.org/10.31078/jk1532>.

Kmiec, Keenan D. "The Origin and Current Meanings of 'Judicial Activism'." *California Law Review* 92, no. 5 (Oktober 2004): 1442-1476. <https://doi.org/10.2307/3481421>.

Mukhtarrija, Muhammad, I Gusti Ayu Ketut Rachmi Handayani dan Agus Riwanto. "Inefektifitas Pengaturan Presidential Threshold dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum." *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum* 24, no. 4 (Oktober 2017): 644-662.

Prabowo, Bagus Surya. "Menggagas *Judicial Activism* dalam Putusan *Presidential Threshold* di Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Konstitusi* 19, no. 1 (Maret 2022): 74-96. <https://doi.org/10.31078/jk1914>.

Wibisana, Andri Gunawan. "Menulis di Jurnal Hukum: Gagasan, Struktur dan Gaya." *Jurnal Hukum dan Pembangunan*, 49, no. 2 (2019): 471-496. <https://doi.org/10.21143/jhp.vol49.no2.2014>.

Young, Ernest A. "Judicial Activism and Conservative Politics." *University of Colorado Law Review* 73, no. 4 (September 2002): 1139-1216.

## **Konstitusi dan Undang-Undang**

Indonesia. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (1945).

\_\_\_\_\_. Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, LN No. 165, TLN No. 3886.

\_\_\_\_\_. Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintah Daerah, LN No. 125, TLN No. 4437.

\_\_\_\_\_. Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh, LN No. 62, TLN No. 4633.

\_\_\_\_\_. Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, LN No. 157, TLN No. 5076.

\_\_\_\_\_. Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2008 tentang Partai Politik, LN No. 8, TLN No. 5189.

\_\_\_\_\_. Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum, LN No. 182, TLN No. 6109.

## **Putusan-putusan**

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 006/PUU-III/2005 (2005).

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 5/PUU-V/2007 (2007).

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 53/PUU-XV/2017 (2017).

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 74/PUU-XVII/2020 (2020).



# Penerapan Klausul Bersyarat dalam Putusan Pengujian Formil Undang-Undang

## *Application of Conditionally Clauses in a Formal Constitutional Review Decision*

**Faiz Rahman**

Departemen Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada  
Jl. Sosio Yustisia No. 1, Bulaksumur, Sleman, DI Yogyakarta  
Email: faiz.rahman@ugm.ac.id

Naskah diterima: 04-04-2022 revisi: 29-05-2022 disetujui: 31-05-2022

### **Abstrak**

Putusan Mahkamah Konstitusi No. 91/PUU-XVIII/2020 merupakan putusan pertama yang mengabulkan pengujian formil sekaligus menjadi putusan pengujian formil pertama yang menggunakan model inkonstitusional bersyarat. Sedikit berbeda dengan pengujian materiil, dalam pengujian formil yang dinyatakan inkonstitusional adalah pembentukan undang-undangnya, bukan substansi undang-undang. Hal tersebut berdampak pada adanya perbedaan model klausul bersyarat yang digunakan dalam pengujian formil. Penelitian ini bermaksud menggali lebih dalam mengenai penerapan dan implikasi penggunaan klausul bersyarat dalam pengujian formil. Penelitian ini menunjukkan bahwa terdapat tiga poin amar yang kemungkinan besar akan selalu menyertai klausul inkonstitusional bersyarat, yakni: perintah untuk memperbaiki proses pembentukan undang-undang dalam jangka waktu tertentu; pernyataan mengenai jangka waktu sementara berlakunya undang-undang; dan pernyataan bahwa undang-undang akan menjadi inkonstitusional permanen apabila tidak dilakukan perubahan. Kendati demikian, dengan memperhatikan desain pengujian formil dalam UU MK dan implikasi putusan inkonstitusional bersyarat dalam pengujian formil, perlu direfleksikan kembali apakah model putusan bersyarat ini tepat digunakan dalam konteks pengujian formil.

**Kata Kunci:** Inkonstitusional Bersyarat; Klausul Bersyarat; Mahkamah Konstitusi; Pengujian formil undang-undang.

### **Abstract**

*Constitutional Court Decision No. 91/PUU-XVIII/2020 became the first formal review decision granting the submission and using a conditionally unconstitutional model. Slightly different from material review, in a formal review, what is declared unconstitutional is the procedure. Consequently, it affects the differences in applying conditionally clauses in a formal review. This research explores the conditionally clauses model used in formal review and its implication. Furthermore, this research illustrates those three clauses are likely always accompanied the conditionally unconstitutional ruling, namely: order to lawmakers to revise the law-making process in a specific period; statement regarding the transitional period of the enforcement of the Law; and statement that the Law will become permanently unconstitutional if no changes are made. Nevertheless, considering the design of formal review in the Constitutional Court Law and implications of conditionally decision in formal review, the appropriateness of conditionally decision model for formal constitutional review need to be reconsidered.*

**Keywords:** *Conditionally Clause; Conditionally unconstitutional; Constitutional Court; Formal Constitutional Review.*

## **A. PENDAHULUAN**

### **1. Latar Belakang**

Sejak terbentuknya Mahkamah Konstitusi (MK), telah banyak perkembangan yang terjadi dalam pelaksanaan kewenangan MK, terutama dalam kewenangan pengujian undang-undang, yang hingga saat ini menjadi kewenangan MK yang paling banyak perkaranya.<sup>1</sup> Salah satu perkembangan yang terjadi dalam pelaksanaan kewenangan pengujian undang-undang adalah model putusan *conditionally constitutional* (konstitusional bersyarat) dan *conditionally unconstitutional* (inkonstitusional bersyarat). Putusan model ini tidak hanya sekedar menyatakan norma yang diujikan konstitusional atau tidak konstitusional, tetapi juga memberikan syarat atau tafsir atas konstitusionalitas atau inkonstitusionalitas norma yang diuji, sehingga konstitusionalitas atau inkonstitusionalitas normanya akan sangat bergantung pada pemenuhan atas syarat atau tafsir yang diberikan oleh MK.<sup>2</sup>

Penggunaan model putusan bersyarat ini kemudian menimbulkan diskursus mengenai kedudukan MK yang mengalami pergeseran, dari *negative legislator* (pembatal norma) ke arah *positive legislator* (pembentuk norma). Hal ini ditunjukkan melalui pemberian rumusan 'norma baru' untuk menggantikan norma yang dinyatakan

<sup>1</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, "Rekapitulasi Perkara Pengujian Undang-Undang," Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2022, <https://www.mkri.id/index.php?page=web.RekapPUU>, diakses pada 3 April 2022.

<sup>2</sup> Faiz Rahman and Dian Agung Wicaksono, "Eksistensi Dan Karakteristik Putusan Bersyarat Mahkamah Konstitusi," *Jurnal Konstitusi* 13, no. 2 (2016): 376-77.

konstitusional atau bertentangan secara bersyarat. Lebih lanjut, penggunaan putusan bersyarat juga kerap dikaitkan dengan konsep *judicial activism*. Secara umum, *judicial activism* dimaknai sebagai kondisi di mana pengadilan tidak membatasi diri pada ajudikasi terhadap konflik hukum, tetapi juga kebijakan yang berpengaruh pada masyarakat luas.<sup>3</sup> Secara lebih spesifik, penggunaan model putusan bersyarat ini erat dengan salah satu pengertian utama dari *judicial activism*, yakni *judicial law-making* atau *judicial 'legislation'*, yang secara sederhana berarti hakim membentuk hukum positif.<sup>4</sup>

Dalam konteks MK di Indonesia, pembentukan hukum positif ini dapat dilihat melalui rumusan 'norma baru' yang dibuat oleh MK dalam putusan bersyarat, sehingga norma yang diuji dapat dilaksanakan secara konstitusional. Meskipun terdapat adanya perdebatan mengenai kedudukan MK yang mulai bergeser menjadi *positive legislator*, MK telah secara nyata menunjukkan posisinya untuk turut serta merumuskan ketentuan dalam undang-undang yang diuji, dengan alasan untuk mencegah kekosongan hukum atau persoalan konstitusional lain yang ditimbulkan dari dibatalkannya suatu undang-undang atau ketentuan di dalam undang-undang.<sup>5</sup>

Salah satu perkembangan yang cukup menarik adalah penggunaan model putusan bersyarat dalam konteks pengujian formil. Dalam perspektif konseptual, pengujian formil sendiri merupakan suatu bentuk pengujian atas konstitusionalitas prosedur pembentukan suatu undang-undang.<sup>6</sup> Pengujian formil berangkat dari pemikiran bahwa dalam pembentukan suatu undang-undang, terdapat syarat prosedural tertentu yang harus dipenuhi untuk menjadikan suatu rancangan undang-undang menjadi undang-undang, dan peran pengadilan di sini adalah menilai apakah syarat tersebut dilanggar atau tidak oleh pembentuk undang-undang.<sup>7</sup> Kendati demikian, hingga saat ini masih terdapat perdebatan mengenai konsep pengujian formil. Salah satu perdebatan yang berkembang berkaitan dengan penafsiran atas norma/prinsip dasar yang terkait dengan prosedur pembentukan undang-undang, menentukan apakah norma/prinsip tersebut dilanggar, dan apakah pelanggaran tersebut merupakan cacat dalam proses

<sup>3</sup> Kenneth M. Holland, "Introduction," in *Judicial Activism in Comparative Perspective*, ed. Kenneth M. Holland (St. Martin's Press, 1991), 1.

<sup>4</sup> Keenan D. Kmiec, "The Origin and Current Meanings of 'Judicial Activism,'" *California Law Review* 92, no. 5 (2004): 1444; Ezra R. Thayer, "Judicial Legislation: Its Legitimate Function in the Development of Common Law," *Harvard Law Review* 5 (1891): 172.

<sup>5</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 29/PUU-V/2007 perihal (2008), 230-231; Putusan Nomor 39/PUU-XI/2013 (2013), 48.

<sup>6</sup> Sri Soemantri, *Hak Menguji Material Di Indonesia* (Alumni, 1982), 28; Suzie Navot, "Judicial Review of the Legislative Process," *Israel Law Review* 39, no. 2 (2006): 182.

<sup>7</sup> Ittai Bar-Siman-Tov, "The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process," *Boston University Law Review*, vol. 91 (2011): 1921-23.

legislasi yang seharusnya membuat suatu undang-undang menjadi tidak sah.<sup>8</sup> Tentunya, pengadilan di berbagai negara memiliki pendekatan yang bisa jadi berbeda satu sama lain untuk menjawab hal-hal di atas, termasuk di Indonesia.

Dalam Undang-Undang Mahkamah Konstitusi (UU MK), dinyatakan bahwa pengujian formil merupakan pengujian terhadap proses pembentukan undang-undang yang dianggap tidak memenuhi ketentuan berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI Tahun 1945).<sup>9</sup> Meskipun demikian, ketentuan yang berkaitan dengan pengujian formil cukup terbatas. Maka dari itu, penafsiran Hakim Konstitusi dapat menentukan seberapa luas atau sempitnya cakupan pengujian formil. Dalam perkembangannya, pengujian formil di MK tidak hanya terbatas pada proses pembentukan undang-undang, tetapi juga hal-hal lain di luar materi muatan undang-undang, seperti asas pembentukan peraturan perundang-undangan seperti kejelasan tujuan, kelembagaan yang tepat, kesesuaian antar jenis dan materi muatan, dan lain sebagainya.<sup>10</sup>

Permohonan pengujian formil pertama kali diajukan dalam Perkara No. 001-021-022/PUU-I/2003 perihal pengujian Undang-Undang No. 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan. Sebagaimana diketahui pula, Putusan MK No. 001-021-022/PUU-I/2003 merupakan putusan MK pertama yang membatalkan keseluruhan undang-undang. Namun demikian, dalam amar putusannya MK menyatakan menolak permohonan pengujian formil yang diajukan pemohon.<sup>11</sup> Pasca putusan tersebut, berbagai permohonan pengujian formil yang diajukan ke MK tidak pernah ada satu pun yang dikabulkan. Baru pada tahun 2021 melalui Putusan MK No. 91/PUU-XVIII/2020 perihal pengujian Undang-Undang No. 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja (Putusan Uji Formil UU CK), untuk pertama kalinya MK mengabulkan permohonan pengujian formil undang-undang.

Tidak hanya menjadi putusan pertama yang mengabulkan permohonan uji formil, putusan *a quo* juga menjadi putusan bersyarat pertama yang digunakan untuk pengujian formil. Hal tersebut dinyatakan dalam amar putusannya, di mana MK menyatakan

<sup>8</sup> Ittai Bar-Siman-Tov, "The Role of Courts in Improving the Legislative Process," *Theory and Practice of Legislation* 3, no. 3 (2015): 302.

<sup>9</sup> Lihat Pasal 51 ayat (3) huruf a "Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi. Lebih lanjut, dalam perkembangannya MK telah beberapa kali menguji konstitusionalitas Perppu. Hal ini kemudian 'diformalkan' oleh MK dalam Peraturan Mahkamah Konstitusi No. 2 Tahun 2021 tentang Tata Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang, dengan menyebutkan bahwa obyek pengujian dalam perkara pengujian undang-undang juga termasuk Perppu.

<sup>10</sup> Tim Penyusun Hukum Acara Mahkamah Konstitusi, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, (Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010), 94.

<sup>11</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003 (2004), 350.

bahwa pembentukan UU CK adalah inkonstitusional bersyarat.<sup>12</sup> Selengkapnya MK menyatakan sebagai berikut:

1. Menyatakan permohonan Pemohon I dan Pemohon II tidak dapat diterima;
2. Mengabulkan permohonan Pemohon III, Pemohon IV, Pemohon V, dan Pemohon VI untuk sebagian;
3. Menyatakan pembentukan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2020 Nomor 245, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6573) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat secara bersyarat sepanjang tidak dimaknai “tidak dilakukan perbaikan dalam waktu 2 (dua) tahun sejak putusan ini diucapkan”;
4. Menyatakan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2020 Nomor 245, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6573) masih tetap berlaku sampai dengan dilakukan perbaikan pembentukan sesuai dengan tenggang waktu sebagaimana yang telah ditentukan dalam putusan ini;
5. Memerintahkan kepada pembentuk undang-undang untuk melakukan perbaikan dalam jangka waktu paling lama 2 (dua) tahun sejak putusan ini diucapkan dan apabila dalam tenggang waktu tersebut tidak dilakukan perbaikan maka Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2020 Nomor 245, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6573) menjadi inkonstitusional secara permanen;
6. Menyatakan apabila dalam tenggang waktu 2 (dua) tahun pembentuk undang-undang tidak dapat menyelesaikan perbaikan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2020 Nomor 245, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6573) maka undang-undang atau pasal-pasal atau materi muatan undang-undang yang telah dicabut atau diubah oleh Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2020 Nomor 245, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6573) dinyatakan berlaku kembali;
7. Menyatakan untuk menanggukkan segala tindakan/kebijakan yang bersifat strategis dan berdampak luas, serta tidak dibenarkan pula menerbitkan peraturan pelaksana baru yang berkaitan dengan Undang-Undang Nomor 11

<sup>12</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 91/PUU-XVIII/2020 (2021), 416-417.

Tahun 2020 tentang Cipta Kerja (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2020 Nomor 245, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6573);

8. Memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya;
9. Menolak permohonan para Pemohon untuk selain dan selebihnya.

Sebagaimana dapat dicermati pada amar putusan di atas, MK secara eksplisit menyatakan bahwa pembentukan UU CK adalah bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945 secara bersyarat sepanjang tidak dimaknai “tidak dilakukan perbaikan dalam waktu 2 (dua) tahun sejak putusan ini diucapkan.”<sup>13</sup> Frasa tersebut dapat dimaknai bahwa pembentukan UU CK pada dasarnya adalah inkonstitusional, apabila syarat yang diberikan MK tidak dipenuhi, yakni dilakukan perbaikan. Lebih lanjut, apabila hanya mendasarkan pada poin 3 amar putusan *a quo*, maka pembentukan Undang-Undang Cipta Kerja pada dasarnya saat ini adalah inkonstitusional karena belum dilakukan perbaikan.

Namun demikian, terhadap amar putusan MK di atas tentu tidak bisa dibaca secara parsial, namun harus secara menyeluruh dengan amar putusan yang lain, karena pada prinsipnya berbagai poin di atas merupakan satu kesatuan amar putusan. Sehingga, meskipun pada poin 3 amar putusan tersebut MK menyatakan inkonstitusional bersyarat, MK rupanya juga memberikan kondisi lain terhadap inkonstitusionalitas bersyarat dari pembentukan UU CK. Sebagaimana dapat dilihat pada poin 4 dan poin 5 amar putusan MK di atas, MK menyatakan bahwa UU CK masih tetap berlaku sampai dengan batas waktu perbaikan yang diberikan, yakni 2 (dua) tahun sejak putusan dibacakan, dan akan inkonstitusional secara permanen apabila syarat melakukan perbaikan tersebut tidak dilaksanakan oleh pembentuk undang-undang.

Meskipun cukup banyak hal yang dapat dibahas dari putusan *a quo*, penelitian ini hanya akan berfokus pada pembahasan mengenai penggunaan putusan inkonstitusional bersyarat. Hingga saat ini, sependek penelusuran Penulis, belum terdapat penelitian yang secara spesifik membahas mengenai model putusan bersyarat dalam pengujian formil. Fokus tersebut juga menjadikan penelitian ini berbeda dengan penelitian mengenai Putusan Uji Formil UU CK yang telah ada sebelumnya. Sebagai contoh, Dodi Haryono dengan judul penelitian “Metode Tafsir Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian Konstitusional Undang-Undang Cipta Kerja” berfokus pada pembahasan

<sup>13</sup> Putusan MK Nomor 91/PUU-XVIII/2020, 416.



mengenai kompleksitas tafsir MK dalam menyelesaikan perkara *a quo*, meskipun juga terdapat pembahasan mengenai tafsir inkonstitusional bersyarat yang digunakan oleh MK.<sup>14</sup> Selebihnya, penelitian lain mengenai Putusan Uji Formil UU CK lebih banyak membahas isu-isu yang bersifat sektoral sesuai dengan ‘klaster’ yang ada dalam UU CK.

Pembahasan mengenai penggunaan model putusan bersyarat dalam pengujian formil ini menjadi hal yang cukup penting dalam diskursus pengujian undang-undang di MK. Hal ini mengingat dalam konteks pengujian materiil, baik putusan konstitusional bersyarat maupun inkonstitusional bersyarat, secara substansial memiliki implikasi yang tidak berbeda, karena apabila syarat atau tafsir yang diberikan MK dipenuhi, maka pelaksanaan norma yang diuji menjadi konstitusional.<sup>15</sup> Selain itu, sebagaimana dicontohkan di atas, dalam konteks pengujian materiil, salah satu alasan dijatuhkannya putusan bersyarat adalah untuk menghindari kekosongan hukum atau permasalahan konstitusional lain akibat dibatalkannya undang-undang yang diuji. Dalam konteks ini, maka ‘norma baru’ yang dibuat MK dalam putusannya bisa ‘langsung’ diterapkan sesuai dengan syarat atau tafsir yang ditetapkan MK.

Hal tersebut akan menjadi berbeda dalam konteks pengujian formil, di mana yang diuji bukanlah substansi undang-undangnya, melainkan proses pembentukannya. Implikasinya, klausul bersyarat dalam pengujian formil bisa jadi tidak langsung dapat dilaksanakan layaknya klausul bersyarat dalam konteks pengujian materiil. Apalagi, dalam konteks putusan inkonstitusional bersyarat yang didasarkan pada amar putusan mengabulkan, maka pada dasarnya undang-undang yang diuji adalah inkonstitusional, sampai syarat atau tafsir yang ditentukan dilaksanakan. Hal ini berdampak pada adanya perbedaan model klausul bersyarat dan implikasi penggunaan klausul bersyarat terhadap pembentukan undang-undang yang diuji.

## 2. Perumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang di atas, terdapat tiga permasalahan yang dibahas oleh Penulis, yakni: (1) apa saja aspek umum dari karakteristik putusan bersyarat?; (2) bagaimana penerapan model klausul bersyarat dalam putusan pengujian formil?; dan (3) bagaimana implikasi penggunaan klausul bersyarat terhadap undang-undang yang diuji?

<sup>14</sup> Dodi Haryono, “Metode Tafsir Putusan Mahkamah Konstitusi Dalam Pengujian Konstitusional Undang-Undang Cipta Kerja,” *Jurnal Konstitusi* 18, no. 4 (2022): 774.

<sup>15</sup> Rahman and Wicaksono, “Eksistensi Dan Karakteristik Putusan Bersyarat Mahkamah Konstitusi,” 376-377.

### 3. Metode Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif yang menekankan pada penggunaan dan analisis terhadap data sekunder.<sup>16</sup> Adapun data sekunder yang digunakan terdiri atas bahan hukum primer berupa peraturan perundang-undangan yang terkait dengan pengujian peraturan perundang-undangan dan putusan MK, serta bahan hukum sekunder seperti buku, artikel jurnal, dan hasil penelitian yang berkaitan dengan pengujian peraturan perundang-undangan dan MK. Lebih lanjut, Penulis menggunakan pendekatan undang-undang dan pendekatan kasus dalam menganalisis berbagai bahan hukum primer yang digunakan dalam penelitian ini.

## B. PEMBAHASAN

### 1. Aspek Umum Karakteristik Putusan Bersyarat

Sebelum membahas lebih lanjut kedua permasalahan yang diangkat dalam penelitian ini, Penulis terlebih dahulu perlu memaparkan aspek umum yang perlu diperhatikan berkaitan dengan karakteristik putusan bersyarat sebagai landasan untuk lebih lanjut memahami persamaan dan perbedaan putusan bersyarat dalam pengujian formil dan materiil. Secara garis besar, karakteristik putusan bersyarat dapat dilihat setidaknya dari 4 (empat) aspek, yakni (1) dasar penjatuhan; (2) letak klausul bersyarat; (3) tujuan klausul bersyarat; dan (4) pelaksanaan klausul bersyarat. Dari dasar penjatuhannya, putusan konstitusional bersyarat didasarkan pada amar putusan menolak (norma yang diujikan konstitusional), sedangkan putusan inkonstitusional bersyarat didasarkan pada amar putusan mengabulkan (norma yang diujikan inkonstitusional). Namun demikian, baik amar putusan mengabulkan maupun menolak, akan sangat bergantung pula pada petitum permohonannya, karena dalam perkembangannya, cukup banyak pemohon yang memohonkan bahwa norma yang diujikan adalah konstitusional atau inkonstitusional bersyarat.<sup>17</sup>

Kemudian, dari letak klausul bersyarat, untuk putusan konstitusional bersyarat, letak klausulnya bisa hanya di pertimbangan hukum saja, atau di pertimbangan hukum dan amar putusan. Hal ini mengingat MK dalam beberapa putusan konstitusional bersyarat hanya mencantumkan klausul bersyarat di pertimbangan hukumnya.<sup>18</sup> Berbeda dengan putusan inkonstitusional bersyarat, di setiap amar putusannya memuat klausul bersyarat. Adanya perbedaan ini terkait dengan pengalaman MK

<sup>16</sup> P. Ishwara Bhat, *Idea and Methods of Legal Research*, (Oxford: Oxford University Press, 2019), 164.

<sup>17</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 69/PUU-X/2012 (2012), 144.

<sup>18</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan 008/PUU-III/2005 (2005), 495; Putusan Nomor 019-020/PUU-III/2005 (2006), 97-100.

dalam menggunakan putusan konstitusional bersyarat yang hanya mencantumkan klausul bersyarat dalam pertimbangan hukum. *Addresaat* putusan MK sering kali mengabaikan bagian pertimbangan hukum yang merupakan dasar penentuan amar putusan (*ratio decidendi*), sehingga menganggap tidak ada yang perlu ditindaklanjuti.<sup>19</sup>

Berkenaan dengan tujuan penggunaan klausul bersyarat, pada prinsipnya baik putusan konstitusional maupun inkonstitusional bersyarat memiliki kesamaan tujuan, yakni untuk memastikan bahwa pelaksanaan dari norma yang diuji sejalan dengan UUD NRI Tahun 1945. Maka dari itu, MK memberikan penafsiran terhadap norma yang diuji, sehingga apabila tafsir tersebut ditaati, maka pelaksanaannya akan tetap konstitusional. Sebaliknya, apabila tidak ditaati, maka norma tersebut menjadi inkonstitusional.<sup>20</sup> Dengan demikian, secara *a contrario*, apabila syarat yang diberikan oleh MK dipenuhi, maka pasal yang diujikan adalah konstitusional. Kemudian, selain memastikan pelaksanaan norma sesuai dengan UUD NRI Tahun 1945, terdapat beberapa tujuan lain yang secara spesifik disampaikan oleh MK, misalnya mendorong dilakukannya pengujian kembali apabila dalam pelaksanaannya tidak sesuai dengan tafsir atau syarat yang ditentukan oleh MK,<sup>21</sup> atau mendorong dilakukannya *legislative review* oleh pembentuk undang-undang.<sup>22</sup>

Terakhir, berkenaan dengan pelaksanaan putusan bersyarat, maka konstitusionalitas maupun inkonstitusionalitas pelaksanaan norma yang diputus bersyarat akan sangat bergantung pada bagaimana *addresaat* putusan melaksanakannya. Hal ini juga berkaitan dengan dasar penjatuhan putusan. Dengan demikian, apabila *addresaat* putusan dalam melaksanakan norma yang telah diputus bersyarat sesuai dengan tafsir atau syarat yang ditentukan MK dalam putusannya, maka norma tersebut adalah konstitusional. Sebaliknya, apabila syarat tersebut dalam pelaksanaannya tidak dipenuhi oleh *addresaat* putusan, maka norma yang diuji menjadi inkonstitusional.

## 2. Model Klausul Bersyarat dalam Pengujian Formil

Sebagaimana dipaparkan di atas, Putusan Uji Formil UU CK merupakan putusan pertama yang mengabulkan permohonan pengujian formil sejak MK dibentuk. Terlebih, MK dalam putusan ini menggunakan model putusan inkonstitusional bersyarat. Dengan

<sup>19</sup> Syukri Asy'ari, Meyrinda Rahmawaty Hilipito, and Mohammad Mahrus Ali, "Model Dan Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi Dalam Pengujian Undang-Undang (Studi Putusan Tahun 2003 - 2012)," *Jurnal Konstitusi* 10, no. 4 (2013): 687.

<sup>20</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 54/PUU-VI/2008 (2009), 60.

<sup>21</sup> Putusan MK Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan 008/PUU-III/2005, 495; Putusan MK Nomor 21-22/PUU-V/2007, 242.

<sup>22</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 14-17/PUU-V/2007 (2007), 132; Putusan Nomor 80/PUU-XV/2017 (2018), 114-115.

kata lain, pembentukan UU CK pada dasarnya adalah inkonstitusional apabila syarat yang diberikan MK tidak dipenuhi, dalam hal ini adalah tidak dilakukan perbaikan dalam waktu dua tahun sejak putusan *a quo* diucapkan. Selain itu, MK juga menyatakan bahwa UU CK masih tetap berlaku sampai jangka waktu yang ditentukan dan akan inkonstitusional secara permanen apabila tidak dilakukan perubahan sampai batas waktu yang ditentukan.

Apabila diperhatikan, model amar putusan yang digunakan dalam putusan *a quo* serupa dengan yang digunakan MK dalam Putusan tentang Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (UU Perkawinan), dan Putusan tentang Undang-Undang No. 28 Tahun 2009 tentang Pajak Daerah dan Retribusi Daerah (UU PDRD). Dalam kedua putusan tersebut, MK memberikan batas waktu bagi pembentuk undang-undang untuk memperbaiki atau mengubah norma yang diuji sesuai dengan putusan MK atas pengujian kedua undang-undang tersebut.<sup>23</sup>

Sebelum kedua putusan di atas, model putusan yang memberikan ‘jangka waktu untuk melakukan perbaikan’ juga pernah digunakan dalam Putusan MK No. 012-016-019/PUU-IV/2006 perihal pengujian Undang-Undang tentang Komisi Pemberantasan Korupsi (UU KPK). Dalam putusan *a quo*, MK menyatakan bahwa pasal yang diuji bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945, namun tetap memiliki kekuatan hukum mengikat sampai dilakukan perubahan paling lambat 3 (tiga) tahun sejak putusan tersebut diucapkan.<sup>24</sup>

Ketiga putusan di atas dapat pula dikatakan sebagai ‘embrio’ lahirnya model putusan inkonstitusional bersyarat dalam konteks pengujian formil sebagaimana diterapkan MK dalam Putusan Uji Formil UU CK. Hal ini dapat dilihat dari formulasi amar putusannya, di mana ketiga putusan sebelumnya mencantumkan secara eksplisit batas waktu perubahan atas undang-undang yang diuji, dengan rumusan sebagai berikut:<sup>25</sup>

**a. Amar Putusan Pengujian UU Komisi Pemberantasan Korupsi/KPK  
(Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006)**

Menyatakan Pasal 53 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2002 Nomor 137, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4250) **tetap mempunyai kekuatan hukum mengikat**

<sup>23</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 22/PUU-XV/2017 (2018); Putusan Nomor 80/PUU-XV/2017 (2018).

<sup>24</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006 (2006), 290.

<sup>25</sup> Putusan MK Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006, Putusan MK Nomor 22/PUU-XV/2017 dan Putusan MK Nomor 80/PUU-XV/2017. **(penebalan oleh Penulis)**

**sampai diadakan perubahan paling lambat 3 (tiga) tahun terhitung sejak putusan ini diucapkan;**

**b. Amar Putusan Pengujian UU Perkawinan (Nomor 22/PUU-XV/2017)**

1. Menyatakan ketentuan Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) **masih tetap berlaku sampai dengan dilakukan perubahan sesuai dengan tenggang waktu sebagaimana telah ditentukan dalam putusan ini;**
2. **Memerintahkan kepada pembentuk undang-undang untuk dalam jangka waktu paling lama 3 (tiga) tahun melakukan perubahan terhadap Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019), khususnya berkenaan dengan batas minimal usia perkawinan bagi perempuan;**

**c. Amar Putusan Pengujian UU Pajak Daerah dan Retribusi Daerah/UU PDRD (Nomor 80/PUU-XV/2017)**

1. Menyatakan ketentuan Pasal 1 angka 28, Pasal 52 ayat (1) dan ayat (2), serta Pasal 55 ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2009 tentang Pajak Daerah Dan Retribusi Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 130, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5049) **masih tetap berlaku sampai dengan dilakukan perubahan sesuai dengan tenggang waktu sebagaimana yang telah ditentukan dalam putusan ini;**
2. **Memerintahkan kepada pembentuk undang-undang untuk dalam jangka waktu paling lama 3 (tiga) tahun melakukan perubahan terhadap Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2009 tentang Pajak Daerah Dan Retribusi Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 130, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5049) khususnya berkenaan dengan pengenaan pajak terhadap penggunaan listrik baik yang dihasilkan sendiri maupun yang dihasilkan dari sumber lain selain yang dihasilkan oleh pemerintah (PT PLN) sejak putusan ini diucapkan;**

Poin amar serupa juga dapat ditemui dalam poin 4 dan poin 5 amar Putusan Uji Formil UU CK sebagai berikut:<sup>26</sup>

1. Menyatakan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2020 Nomor 245, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6573) **masih tetap berlaku sampai dengan dilakukan perbaikan pembentukan sesuai dengan**

<sup>26</sup> Putusan MK Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006, Putusan MK Nomor 22/PUU-XV/2017 dan Putusan MK Nomor 80/PUU-XV/2017. **(penebalan oleh Penulis)**

**tenggang waktu sebagaimana yang telah ditentukan dalam putusan ini;**

- 2. Memerintahkan kepada pembentuk undang-undang untuk melakukan perbaikan dalam jangka waktu paling lama 2 (dua) tahun sejak putusan ini diucapkan dan apabila dalam tenggang waktu tersebut tidak dilakukan perbaikan maka Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2020 Nomor 245, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6573) menjadi inkonstitusional secara permanen;**

Hal yang membedakan dengan ketiga putusan sebelumnya adalah tambahan frasa berkenaan dengan akibat hukum tidak dilakukannya perbaikan sebagaimana tertulis dalam poin 5 amar putusan *a quo*, yakni UU CK akan menjadi inkonstitusional secara permanen. Apabila memperhatikan berbagai putusan MK sebelumnya, rasio dimasukkannya frasa UU CK ‘menjadi inkonstitusional secara permanen’—apabila dikaitkan dengan model putusan yang serupa sebelumnya, pada prinsipnya juga berkaitan dengan ketaatan dari pembentuk undang-undang terhadap amar putusan serupa, khususnya dalam Putusan MK mengenai Pengujian UU KPK dan UU PDRD di atas.

Dalam konteks pengujian UU KPK, meskipun dalam amar putusannya sudah dinyatakan secara eksplisit bahwa pasal yang diujikan tetap mempunyai kekuatan hukum mengikat sampai diadakan perubahan paling lambat 3 (tiga) tahun terhitung sejak putusan *a quo* diucapkan, pada akhirnya putusan tersebut tidak dilaksanakan oleh pembentuk undang-undang. Bahkan pasal yang diujikan—yakni Pasal 53, juga tidak diubah dalam Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2019 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi.

Ketidaktaatan tersebut juga diperlihatkan oleh pembentuk undang-undang dalam Putusan MK mengenai pengujian UU PDRD. Kendati dalam amar putusannya telah dinyatakan bahwa jangka waktu melakukan perubahan paling lama adalah 3 (tiga) tahun sejak putusan diucapkan, pada praktiknya pasal yang diputus bersyarat tidak diubah sampai batas waktu yang ditentukan. Meskipun, pada akhirnya UU PDRD dicabut secara menyeluruh dengan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2022 tentang Hubungan Keuangan antara Pemerintah Pusat dan Pemerintah Daerah.

Hal ini cukup berbeda dalam Putusan MK mengenai UU Perkawinan, di mana pembentuk undang-undang melaksanakan perubahan sesuai dengan batas waktu yang ditentukan. Usia minimal perkawinan sebagaimana diputus bersyarat oleh MK telah diubah pada tahun 2019 melalui Undang-Undang No. 16 Tahun 2019 tentang Perubahan atas UU Perkawinan.



Lebih lanjut, klausul lain yang cukup menarik perhatian dari amar Putusan Uji Formil UU CK adalah mengenai pemberlakuan kembali undang-undang atau pasal-pasal atau materi muatan undang-undang yang telah dicabut dengan UU CK apabila dalam jangka waktu yang ditentukan, pembentuk undang-undang tidak melakukan perubahan terhadap pembentukan UU CK. Klausul serupa sejatinya pernah digunakan oleh MK setidaknya dalam 2 (dua) putusan, yakni putusan pengujian UU Ketenagalistrikan dan putusan pengujian UU SDA.<sup>27</sup> Kedua putusan tersebut sama-sama membatalkan undang-undang secara keseluruhan. Meskipun terdapat perdebatan dalam penggunaan amar putusan yang memberlakukan kembali undang-undang yang sudah dibatalkan tersebut, hal tersebut menurut MK dilakukan untuk mencegah terjadinya kekosongan hukum apabila undang-undang dibatalkan secara menyeluruh.<sup>28</sup> Pandangan ini juga disampaikan dalam pertimbangan hukum putusan pengujian UU Ketenagalistrikan dan UU SDA di atas.<sup>29</sup>

Kendati demikian, penggunaan amar putusan tersebut juga memiliki kelemahan. Dalam konteks pengujian UU Ketenagalistrikan dan UU SDA, keduanya memiliki undang-undang sebelumnya yang mengatur mengenai substansi yang sama. Namun, apabila di kemudian hari terdapat pengujian materiil maupun formil yang membatalkan suatu undang-undang secara keseluruhan, namun undang-undang tersebut merupakan undang-undang yang baru, maka potensi terjadinya kekosongan hukum pasca dijatuhkannya putusan MK cukup tinggi.

Selain hal-hal di atas, dalam Putusan Uji Formil UU CK juga terdapat poin amar putusan yang dimaksudkan untuk menanggukkan segala tindakan/kebijakan yang bersifat strategis dan berdampak luas, serta tidak dibenarkan pula menerbitkan peraturan pelaksana baru yang berkaitan dengan UU CK. Poin amar ini mengisyaratkan maksud untuk memitigasi dampak yang ditimbulkan dari putusan inkonstitusional bersyarat. Hal ini dikarenakan selama 2 (dua) tahun sejak putusan MK diucapkan, UU CK pada dasarnya masih berlaku. Meskipun, keberlakuan UU CK ini juga mendapatkan perhatian dari publik berkenaan dengan daya laku dan daya ikatnya.<sup>30</sup> Namun cukup disayangkan mengingat dalam pertimbangannya juga tidak terdapat kejelasan mengenai apa yang dimaksud dengan “bersifat strategis” dan “berdampak luas”, beserta cakupannya. Sehingga, hal tersebut berpotensi menimbulkan kebingungan

<sup>27</sup> Putusan MK Nomor 001-021-022/PUU-I/2003 dan Putusan MK Nomor 85/PUU-XI/2013.

<sup>28</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 91/PUU-XVIII/2020 (2021), 414.

<sup>29</sup> Putusan MK Nomor 001-021-022/PUU-I/2003, 350; Putusan MK Nomor 85/PUU-XI/2013, 145.

<sup>30</sup> Maria S. W. Sumardjono *et al.*, *Policy Paper: Putusan MK Terkait UU Cipta Kerja* (Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, 2022), 33-34, 172.

dalam konteks pelaksanaannya, terutama dalam masa berlaku sementara UU CK berdasarkan putusan *a quo*.<sup>31</sup>

### 3. Dampak Penggunaan Klausul Bersyarat terhadap Undang-Undang yang Diuji

Sebelum melihat dampak penggunaan klausul bersyarat terhadap pembentukan undang-undang, perlu dicermati terlebih dahulu implikasi putusan pengujian formil dalam UU MK. Apabila dicermati secara normatif, dikabulkannya permohonan pengujian formil memiliki dampak yang lebih signifikan dibandingkan pengujian materiil terhadap pasal atau bagian tertentu dalam suatu undang-undang. Hal ini dapat tercermin dari ketentuan dalam UU MK yang menyatakan bahwa apabila putusan MK yang amarnya menyatakan bahwa pembentukan undang-undang tidak memenuhi ketentuan pembentukan undang-undang berdasarkan UUD NRI Tahun 1945 (atau dengan kata lain inkonstitusional), maka undang-undang tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.<sup>32</sup> Dengan kata lain, dikabulkannya pengujian formil berdampak pada tidak mengikatnya undang-undang yang diuji secara keseluruhan. Dampak tersebut sama dengan putusan pengujian materiil yang membatalkan undang-undang secara menyeluruh. Sebagai contoh, dapat dilihat dalam Putusan MK Nomor 001-021-022/PUU-I/2003 perihal pengujian UU Ketenagalistrikan dan Putusan MK Nomor 85/PUUXI/2013 perihal pengujian UU SDA. Amar dalam kedua putusan di atas sama-sama menyatakan bahwa undang-undang yang diuji bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat.<sup>33</sup>

Lebih lanjut, isu berkenaan dengan dampak putusan inkonstitusional atas pengujian formil sejatinya sempat dibahas oleh MK sendiri dalam pertimbangan hukum Putusan MK No. 27/PUU-VII/2009 perihal pengujian Undang-Undang tentang Mahkamah Agung (UU MA). Secara lebih lengkap, MK menjelaskan sebagai berikut:<sup>34</sup>

1. Bahwa adanya temuan oleh Mahkamah Konstitusi, **berupa cacat prosedur dalam proses pembentukan Undang-Undang** yang dimohonkan untuk diuji oleh para Pemohon, **harus difahami sebagai koreksi atas proses pembentukan Undang-Undang yang selama ini dipraktikkan sebagai telah sesuai dengan UUD 1945;**

<sup>31</sup> Lihat misalnya Muhammad Fatahillah Akbar, "Ambiguitas Politik Kriminal Cipta Kerja Pasca Putusan MK," Kompas, 2022, <https://www.kompas.id/baca/artikel-opini/2022/02/14/ambiguitas-politik-kriminal-cipta-kerja-pasca-putusan-mk>. Dalam artikel tersebut, Fatahillah Akbar memberikan perhatian pada pelaksanaan Putusan Uji Formil UU CK dalam konteks peradilan pidana. Menurutnya, putusan *a quo* justru memberikan ketidakpastian hukum terhadap proses pembedaan yang dilakukan berdasarkan pasal dalam UU CK, maupun ketentuan dalam UU sebelumnya yang diganti melalui UU CK.

<sup>32</sup> Lihat Pasal 57 ayat (2) Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi, UU No. 24 Tahun 2003, LN No. 98 Tahun 2003. TLN No. 4316.

<sup>33</sup> Putusan MK Nomor 001-021-022/PUU-I/2003, 351; Putusan MK Nomor 85/PUU-XI/2013, 146.

<sup>34</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 27/PUU-VII/2009 (2010), 93-94. **(Penebalan oleh Penulis)**

2. Bahwa temuan Mahkamah Konstitusi tentang hal-hal yang seharusnya dilakukan dalam proses pembentukan Undang-Undang agar sesuai dengan UUD 1945, baru disampaikan oleh Mahkamah dalam putusan perkara *a quo* sehingga tidak tepat kalau diterapkan untuk menguji proses pembentukan Undang-Undang sebelum putusan ini;
3. Bahwa **meskipun terdapat cacat prosedural** dalam pembentukan Undang-Undang *a quo*, **namun secara materiil Undang-Undang tersebut tidak menimbulkan persoalan hukum**;
4. Bahwa apabila Undang-Undang *a quo* yang cacat prosedural tersebut **dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat maka akan mengakibatkan keadaan yang tidak lebih baik** karena:
  - a. dalam Undang-Undang *a quo* justru terdapat substansi pengaturan yang isinya lebih baik dari Undang-Undang yang diubah;
  - b. sudah diterapkan dan menimbulkan akibat hukum dalam sistem kelembagaan yang diatur dalam Undang-Undang *a quo* dan yang berkaitan dengan berbagai Undang-Undang, antara lain Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, Undang-Undang Nomor 49 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 Tentang Peradilan Umum, dan lembaga lain seperti hubungan antara Komisi Yudisial dengan Mahkamah Agung yang sekarang telah berjalan berdasarkan UU 3/2009;

Atas pertimbangan tersebut dan demi **asas manfaat untuk tercapainya tujuan hukum**, MK berpendapat bahwa Undang-Undang yang dimohonkan pengujian tersebut tidak perlu dinyatakan sebagai Undang-Undang yang tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat; artinya Undang-Undang *a quo* tetap mempunyai kekuatan hukum berlaku;

Berdasarkan pertimbangan tersebut, MK pada dasarnya mengakui adanya cacat prosedural dalam pembentukan UU MA 2009, namun demikian hal tersebut dikesampingkan oleh MK karena dianggap mengakibatkan keadaan yang tidak lebih baik, karena secara materiil substansi undang-undang yang diuji tidak menimbulkan persoalan hukum.

Dalam konteks pengujian formil UU CK, MK dalam pertimbangan hukumnya berpendapat bahwa proses pembentukan UU CK adalah cacat formil karena tidak didasarkan pada cara dan metode yang pasti, baku, dan standar, serta sistematika pembentukan undang-undang; terjadinya perubahan penulisan beberapa substansi pasca persetujuan bersama DPR dan Presiden; dan bertentangan dengan asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan.<sup>35</sup> Kendati demikian MK sudah mengakui adanya cacat prosedural dalam proses pembentukan UU CK, MK justru

<sup>35</sup> Putusan MK Nomor 91/PUU-XVIII/2020, 412.

memilih menyatakan pembentukan UU CK inkonstitusional bersyarat. MK dalam pertimbangannya menyatakan rasionya sebagai berikut:<sup>36</sup>

**[3.20.2]** Bahwa pilihan Mahkamah untuk menentukan UU 11/2020 dinyatakan secara inkonstitusional secara bersyarat tersebut, dikarenakan Mahkamah harus **menyeimbangkan antara syarat pembentukan sebuah undang-undang yang harus dipenuhi sebagai syarat formil** guna mendapatkan undang-undang yang memenuhi unsur **kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan**. Di samping itu juga harus mempertimbangkan **tujuan strategis dari dibentuknya UU a quo**. Oleh karena itu, dalam memberlakukan UU 11/2020 yang telah dinyatakan inkonstitusional secara bersyarat **menimbulkan konsekuensi yuridis terhadap keberlakuan UU 11/2020 a quo**, sehingga Mahkamah memberikan kesempatan kepada pembentuk undang-undang untuk memperbaiki UU 11/2020 berdasarkan tata cara pembentukan undang-undang yang memenuhi cara dan metode yang pasti, baku dan standar di dalam membentuk undang-undang *omnibus law* yang juga harus tunduk dengan keterpenuhan syarat asas-asas pembentukan undang-undang yang telah ditentukan.

Pertimbangan di atas secara tidak langsung menunjukkan bahwa putusan inkonstitusional bersyarat merupakan ‘jalan tengah’ yang diambil MK. Di satu sisi MK mengamini adanya kecacatan dalam proses pembentukan UU CK, namun di sisi lain juga memperhatikan kepentingan pembentuk undang-undang dengan mempertimbangkan tujuan strategis dibentuknya UU CK dan memberikan kesempatan kepada pembentuk undang-undang untuk memperbaiki UU CK sesuai dengan proses pembentukan undang-undang yang konstitusional. Dapat dibayangkan apabila MK dalam Putusan Uji Formil UU CK menggunakan pendekatan yang sama dengan putusan pengujian formil UU MA, bagaimana reaksi sosial yang dapat ditimbulkan. Dengan memperhatikan dinamika yang terjadi di masyarakat pada waktu itu, sulit bagi MK untuk menjatuhkan putusan yang serupa dengan putusan uji formil UU MA di atas, karena justru dapat menimbulkan reaksi keras dari berbagai kalangan masyarakat.

Kendati demikian, apabila dicermati, model putusan inkonstitusional bersyarat yang digunakan oleh MK dalam Putusan Uji Formil UU CK, sedikit berbeda dengan karakteristik putusan inkonstitusional bersyarat dalam pengujian materiil. Hal ini dapat dilihat dari beberapa aspek karakteristik putusan bersyarat sebagaimana dijelaskan pada bagian sebelumnya, yakni aspek dasar penjatuhan, aspek tujuan, dan aspek pelaksanaan.

**Pertama**, dari aspek dasar penjatuhan. Sesuai dengan karakteristik putusan inkonstitusional bersyarat, maka dasar penjatuhannya adalah pada amar putusan

<sup>36</sup> Putusan MK Nomor 91/PUU-XVIII/2020, 413.

yang mengabulkan permohonan, atau dengan kata lain menyatakan bahwa undang-undang yang diuji adalah inkonstitusional. Dalam konteks pengujian formil, maksud dari amar putusan yang menyatakan permohonan dikabulkan adalah pembentukan undang-undang tidak memenuhi ketentuan pembentukan undang-undang sesuai dengan UUD NRI Tahun 1945.<sup>37</sup> Mendasarkan pada hal tersebut, maka klausul bersyarat yang digunakan untuk membuat pelaksanaan undang-undang menjadi konstitusional akan berbeda dengan model klausul bersyarat dalam pengujian materiil, di mana MK dapat langsung merumuskan 'norma baru' dari norma yang diuji.

Dikarenakan yang dinyatakan inkonstitusional dalam pengujian formil adalah pembentukannya, maka satu-satunya cara untuk membuat undang-undang tersebut menjadi konstitusional dalam pelaksanaannya adalah melalui perbaikan proses pembentukan yang sejalan dengan UUD NRI Tahun 1945. Hal ini tentu tidak dapat dilaksanakan langsung oleh MK, mengingat MK bukan lembaga pembentuk undang-undang. Hal ini berdampak pada perbedaan model klausul bersyarat yang digunakan jika dibandingkan dengan pengujian materiil. Adapun untuk aspek kedua berkenaan dengan letak klausul bersyarat, tidak terdapat perbedaan karena baik dalam pengujian materiil dan formil, klausul inkonstitusional bersyarat sama-sama dinyatakan dalam amar putusan.

**Kedua**, dari aspek tujuan penggunaan. Dalam konteks tujuan penggunaan, putusan inkonstitusional bersyarat dalam pengujian materiil pada prinsipnya ditujukan untuk memastikan bahwa pelaksanaan dari norma yang diputus bersyarat tetap sejalan dengan UUD NRI Tahun 1945 apabila dilaksanakan sesuai dengan tafsir MK. Dengan demikian, norma yang diuji otomatis menjadi inkonstitusional apabila tafsir MK tidak dilaksanakan. Model putusan inkonstitusional bersyarat dalam pengujian formil yang diperkenalkan oleh MK dalam Putusan Uji Formil UU CK menimbulkan kesan bahwa tujuan penggunaan klausul inkonstitusional bersyarat adalah untuk memberikan kesempatan kepada pembentuk undang-undang untuk memperbaiki proses pembentukannya. Hal ini berkaitan dengan obyek yang dinyatakan inkonstitusional bersyarat, yakni proses pembentukannya. Dalam konteks Putusan Uji Formil UU CK, ini dapat dilihat dari amar putusan poin 4 yang menyatakan UU CK masih berlaku dalam jangka waktu yang ditentukan. Amar tersebut juga mengisyaratkan maksud untuk memitigasi dampak dari dinyatakan inkonstitusionalnya pembentukan undang-undang.

**Ketiga**, dari aspek pelaksanaan putusan. Sebagaimana dijelaskan sebelumnya, dasar penjatuhan putusan inkonstitusional bersyarat adalah amar putusan yang

<sup>37</sup> Lihat Pasal 56 ayat (4) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

mengabulkan. Dengan kata lain, norma yang diujikan pada prinsipnya adalah inkonstitusional. Maka dari itu, diberikan syarat tertentu yang harus dipenuhi agar pelaksanaannya dapat berjalan secara konstitusional. Dalam konteks pengujian formil, karena yang dinyatakan inkonstitusional adalah pembentukannya, maka satu-satunya jalan untuk menjadikan pelaksanaan undang-undang yang diuji menjadi konstitusional adalah melalui perbaikan atas proses pembentukannya. Berangkat dari pemikiran tersebut, logis kemudian untuk menyatakan bahwa sepanjang undang-undang yang diuji tidak diperbaiki, maka pelaksanaan undang-undang tersebut pada dasarnya inkonstitusional. Untuk itu, MK dalam Putusan Uji Formil UU CK ‘melengkapi’ klausul inkonstitusional bersyarat dengan memasukkan amar putusan poin 4 mengenai jangka waktu keberlakuan sementara UU CK.

Dengan kata lain, ‘bersyarat’ dalam pengujian formil oleh MK dimaknai dengan memberikan kesempatan bagi pembentuk undang-undang untuk melakukan perbaikan dalam proses pembentukannya. Namun demikian, poin ini juga yang menurut Penulis kemudian menimbulkan perdebatan mengenai daya ikat dan daya laku UU CK. Di satu sisi, MK menyatakan bahwa UU CK inkonstitusional secara bersyarat sampai dilakukan perubahan, namun di sisi lain, amar putusan poin 4 hanya menyatakan bahwa UU CK masih tetap berlaku meskipun dalam jangka waktu sementara.

Lebih lanjut, menjadi pertanyaan kemudian mengenai bagaimana sejatinya pemaknaan MK atas amar Putusan Uji Formil UU CK, khususnya berkaitan dengan pemberian jangka waktu keberlakuan sementara UU CK. Hal ini mengingat dalam berbagai putusan pengujian UU CK pasca Putusan MK Nomor 91/PUU-XVIII/2020, MK memutus permohonan tidak dapat diterima, yang sebagian besar didasarkan pada pertimbangan bahwa permohonan para pemohon kehilangan obyek atau prematur.<sup>38</sup> Lebih lengkapnya dapat dilihat pada tabel berikut:

**Tabel 2.** Daftar Putusan MK mengenai UU CK Pasca Putusan Nomor 91/PUU-XVIII/2020

No.	Nomor Putusan	Konklusi
1.	107/PUU-XVIII/2020	Permohonan para Pemohon kehilangan objek
2.	6/PUU-XIX/2021	Permohonan para Pemohon kehilangan objek
3.	103/PUU-XVIII/2020	Permohonan Pemohon kehilangan objek
4.	105/PUU-XVIII/2020	Permohonan para Pemohon kehilangan objek
5.	4/PUU-XIX/2021	Permohonan para Pemohon kehilangan objek

<sup>38</sup> Dari 13 putusan, terdapat 11 Putusan yang menyatakan bahwa permohonan pemohon kehilangan obyek, 1 putusan yang menyatakan permohonan pemohon prematur, dan 1 putusan yang menyatakan pemohon tidak memiliki kedudukan hukum.



No.	Nomor Putusan	Konklusi
6.	87/PUU-XVIII/2020	Permohonan Pemohon kehilangan objek
7.	101/PUU-XVIII/2020	Permohonan para Pemohon kehilangan objek
8.	108/PUU-XVIII/2020	Permohonan para Pemohon kehilangan objek
9.	3/PUU-XIX/2021	Pemohon tidak memiliki kedudukan hukum
10.	5/PUU-XIX/2021	Permohonan para Pemohon kehilangan objek
11.	55/PUU-XIX/2021	Permohonan Pemohon kehilangan objek
12.	46/PUU-XIX/2021	Permohonan Pemohon kehilangan objek
13.	64/PUU-XIX/2021	Permohonan para Pemohon prematur

*Sumber: Diolah Penulis, 2022.*

Berkenaan dengan permohonan kehilangan obyek, apabila berkaca pada berbagai pengujian sebelumnya, maka yang dimaksud kehilangan obyek adalah bahwa undang-undang yang diujikan sudah tidak eksis lagi. Sebagai contoh, Putusan MK No. 24/PUU-XVIII/2020 perihal pengujian Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2020 tentang Kebijakan Keuangan Negara Dan Stabilitas Sistem Keuangan Untuk Penanganan Pandemi *Corona Virus Disease 2019 (Covid-19)* Dan/Atau Dalam Rangka Menghadapi Ancaman Yang Membahayakan Perekonomian Nasional Dan/Atau Stabilitas Sistem Keuangan (Perppu Covid). Dalam pertimbangan hukumnya, MK menyatakan bahwa permohonan pemohon kehilangan obyek mengingat Perppu Covid sudah tidak ada lagi secara hukum dikarenakan telah diundangkannya UU No. 2 Tahun 2020 tentang Penetapan Perppu Covid.<sup>39</sup>

Dalam konteks pengujian UU CK pasca Putusan MK Nomor 91/PUU-XVIII/2020, MK dalam berbagai putusan selalu menyatakan bahwa karena UU CK telah dinyatakan inkonstitusional bersyarat dan putusan tersebut telah memiliki kekuatan hukum mengikat sejak diputuskan, sehingga objek permohonan yang diajukan para pemohon tidak lagi sebagaimana substansi undang-undang yang dimohonkan pengujiannya, dan dengan demikian, permohonan para pemohon menjadi kehilangan objek.<sup>40</sup> Cukup disayangkan karena MK juga tidak menjelaskan lebih lanjut mengenai maksud 'objek permohonan tidak lagi sebagaimana substansi undang-undang yang dimohonkan', mengingat secara substansi UU CK tidak ada yang berubah dan UU CK dinyatakan MK masih berlaku sampai dilakukan perubahan. Pernyataan tersebut juga menunjukkan

<sup>39</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 24/PUU-XVIII/2020 (2020), 57-58.

<sup>40</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 107/PUU-XVIII/2020 (2021), 406.

inkonsistensi pemaknaan MK terhadap putusan inkonstitusional bersyarat dalam Putusan MK No. 91/PUU-XVIII/2020.

Selain itu, MK sendiri dalam Putusan MK No. 64/PUU-XIX/2021 perihal pengujian UU CK juga menyatakan bahwa **UU CK secara formal tidak sah berlaku** sampai ada perbaikan formil selama tenggang waktu 2 (dua) tahun sebagaimana dicantumkan dalam Putusan MK Nomor 91/PUU-XVIII/2020.<sup>41</sup> Padahal, MK secara eksplisit menyatakan dalam Putusan 91/PUU-XVIII/2020 tetap berlaku sampai dengan jangka waktu yang ditentukan. Adapun maksud dan implikasi dari 'UU CK secara formal tidak sah' juga tidak dielaborasi oleh MK dalam pertimbangan hukumnya.

Dengan mengatakan bahwa permohonan pemohon kehilangan obyek dan prematur, apakah dengan demikian MK dalam berbagai putusan pasca Putusan Uji Formil UU CK secara tidak langsung mengatakan bahwa UU CK sebenarnya sudah tidak ada lagi secara hukum? Apabila demikian, esensi dari penggunaan klausul inkonstitusional bersyarat dalam Putusan Uji Formil UU CK—yang pada prinsipnya dimaksudkan untuk memberikan kesempatan bagi pembentuk undang-undang untuk memperbaiki proses pembentukan UU CK, menjadi patut dipertanyakan. Pernyataan tersebut juga semakin menunjukkan inkonsistensi MK terhadap pendiriannya dalam Putusan Uji Formil UU CK. Ketidakjelasan pemaknaan MK ini justru semakin menimbulkan kebingungan mengenai status UU CK.

Lebih lanjut, dengan dinyatakan masih berlakunya UU CK secara sementara dalam amar Putusan MK Nomor 91/PUU-XVIII/2020, maka sebenarnya tidak tertutup kemungkinan adanya kerugian konstitusional yang dapat ditimbulkan dari substansi UU CK dalam jangka waktu tersebut. Menjadi ironi juga ketika secara faktual UU CK masih tetap berlaku,<sup>42</sup> namun MK sendiri justru secara tidak langsung menutup pintu bagi masyarakat untuk melakukan pengujian materiil UU CK dengan alasan permohonan kehilangan obyek atau prematur. Di posisi ini, MK yang seharusnya bertindak sebagai pelindung hak konstitusional warga negara justru melakukan pembiaran terhadap pelanggaran atas hak konstitusional warga negara yang mungkin terjadi selama jangka waktu berlaku sementara UU CK berdasarkan Putusan Uji Formil UU CK. Apabila MK konsisten dengan pendiriannya dalam Putusan Uji Formil UU CK

<sup>41</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 64/PUU-XIX/2021 (2022), 106. **(penebalan oleh Penulis)**

<sup>42</sup> Hal ini juga ditunjukkan dengan adanya fakta bahwa masih banyak peraturan perundang-undangan yang menggunakan UU CK sebagai salah satu dasar hukum, maupun yang menyatakan secara eksplisit bahwa peraturan perundang-undangan tersebut dibentuk untuk melaksanakan UU CK. Ditambah lagi Instruksi Menteri Dalam Negeri No. 68 Tahun 2021 secara eksplisit menginstruksikan kepala daerah untuk tetap memedomani dan melaksanakan UU CK, serta melakukan perubahan, pencabutan atau penyusunan Peraturan Daerah baru sebagai tindak lanjut dari UU CK.

yang mengatakan bahwa UU CK tetap berlaku sementara, maka MK seharusnya tetap membuka pintu bagi masyarakat yang hendak melakukan pengujian atas substansi UU CK yang dianggap melanggar hak konstitusional mereka.

Lebih jauh, perlu menjadi refleksi juga mengenai apakah model putusan inkonstitusional bersyarat ini memang tepat digunakan dalam pengujian formil. Hal ini mengingat desain pengujian formil dalam UU MK serta penerapan dan implikasi yang ditimbulkan dari penggunaan klausul inkonstitusional bersyarat dalam pengujian formil sebagaimana telah diuraikan dalam tulisan ini. Kompatibilitas model putusan bersyarat dalam pengujian formil menjadi salah satu isu yang menarik untuk dikaji lebih lanjut. Selain itu, MK sendiri dalam berbagai putusan selanjutnya juga perlu untuk mengisi adanya kekosongan pemaknaan atas berbagai hal yang berkaitan dengan penafsiran amar putusan inkonstitusional bersyarat dalam Putusan Uji Formil UU CK dan berbagai putusan berikutnya sebagaimana telah dipaparkan di atas. Hal ini penting dilakukan untuk meminimalisir potensi ketidakpastian hukum dalam pelaksanaan UU CK maupun Putusan Uji Formil UU CK itu sendiri.

### **C. KESIMPULAN**

Dikabulkannya uji formil UU CK secara bersyarat telah membuka ruang pengembangan atas penggunaan model klausul bersyarat dalam pengujian undang-undang, terkhusus pengujian formil. Hal ini dapat ditunjukkan dengan adanya perbedaan model klausul bersyarat yang digunakan dalam putusan pengujian formil dengan pengujian materiil beserta implikasinya terhadap pembentukan undang-undang yang diuji.

Berkaitan dengan model klausul bersyarat, terdapat ciri khas klausul bersyarat yang digunakan dalam pengujian formil. Selain menyatakan bahwa pembentukan undang-undang yang diujikan adalah inkonstitusional bersyarat, dalam pengujian formil terdapat amar putusan yang kemungkinan besar akan selalu menyertai poin amar di atas, yakni (1) perintah untuk memperbaiki proses pembentukan undang-undang yang diuji dalam jangka waktu tertentu; (2) pernyataan bahwa undang-undang yang diuji berlaku sementara dalam jangka waktu yang ditentukan; (3) pernyataan bahwa undang-undang akan menjadi inkonstitusional secara permanen apabila tidak dilakukan perubahan dalam batas waktu yang ditetapkan. Berkenaan dengan pemberlakuan kembali pasal-pasal dalam undang-undang yang ada sebelumnya akan sangat bergantung pada apakah memang ada undang-undang yang dijadikan sebagai cantolan substansi.

Selanjutnya, berkaitan dengan implikasi, secara normatif dapat dilihat bahwa secara umum putusan pengujian formil, dalam konteks tertentu memiliki dampak yang lebih signifikan dibandingkan pengujian materiil, mengingat dikabulkannya permohonan pengujian formil berarti undang-undang yang diuji batal secara keseluruhan. Dalam konteks putusan inkonstitusional bersyarat, implikasi yang muncul akan sangat bergantung pada seberapa jelas MK memaparkan dampak putusannya, dan bagaimana konsistensi MK dalam memaknai pendiriannya tersebut. Apabila MK tidak cukup jelas dan tidak konsisten dalam memaknai maksud klausul bersyarat, maka akan berpotensi besar menimbulkan kebingungan dan ketidakpastian hukum dalam pelaksanaan putusannya.

Hal ini dapat tercermin, misalnya dari inkonsistensi MK dalam memaknai klausul bersyarat dalam berbagai putusan mengenai UU CK pasca Putusan Uji Formil UU CK. MK dalam berbagai putusan pasca Putusan Uji Formil UU CK memutuskan tidak dapat diterima berbagai permohonan pengujian materiil UU CK dengan pertimbangan bahwa permohonan kehilangan obyek dan prematur, dan menyatakan bahwa UU CK secara formil tidak sah berlaku sampai ada perubahan. Hal tersebut menggambarkan inkonsistensi MK, di mana di satu sisi MK dalam Putusan Uji Formil UU CK menyatakan bahwa UU CK berlaku sementara sampai dilakukan perubahan, namun di sisi lain MK dalam putusan selanjutnya memaknai bahwa UU CK secara formil tidak sah berlaku. Namun demikian, dikarenakan UU CK saat ini secara faktual masih berlaku (meskipun terdapat diskursus mengenai daya ikatnya), MK tetap perlu membuka pintu pengujian materiil atas UU CK dikarenakan masih terdapat potensi pelanggaran hak konstitusional warga negara selama masa berlaku sementara UU CK.

Berkaca pada kondisi yang demikian, MK perlu merefleksikan kembali penggunaan klausul bersyarat dalam Putusan Uji Formil UU CK dan pendiriannya dalam berbagai putusan pengujian UU CK setelahnya. Hal ini mengingat terdapat perbedaan implikasi dari penggunaan klausul bersyarat dalam pengujian formil dibandingkan dengan pengujian materiil. Dalam konteks pengujian materiil, klausul bersyarat dapat 'langsung dilaksanakan' berdasarkan 'norma baru' yang dirumuskan dalam putusan MK. Sedangkan dalam pengujian formil, satu-satunya cara untuk memastikan bahwa pembentukan undang-undang menjadi konstitusional adalah melalui perbaikan proses pembentukan. Hal tersebut tentu tidak bisa dilakukan sendiri oleh MK karena kewenangan pembentukan undang-undang ada pada DPR dan Presiden.

Dengan demikian, kesan yang timbul dari Putusan Uji Formil UU CK adalah klausul bersyarat dalam pengujian formil dimaksudkan untuk memberikan kesempatan bagi pembentuk undang-undang untuk memperbaiki proses pembentukan undang-undang

yang sejalan dengan nilai-nilai konstitusi. Namun demikian, apabila memperhatikan desain pengujian formil dalam UU MK, dampak klausul bersyarat dalam pengujian formil, serta pertimbangan MK dalam berbagai putusan pasca Putusan Uji Formil UU CK, MK sejatinya juga perlu untuk merefleksikan kembali apakah model putusan inkonstitusional bersyarat ini tepat digunakan dalam pengujian formil atau tidak. Jangan sampai penggunaan klausul bersyarat yang diharapkan dapat mengisi kekosongan hukum dan memberikan kepastian hukum yang adil bagi seluruh masyarakat justru malah berdampak sebaliknya.

## DAFTAR PUSTAKA

### Buku

- Bhat, P. Ishwara. *Idea and Methods of Legal Research*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- Holland, Kenneth M. "Introduction." In *Judicial Activism in Comparative Perspective*, edited by Kenneth M. Holland. St. Martin's Press, 1991.
- Soemantri, Sri. *Hak Menguji Material Di Indonesia*. Bandung: Alumni, 1982.
- Sumardjono, Maria S. W., Mahaarum Kusuma Pertiwi, Yance Arizona, Herlambang P. Wiratraman, I Gusti Agung Made Wardana, Karina Dwi Nugrahati Putri, Taufiq Adiyanto, Muhammad Fatahillah Akbar, Hendry Julian Noor, and Susilo Andi Darma. *Policy Paper: Putusan MK Terkait UU Cipta Kerja*. Yogyakarta: Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, 2022.
- Tim Penyusun Hukum Acara Mahkamah Konstitusi. *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010.

### Jurnal

- Asy'ari, Syukri, Meyrinda Rahmawaty Hilipito, and Mohammad Mahrus Ali. "Model Dan Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi Dalam Pengujian Undang-Undang (Studi Putusan Tahun 2003 – 2012)." *Jurnal Konstitusi* 10, no.4 (2013): 675-708.
- Bar-Siman-Tov, Ittai. *The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process*. *Boston University Law Review*, Vol.91, (2011): 1921-1923
- \_\_\_\_\_. "The Role of Courts in Improving the Legislative Process." *Theory and Practice of Legislation* 3, no. 3 (2015): 295-313.
- Haryono, Dodi. "Metode Tafsir Putusan Mahkamah Konstitusi Dalam Pengujian Konstitusional Undang-Undang Cipta Kerja." *Jurnal Konstitusi* 18, no. 4 (2021): 774-802 774.

Kmiec, Keenan D. "The Origin and Current Meanings of 'Judicial Activism.'" *California Law Review* 92, no. 5 (2004): 1441-77.

Navot, Suzie. "Judicial Review of the Legislative Process." *Israel Law Review* 39, no. 2 (2006): 182-247.

Rahman, Faiz, dan Dian Agung Wicaksono. "Eksistensi Dan Karakteristik Putusan Bersyarat Mahkamah Konstitusi." *Jurnal Konstitusi* 13, no. 2 (2016): 348-378.

Thayer, Ezra R. "Judicial Legislation: Its Legitimate Function in the Development of Common Law." *Harvard Law Review* 5 (1891): 172-201.

### **Peraturan Perundang-undangan**

Indonesia. *Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi*. UU No.24 Tahun 2003. LN No.98 Tahun 2003. TLN No.4316.

### **Putusan Pengadilan**

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Putusan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003 perihal pengujian Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan (2004).

\_\_\_\_\_. Putusan Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (2006).

\_\_\_\_\_. Putusan Nomor 019-020/PUU-III/2005 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri (2006).

\_\_\_\_\_. Putusan Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan 008/PUU-III/2005 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air (2005).

\_\_\_\_\_. Putusan Nomor 107/PUU-XVIII/2020 perihal pengujian Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja (2021).

\_\_\_\_\_. Putusan Nomor 14-17/PUU-V/2007 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2003, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004, Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004, dan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2006 (2007).

\_\_\_\_\_. Putusan Nomor 21-22/PUU-V/2007 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (2008).

\_\_\_\_\_. Putusan Nomor 24/PUU-XVIII/2020 perihal pengujian Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2020 (2020).



\_\_\_\_\_. Putusan Nomor 27/PUU-VII/2009 perihal Pengujian Formil Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung (2010).

\_\_\_\_\_. Putusan Nomor 29/PUU-V/2007 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1992 tentang Perfilman (2008).

\_\_\_\_\_. Putusan Nomor 39/PUU-XI/2013 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2008 tentang Partai Politik sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2008 tentang Partai Politik (2013).

\_\_\_\_\_. Putusan Nomor 54/PUU-VI/2008 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2007 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1995 tentang Cukai (2009).

\_\_\_\_\_. Putusan Nomor 64/PUU-XIX/2021 perihal pengujian Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja (2022).

\_\_\_\_\_. Putusan Nomor 69/PUU-X/2012 perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (2012).

\_\_\_\_\_. Putusan Nomor 80/PUU-XV/2017 perihal pengujian Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2009 tentang Pajak Daerah dan Retribusi Daerah (2018).

\_\_\_\_\_. Putusan Nomor 85/PUU-XI/2013 perihal pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air (2015).

\_\_\_\_\_. Putusan Nomor 91/PUU-XVIII/2020 perihal pengujian formil Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja (2021).

### **Internet**

Akbar, Muhammad Fatahillah. "Ambiguitas Politik Kriminal Cipta Kerja Pasca Putusan MK." Kompas, 2022. <https://www.kompas.id/baca/artikel-opini/2022/02/14/ambiguitas-politik-kriminal-cipta-kerja-pasca-putusan-mk>. Diakses 3 April 2022.

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. "Rekapitulasi Perkara Pengujian Undang-Undang." Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2022. <https://www.mkri.id/index.php?page=web.RekapPUU>. Diakses 3 April 2022.

# ***Human Rights and Constitutionality Issues of Blasphemy Law in Indonesia***

## **Persoalan Hak Asasi Manusia dan Konstitusionalitas Hukum Penodaan Agama di Indonesia**

**Ismail Hasani**

Fakultas Syariah dan Hukum, UIN Syarif Hidayatullah  
Jl. Ir H. Juanda No.95, Cempaka Putih Ciputat Timur Kota Tangerang Selatan  
Email: ismail.hasani@uinjkt.ac.id

**Halili**

Fakultas Ilmu Sosial, Universitas Negeri Yogyakarta  
Jl. Kolombo No. 1 Caturtunggal Depok Sleman DIY  
Email: halili@uny.ac.id

Naskah diterima: 06-04-2022 revisi: 14-04-2022 disetujui: 02-06-2022

### **Abstrak**

Artikel ini menganalisis persoalan HAM dan konstitusionalitas dalam UU Penodaan Agama. Studi ini urgen dalam studi konstitusi sebab konstitusionalisme mempersyaratkan penghormatan terhadap HAM dan demokrasi mengharuskan tegaknya supremasi konstitusi. Artikel ini merupakan hasil penelitian melalui *desk-study* menggunakan pendekatan deskriptif-kualitatif. Pengumpulan data dilakukan dengan studi dokumen dan *Internal Focus Group Discussion*. Analisis data dilakukan dengan teknik analisis data kualitatif, sedangkan pengujian keabsahannya dilakukan dengan teknik *cross-check*. Hukum penodaan agama di Indonesia secara inheren melanggar hak asasi manusia serta rawan politisasi yang meletakkan minoritas agama dalam kerentanan. Namun ketentuan-ketentuan pokok hukum yang memidanakan penodaan agama ini telah diuji dimensi konstitusionalitasnya oleh Mahkamah Konstitusi. MK menolak permohonan para pemohon. Namun demikian, persoalan konstitusionalitas dalam putusan tersebut tetap ada, sebab MK mengafirmasi konstitusi religius padahal Indonesia adalah negara Pancasila. Selain itu, MK mengabaikan HAM, khususnya hak atas Kebebasan Beragama/Berkeyakinan yang dijamin oleh UUD NRI 1945.

**Kata Kunci:** Hukum penodaan agama; Mahkamah Konstitusi; Pengujian Undang-Undang.

### **Abstract**

*This article analyzes human rights and constitutionality issues in the Indonesian Blasphemy Law. It contributes urgently to constitutional studies since constitutionalism requires respect for human rights and democracy obliges to uphold the supremacy of the constitution. This article was written as the results of research through the desk-study using descriptive-qualitative approach. Data were collected through document study and Internal Focus Group Discussion. Indonesia's blasphemy laws inherently violate human rights and are prone to politicization which places religious minorities in vulnerability, while the main legal provisions that criminalize blasphemy have been tested for their constitutionality dimensions by the Constitutional Court. However, the constitutionality issue remains, partly because the Constitutional Court affirmed a religious constitution whereas the Republic of Indonesia is a Pancasila based state. In addition, the Constitutional Court ignores human rights, particularly the right to freedom of religion/belief as guaranteed by the constitution.*

**Keywords:** *Blasphemy Law; Constitutional Court; Judicial Review.*

## **A. INTRODUCTION**

### **1. Background**

Indonesia is a constitutional democratic country with the biggest Muslim population in the world<sup>1</sup> consisting of hundreds of ethnic groups in addition to a number of state-recognized mainstream beliefs<sup>2</sup> and other religions/faiths. However, despite being the biggest Muslim country in the world with over 87% of Muslim population, unlike the majority of its fellow Muslim countries that applies Islamization in the state administration system,<sup>3</sup> Indonesia is known as pluralist and moderate.<sup>4</sup> According to

<sup>1</sup> Noorhaidi Hasan, "Salafism in Indonesia: Transnational Islam, Violent Activism, and Cultural Resistance," in *Routledge Handbook of Contemporary Indonesia*, ed. Robert W. Hefner (London: Routledge, 2018), 246.

<sup>2</sup> Robert W. Hefner, "Indonesia at the Crossroads: Imbrolios of Religion, State, and Society in an Asian Muslim Nation," in *Routledge Handbook of Contemporary Indonesia* (London: Routledge, 2018), 3–30.

<sup>3</sup> Simon Butt affirms the notion that Indonesia is not an Islamic state and is in no way turning into one. Other proofs can be seen from not only the elimination of Article 1 of Jakarta Charter, but also in the amendment process of the 1945 Constitution, in which the People's Consultative Assembly refused to amend Article 29 of the Constitution and made it mandatory for all Muslim citizens to comply to Islamic law (sharia) (Simon Butt, "Islam, The State and the Constitutional Court in Indonesia," *Pacific Rim Law & Policy Journal Association* 19, no. 2 (2010): 279; Tim Lindsey, "Indonesian Constitutional Reform: Muddling Towards Democracy," *Singapore Journal of International and Comparative Law* 6 (2002): 270).

<sup>4</sup> Freedom House, "Policing Belief: The Impact of Blasphemy Laws on Human Rights – Indonesia," 2010, 43.

the Islamic Constitution Index, Indonesia leans toward secularism with zero Islamic values and guarantees 31 constitutional rights of the citizens.<sup>5</sup>

Indonesia is a state based on the rule of law (not a religion-based state) with Pancasila as the state ideology that recognizes diversity and is united in the unitary state design as stated in the 1945 Constitution of the Unitary State of the Republic of Indonesia.<sup>6</sup> Although the Indonesian kapital -> Constitution explicitly declares that “the state is based on a belief in the One and Only God,”<sup>7</sup> Indonesia does not determine to what extent Islamic values can be recognized, applied, and stipulated by the state institution.<sup>8</sup> Jeremy Menchik describes the relationship between religion and nationalism in Indonesia as “godly nationalism,”<sup>9</sup> which means that orthodox religious views have a special privilege, eradicating the reality of diversity (pluralism) in Indonesia.<sup>10</sup> In addition, Menchik views Indonesia as an *imagined community* bound

<sup>5</sup> A study by Dawood I. Ahmed & Moamen Gouda found that there is zero Islamism in the Indonesian constitution. The study finds that the Islamic values in a constitution of a country has a negative correlation to the development of democracy, gender, equality, and political stability. Dawood I. Ahmed & Moamen Gouda elaborate that the recognition of the word “god” in the Indonesian Constitution does not specifically refer to the Islamic god. See, Dawood I. Ahmed and Moamen Gouda, “Measuring Constitutional Islamization: The Islamic Constitutions Index,” *Hastings International & Comparative Law Review* 38, no. 1 (2014): 2, 44, 54, and 62.

<sup>6</sup> Article 1 verse (3) of the 1945 Constitution, as well as the Preamble of the Constitution that contains the Pancasila, and other provisions of the constitution establish that the state design of the Unitary State of the Republic of Indonesia shall not be changed (“Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945”). See also O. Notohamidjojo, *Makna Negara Hukum Bagi Pembaharuan Negara Dan Wibawa Hukum Bagi Pembaharuan Masyarakat Di Indonesia* (Jakarta: Badan Penerbit Kristen, 1970), 27. Constitutional Court also states that Pancasila, as contained in the Preamble of the Constitution shall not be changed either (“Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 140/PUU-VII/2009” (2009), 305).

<sup>7</sup> Article 29 verse (2) of the 1945 Constitution of Indonesia.

<sup>8</sup> Butt, “Islam, The State and the Constitutional Court in Indonesia,” 279. This notion is supported by Tim Lindsey who points out that while all stakeholders agree with democracy in the amendment of the Constitution, there is no consensus on the ideal design of democracy in Indonesia (Lindsey, “Indonesian Constitutional Reform: Muddling Towards Democracy,” 276).

<sup>9</sup> Jeremy Menchik’s notion on Indonesia’s godly nationalism can be understood by examining the Indonesian Constitution. Although factually the Indonesian Constitution does not refer to the god in Islam, nor does it Islamize the Constitution, elements of godliness are recognized in the Constitution, as seen in the Preamble of the 1945 Constitution, through the phrase “With the blessing of God Almighty...” as well as the Pancasila and Article 29 verse (1) which mention that “The state is based on a belief in the One and Only God,” and Article 28J verse (2) regarding restrictions based on religious values, in addition to other articles that include godliness values or explicitly recognizes divinity. As a result, in practice, it is challenging to negate the obligation to honor and the protection of “god” in the context of the religious Indonesian society.

<sup>10</sup> Jeremy Menchik, “Productive Intolerance: Godly Nationalism in Indonesia,” *Comparative Studies in Society and History* 56, no. 3 (2014): 594.

by a similarity, orthodox theism, and the mobilization by the state that cooperates with religious organizations in the society.<sup>11</sup>

Having transformed into a constitutional democratic state supported by a set of means for the protection of human rights and constitutional rights for the citizens, such progress in Indonesia is not necessarily followed by progress in the freedom of religion/belief for individuals.<sup>12</sup> Certain groups, especially religious minorities<sup>13</sup> are frequently discriminated against and marginalized.<sup>14</sup> In 2019, Wahid Foundation reported 184 incidents with 215 violation acts related to freedom of religion/belief committed by both state and non-state agents.<sup>15</sup> These numbers continue to increase from the previous years.<sup>16</sup>

Religious minorities are the groups that have the most losses and are most affected by violations of freedom of religion/belief<sup>17</sup> in various forms, such as discriminatory practices, hate speech, violence, rejection of places of worship, as well as continuous religious blasphemy persecution.<sup>18</sup>

<sup>11</sup> Menchik, 594. Orthodox is defined in a local and temporary manner (Talal Asad, *The Idea of an Anthropology of Islam* (Washington DC: Center for Contemporary Arab Studies, Georgetown University, 1986)).

<sup>12</sup> See Menchik, "Productive Intolerance: Godly Nationalism in Indonesia," 619.

<sup>13</sup> SETARA Institute divides religious minorities into several categories, namely: (1) mainstream religious minorities, (2) minorities in certain religious bodies, such as Shia and Ahmadiyah within Islam in Indonesia, (3) local religious minorities, namely religion groups inherited from the native ancestors of indigenous people of Indonesia, (4) local Islamic beliefs, and (5) new religious movements (Halili, *Supremasi Intoleransi: Laporan Kondisi Kebebasan Beragama/Berkeyakinan Dan Minoritas Keagamaan Di Indonesia Tahun 2016* (Jakarta: Pustaka Masyarakat Setara, 2017), 30–31).

<sup>14</sup> Sudarto, *Kondisi Pemenuhan Hak Konstitusional Penghayat Kepercayaan Terhadap Tuhan Yang Maha Esa* (Jakarta: Pustaka Masyarakat Setara, 2017), 19. See various marginalized and discriminated groups in Indonesia in The Asia Foundation, "Understanding Social Exclusion in Indonesia: A Meta-Analysis of Program Peduli's Theory of Change Documents," 2016, 1. Christian Solidarity Worldwide records that nearly all religious communities are affected by violations of freedom of religion/belief. These minority religious groups include Ahmadiyah, Shia and Sufi, Catholics, Protestants, Buddhists, Hindus, Confucians, Baha'i, local traditional religions and atheists (Christian Solidarity Worldwide, "Indonesia: Pluralism in Peril, the Rise of Religious Intolerance Across the Archipelago" (Surrey, 2014), 8). United States Commission on International Religious Freedom considers Indonesia as one of the countries that commits discrimination by recognizing the 6 official religions (United States Commission on International Religious Freedom, "Respecting Rights? Measuring The World's Blasphemy Laws" (Washington DC, 2017), 26).

<sup>15</sup> Wahid Foundation, "Mengikis Politik", 15.

<sup>16</sup> In 2016, Wahid Institute recorded 204 incidents of violations with 315 acts. This means that there was a 7% increase in the violations of freedom of religion/belief since 2015. This number further increased in 2017. See Wahid Foundation, "'Ringkasan Eksekutif' Laporan Tahunan Kemerdekaan Beragama Berkeyakinan (KBB) Di Indonesia Tahun 2016 Wahid Foundation" (Jakarta, 2016), 7. In general, Wahid Institute's findings on the number of violations of the right to freedom of religion/belief are in line with SETARA Institute's research related to the annual reports on freedom of religion/belief. See the Annual Reports of the Freedom of Religion/Belief by SETARA Institute.

<sup>17</sup> Wahid Foundation, "Mengikis Politik", 19.

<sup>18</sup> See United States Commission on International Religious Freedom, "Indonesia: USCIRF-Recommended



## 2. Research Questions

This paper specifically discusses the questions of human rights and religiosity surrounding the religious blasphemy law in Indonesia that contributes to the vulnerability of minority religious groups in enjoying the freedom of religion/belief as the constitutional right of all citizens. By prioritizing six mainstream religions through Law PNPS (Presidential Stipulation) 1/1965 on the Prevention of Abuse and/or Defamation of Religion that clearly gives differential treatment in the form of protection from abuse and/or defamation of religion for the six religions, the state has put other religions/beliefs other than the mainstream ones in a vulnerable or unprotected position.<sup>19</sup>

According to a study entitled “*Respecting Rights? Measuring The World’s Blasphemy Law*” published by The US Commission on International Religious Freedom (USCIRF), Indonesia is one (1) of 71 countries in the world with a religious blasphemy law and applies the law. Indonesia is in the top 22 of 71 countries with religious blasphemy law and belongs in the “higher than average” category in violating international law principles.<sup>20</sup>

---

for Special Watch List”. See also the Annual Reports of the Freedom of Religion/Belief by SETARA Institute or Wahid Institute.

<sup>19</sup> See Elaboration of Article 1 Law Number 1/PNPS of 1965 (“Undang-Undang Nomor 1/PNPS Tahun 1965 Tentang Pencegahan Penyalahgunaan Dan/Atau Penodaan Agama”). The logic of applying this different treatment can be seen in the example of a case tried by the Human Rights Committee in 1999 on how in addition to public schools, Roman Catholic private schools were the only private schools funded by the Canadian government. In contrast, Jewish private schools received no government funding. The Human Rights Committee consider this to be contrary to Article 26 of ICCPR as Catholic private schools are treated differently from schools with other religious denominations, in this case Judaism. This violation is against Article 26 ICCPR on equal and effective protection against discrimination. See “Communication No. 694/1996: Canada. 05/11/99. CCPR/C/67/D/694/1996”. Similarly, this also happens in the recognition of 6 religions regulated in Law 1/PNPS 1965, in which the assurance of protection against religious blasphemy is given to the 6 official religions. See Ahmad Ubbe, “Laporan Pengakajian Dan Hukum Tentang Mekanisme Pananganan Konflik Sosial” (Jakarta: Pusat Penelitian dan Pengembangan Sistem Hukum Nasional Badan Pembinaan Hukum Nasional Kementerian Hukum dan HAM RI, 2017), 77. See also Zahid Iqbal and Sumaira Lodhi, “Extremist and Religious Violence: An Economic Overview of Pakistan,” *International Journal of Research in Applied, Natural and Social Sciences* 2, no. 11 (2014): 195–212. Such different treatments are against the international principles of human rights. As stated in the General Comment of the Human Rights Committee, “It would be impermissible for any such laws to discriminate in favour of or against one or certain religions or belief systems, or their adherents over another, or religious believers over non-believers.” See Human Rights Committee, “General Comment No. 34, Article 19 (Freedom of Opinion and Expression) U.N. Doc. CCPR/C/GC/34, 48,” 2011.

<sup>20</sup> Joelle Fiss and Jocelyn Getgen Kestenbaum, *Respecting Rights? Measuring The World’s Blasphemy Laws* (Washington DC: United States Commission on International Religious Freedom, 2017), 19. Compare this study to a study by Pew Research Center entitled *Laws Penalizing Blasphemy, Apostasy and Defamation of Religion are Widespread atau Compendium of Blasphemy Laws oleh Human Rights First*.



According to USCIRF, countries with a higher than average score have a higher risk of violation in the form of abuse. The category is characterized by non-compliance toward human rights in the religious blasphemy law as it deviates from the standard of freedom of expression, the vague formulation of the religious blasphemy law that is difficult to interpret narrowly, and boundaries that are rarely described.<sup>21</sup>

This finding reflects the religious blasphemy law in Indonesia. In a paper entitled “*Antara ‘Penodaan’ dan ‘Kerukunan’: Makalah Posisi mengenai UU No. 1/PNPS/1965*”, Zainal Abidin Bagir et.al explain that in its implementation, the religious blasphemy law in Indonesia protects the stronger groups and put the vulnerable ones in a compromising position for the sake of harmony.<sup>22</sup> As the religious blasphemy law is written using vague terms,<sup>23</sup> the logic of legislation and implementation of religious blasphemy law places the victim groups, instead of the offending groups, as the cause of disharmony.

In that context, this paper aims to elaborate on the religious blasphemy law in Indonesia and the vulnerabilities of minority groups. Additionally, this article presents an academic discussion on the constitutional issues in the Constitutional Court decision on Religious Blasphemy Law.

### **3. Methods**

This is a desk-study with a descriptive qualitative approach. Data collection in the research was conducted in two techniques, namely 1) a document study and 2) an internal focus group discussion. Data analysis was carried out using a qualitative approach. Data were processed using the Microsoft Excel program. The data validity test was done using the cross-check method in which the data’s degree of validity was tested by rechecking the documents and comparinga them with other secondary data, such as news on the Constitutional Court Decision.

## **B. DISCUSSION/ ANALYSIS**

### **1. *Raison d’être* and the Legal Construction of Religious Blasphemy Law**

Although there is no single definition on what blasphemy is, there are several sources that can be referred to. The Committee of Culture, Knowledge and Education

---

<sup>21</sup> Fiss and Kestenbaum, 4.

<sup>22</sup> Jeremy Menchik considers that the application of religious blasphemy law in Indonesia leads to other beliefs not receiving protection from the state (Menchik, “Productive Intolerance: Godly Nationalism in Indonesia,” 608).

<sup>23</sup> Gayle Manchin and Nadine Maenza, “Indonesia Should Prevent Religious Conflict, but Its Blasphemy Law Does More Harm Than Good,” 2019, <https://www.uscirf.gov/news-room/op-eds/globe-post-indonesia-should-prevent-religious-conflict-its-blasphemy-law-does-more>.

of Venice defines blasphemy as “the offense of insulting or showing contempt or lack of reverence for God and, by extension, towards anything considered sacred.” Meanwhile, the Irish Law Reform Commission defines religious blasphemy law as “Matter the sole effect of which is likely to cause outrage to a substantial number of adherents of any religion by virtue of its insulting content concerning matters held sacred by that religion.”<sup>24</sup> In addition, the US Commission on International Religious Freedom defines the term as “the act of expressing contempt or a lack of reverence for God or sacred things.”<sup>25</sup>

The notion of blasphemy originally comes from monotheist religions, such as Judaism, Christianity, and Islam that prohibit any individual (or group) from defiling God or sacred matters (including prophets and saints) in the religion.<sup>26</sup> Brian J. Grim gives two different meanings to differentiate between religious blasphemy and religious defamation in a study in 2012. Whereas blasphemy refers to insulting acts toward God or sacred matters, defamation refers to the criticism of religion in general,<sup>27</sup> including any utterances that criticize a religion, religious teachings or a religious figure.<sup>28</sup>

Frans Magnis Suseno defines religious blasphemy as opposition against the divine or matters that are considered sacred or should not be offended (taboo), which include religious symbols/religious leaders/the holy book, that is commonly done in speech or writing against the divinity of established religions.<sup>29</sup> The emergence of a religious blasphemy law is to protect the belief (faith) toward a religion and its followers from various forms of offences, whether opinions or expressions.<sup>30</sup>

In Indonesia, Religious Blasphemy Law is an effort to prevent the massive influence of the existence of the Indonesian Communist Party and to create harmonization among the nation’s components, namely the nationalists and the religious.<sup>31</sup> Moreover, legally, the establishment of the religious blasphemy law, as stated in Law 1/PNPS/1965 on the Prevention of Abuse and/or Defamation of Religion was based

<sup>24</sup> Venice Commission, *Blasphemy, Insult and Hatred: Finding Answers in a Democratic Society (Science and Technique of Democracy, No. 47)* (Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010), 19.

<sup>25</sup> Fiss and Kestenbaum, *Respecting Rights? Measuring The World’s Blasphemy Laws*, 1.

<sup>26</sup> David Robertson, *A Dictionary of Human Rights* (London: Europa Publication, 2004), 26.

<sup>27</sup> Brian J. Grim, “Laws Penalizing Blasphemy, Apostasy and Defamation of Religion Are Widespread,” 2020, <http://www.pewforum.org/2012/11/21/laws-penalizing-blasphemy-apostasy-and-defamation-of-religion-are-widespread/>.

<sup>28</sup> Grim.

<sup>29</sup> Franz Magnis-Suseno, “Sekitar Hal Penodaan Agama: Beberapa Catatan Keterangan Ahli Judicial Review UU No. 1/PNPS/1965” (Jakarta, 2010).

<sup>30</sup> Magnis-Suseno.

<sup>31</sup> Uli Parulian Sihombing, Fulthoni, and Renata Arianingtyas, *Menggugat BAKORPAKEM Kajian Hukum Terhadap Pengawasan Agama Dan Kepercayaan Di Indonesia* (Jakarta: The Indonesian Legal Resource Center (ILRC), 2008), 41.

on the government's concerns about the emergence of spiritual organizations or beliefs among the community that contradict religious teachings and laws.<sup>32</sup> Many of the teachings/actions of the followers of these beliefs have led to further actions or behaviors that violate the law, disrupt the national unity, and tarnish religion. These community spiritual organizations or beliefs have reached a considerable number, threatening the existing religions.<sup>33</sup>

Crimes against religion are not taken from the Dutch Criminal Code that applies in Indonesia, but the addition of Chapter V on Crimes Against Public Order, namely the addition of Article 156a of Criminal Code through Article 4 of Law 1/PNPS/1965 on the Prevention of Abuse and or Defamation of Religion (hereafter Religious Blasphemy Law).<sup>34</sup> Religious Blasphemy Law was issued through Presidential Stipulation dated January 27, 1965 which was then stipulated as Law 5/1969 on Statement of Various Presidential Stipulations and Presidential Regulations as Laws.<sup>35</sup>

The Religious Blasphemy Law consists of 2 components, namely the body, and the elaboration of the law. The body consists of 5 main articles, whereas the elaboration consists of the general section and elaboration for each article.<sup>36</sup> The five articles of the Religious Blasphemy Law and Article 156 of the Criminal Code are used against people suspected of committing religious blasphemy. Article 156 of the Criminal Code reads as follows:

*“Anyone who publicly expresses hostility, hatred or contempt for one or several groups of the Indonesian people shall be sentenced with a maximum imprisonment of four years or a maximum fine of four thousand five hundred rupiahs. The word “groups” in this article and in the following articles refers to every part of the Indonesian people that is different from one or several other parts because of*

<sup>32</sup> Elaboration of “Penetapan Presiden RI Nomor 1/PNPS Tahun 1965 Tentang Pencegahan Penyalahgunaan Dan/Atau Penodaan Agama”.

<sup>33</sup> Indonesia, President Decree on Prevention of Abuse and/or Blasphemy of Religion, President Decree 1/PNPS Year 1965.

<sup>34</sup> Uli Parulian Sihombing et al., *Ketidakadilan Dalam Beriman: Hasil Monitoring Kasus-Kasus Penodaan Agama Dan Ujaran Kebencian Atas Dasar Agama Di Indonesia* (Jakarta: The Indonesia Legal Resources Center (ILRC), 2012), 10. Oemar Seno Adji was the one who proposed inserting certain articles of the Religious Blasphemy Law into the Criminal Code to support the final clarification of the 1965 stipulation. The government approved this proposition in 1969 at the same time of the government's approval to stipulate the 1965 Presidential Stipulation as Law Number 1/PNPS/1965 based on the Decision of the People's Consultative Assembly. See Titik Suwariyati and Imam Syaukani, *Kompilasi Kebijakan Dan Peraturan Perundang-Undangan Kerukunan Umat Beragama* (Jakarta: Puslitbang Kehidupan Keagamaan, 2008), 182.

<sup>35</sup> Tore Lindholm, *Kebebasan Beragama Atau Berkeyakinan: Seberapa Jauh?: Sebuah Referensi Tentang Prinsip-Prinsip Dan Praktek* (Yogyakarta: Kanisius, 2010).

<sup>36</sup> President Decree Number 1/PNPS of 1965.

*race, country of origin, place, origin, descent, nationality or position according to constitutional law.”<sup>37</sup>*

Meanwhile, the addition to this provision through the Religious Blasphemy Law concerns the prohibition of publicly tell, recommend or seek public support, conduct an interpretation of a religion adhered to in Indonesia, carry out religious activities that resemble religious activities of a religion adhered to in Indonesia, conduct interpretations and activities that deviate from the main teachings of religions adhered to in Indonesia. In a complete sentence:<sup>38</sup>

*“Every person is prohibited from deliberately telling, suggesting or seeking public support in public to make interpretations of a religion adhered to in Indonesia or to carry out religious activities that resemble religious activities of that religion, as well as interpretations and activities that deviate from the main teachings of the religion.”*

The Law also regulates in case of violations of the above provisions in Article 2, as follows:<sup>39</sup>

- (1) *Whoever violates the provisions referred to in Article 1 shall given an order and a stern warning to stop their actions in a joint decision of the Minister of Religion, Minister/Attorney General, and the Minister of Home Affairs.*
- (2) *If the violation referred to in paragraph (1) is committed by an Organization or according to a belief system, the President of the Republic of Indonesia may dissolve the Organization and declare the Organization or sect as a prohibited organization/cult, one after the other after the President has received considerations from the Minister of Religion, Minister/Attorney General/Supreme Justice and Minister of Home Affairs.*

Next, the Religious Blasphemy Law mentions a sentence of imprisonment for a maximum of 5 years, as follows:<sup>40</sup>

*“If, after actions taken by the Minister of Religion together with the Minister/Attorney General and the Minister of Home Affairs or by the President of the Republic of Indonesia according to the provisions in Article 2 against a person, organization or belief, they still continue to violate the provisions in Article 1, then the person, follower, member, and/or member of the Organizational Management of that sect shall be sentenced to a maximum imprisonment of five years.”*

<sup>37</sup> Indonesian Civil Code, Chapter V Crimes Against Public Order, Article 156.

<sup>38</sup> Indonesia, Law on Prevention of Abuse and/or Blasphemy of Religion, Law Number 1/PNPS of 1965, Article 1.

<sup>39</sup> Law Number 1/PNPS of 1965, Article 2.

<sup>40</sup> Law Number 1/PNPS of 1965, Article 3.

Subsequently, the content of material of Religious Blasphemy Law was added to the Criminal Code through Article 4, as follows:<sup>41</sup>

In the Criminal Code, there is a new article that reads as follows:

*"Article 156a"*

*"Sentencing to a maximum imprisonment of five years applies to those who intentionally publicly express feelings or commit an act:*

- a. *that essentially contains hostility, abuse or blasphemy against a religion adhered to in Indonesia;*
- b. *with the intention to prevent people from not following any religion that is based on the belief in the One and Only God."*

According to the formulation of Article 4 of the Criminal Code, public demonstration of the following actions is punishable by law:<sup>42</sup>

- 1) Express feelings or commit acts that are hostile towards a religion adhered to in Indonesia;
- 2) Express feelings or commit acts that are abusive towards a religion adhered to in Indonesia;
- 3) Express feelings or commit blasphemy against a religion adhered to in Indonesia;
- 4) Actions with the intention to prevent people from not following any religion that is based on the belief in the One and Only God

## **2. Constitutional Issues in the Constitutional Court Decisions Religious Blasphemy Law**

The constitutional dimension of legal provisions that criminalizes actions suspected of religious blasphemy has been reviewed by the Constitutional Court in a number of decisions, namely Decisions Number 84/PUU-X/2012,<sup>43</sup> 140/PUU-II/2009,<sup>44</sup> 76/PUU-XVI/2018,<sup>45</sup> and 5/PUU-XVII/2019.<sup>46</sup> In all four decisions, Constitutional Court declares that they reject all petitions from the petitioners. In the petitions, experts and

<sup>41</sup> Law Number 1/PNPS of 1965, Article 4.

<sup>42</sup> Sihombing *et al.*, *Ketidakadilan Dalam Beriman: Hasil Monitoring Kasus-Kasus Penodaan Agama Dan Ujaran Kebencian Atas Dasar Agama Di Indonesia*, 10.

<sup>43</sup> This Decision was submitted by Shia Leaders from Madura Island, namely Tajul Muluk, Hasan Alaydrus, Drs. Ahmad Hidayat, Dr. Umar Shahab, and Sebastian Joe bin Abdul Hadi.

<sup>44</sup> This Decision was submitted by Participatory Society Initiatives for Just Transitions (IMPARSIAL), Institute for Community Studies and Advocacy (ELSAM), Association for Legal Aid and Human Rights (PBHI), Association for Center for Human Rights and Democracy Studies (DEMOS), Society for Equity, Desantara Foundation, Indonesian Legal Aid Foundation (YLBHI), K.H. Abdurrahman Wahid, Prof. Dr. Musdah Mulia, Prof. M. Dawam Rahardjo, and KH. Maman Imanul Haq.

<sup>45</sup> This Decision was submitted by law students from the University of Indonesia, namely Zico Leonard Djagardo Simanjuntak and Aisyah Sharifa.

<sup>46</sup> This Decision was submitted by Zico Leonard Djagardo Simanjuntak (student of the Faculty of Law, University of Indonesia).



stakeholders that support the constitutional review of the Law in the four decisions of the Constitutional Court argue that Religious Blasphemy Law:<sup>47</sup>

1. *The Law does not meet the formal requirements of legislation because it was formed during the Guided Democracy period, hence it must be declared invalid. This law was enacted during the revolutionary period and in the present condition, it is irrelevant to be maintained.*<sup>48</sup>
2. *The formulation of Article 1 of this Law regarding the phrases “deviant interpretation” or “the principles of religious teachings” is a multi-interpretation clause used to limit the religious freedom of others.*<sup>49</sup>
3. *This Law creates discrimination due to limitations on the number of religions recognized by the state.*<sup>50</sup>
4. *The state has no right to interfere in matters of religious belief in determining which interpretation is “right” or “wrong”, as allowed by the Religious Blasphemy Prevention Law.*<sup>51</sup>
5. *This Law does not guarantee religious freedom and is against human rights as it penalizes those with different beliefs from the religious interpretations recognized by the state despite religious freedom as human right.*<sup>52</sup>
6. *Restrictions imposed by the state may only be implemented to the extent of the behavior of the citizens and may not limit one’s religious freedom.*<sup>53</sup>

<sup>47</sup> One of the stakeholders that are in support of the review of the Law and declaring Article 1 of the Religious Blasphemy Law as unconstitutional is the Human Rights Commission as it is against the responsibility of the state to protect the right to religious freedom. Several elements in Article 1 are considered to enter the scope of *forum internum* which cannot be intervened by the state. However, the Human Rights Commission considers that in the case of committing hatred toward or insulting a religion, a state intervention can be justified in order to protect the rights and freedom of others. National Commission for Women, Bishops’ Conference of Indonesia (KWI), Fellowship of Indonesian Churches (PGI), Association of Spiritual Believers, and Belief Organization Cooperation Agency (BKOK).

<sup>48</sup> Argument of the Petitioner (Constitutional Court Decision Number 140/PUU-VII/2009, 231 and 271).

<sup>49</sup> The notion of argument of the Petitioner in Constitutional Court Decision Number 140/PUU-VII/2009, 286. This notion is one of the notions that are constantly expressed in the review of Religious Blasphemy Law. See argumentation of Tajul Muluk *et al.* in Constitutional Court Decision Number 84/PUU-X/2012” (2012), 139–40.

<sup>50</sup> Constitutional Court Decision Number 140/PUU-VII/2009, 271. Argumentation that the Religious Blasphemy Law is administrative in nature is one of the main issues discussed on Religious Blasphemy Law. See argumentation of Petitioners in “Constitutional Court Decision Number 76/PUU-XVI/2018” (2018); “Constitutional Court Decision Number 5/PUU-XVII/2019” (2019). The statement of one of the experts of the Government, namely Mudzakkir, suggests that Article 2 verse (1) of the Religious Blasphemy Law is meant to protect religions that administratively meet the requirements and are acknowledged by the state. It is the obligation of the state to protect religions that have been recognized by the state from the possibility of religious abuse. Expert Opinion of Government Mudzakkir in Constitutional Court Decision Number 140/PUU-VII/2009, 244.

<sup>51</sup> See argument of petitioner, 231, which confirms expert opinion of Petitioner in Decision 140/PUU-VII/2009 Franz Magnis Suseno, 236-237, Summary of legal opinions of petitioners and experts by Constitutional Court in Constitutional Court Decision 140/PUU-VII/2009, 270.

<sup>52</sup> See argument of petitioner, 231, Constitutional Court Decision 140/PUU-VII/2009, 270.

<sup>53</sup> Constitutional Court Decision 140/PUU-VII/2009, 270.



7. *This Law criminalizes religious freedom on the basis of abuse and defamation of religion offenses which can be used by the ruling regime to oppress people with minority religions. It is difficult to prove abuse or defamation of religion.*<sup>54</sup>

The Constitutional Court declared the Religious Blasphemy Law as constitutional. In this case, the Constitutional Court not only negates human rights that have been strongly/solidly reformulated in the amendments of the Constitution, but also decides to please the far-right wing that has long sought the adoption of Islamic values<sup>55</sup> in the Indonesian state administration system by turning a blind eye to various formal and substantial problems of the Religious Blasphemy Law which leads to the deprivation of constitutional rights of the citizens. It is no wonder that in deciding this law, the Constitutional Court uses arguments that at times clearly contradict each other.

The Constitutional Court begins their argumentation by comparing Indonesia with secular countries such as the United States that prohibits teaching religions at school.<sup>56</sup> This certainly does not go along with the context of the rule of law and the Indonesian people. In their considerations, the Constitutional Court argues that the Indonesian nation is a nation of faith in God, and not an atheist one.<sup>57</sup> They further emphasize that the Indonesian constitution does not allow for non-religious campaigns, freedom to promote non-religiousness, or insulting or defiling religious teachings or the holy books that become the sources of faith, or defaming the name of God.<sup>58</sup>

The Constitutional Court does not consider an important aspect that in the Constitution, there is no prohibition for Indonesian citizens to not have a belief or faith. There is no single constitutional provision that stipulates that every citizen must follow a religion. The constitution in fact stands in the opposite position, namely by recognizing the right of a person to have a religion or belief.<sup>59</sup> The Constitutional Court has narrowly interpreted the form of expression of religious freedom, which should include non-theism, as regulated in Article 18 of The International Covenant on Civil

<sup>54</sup> Argument of Petitioner, 230, Expert Opinion of Petitioner Decision 140/PUU-VII/2009 Soetandya Wignyosoebroto in the judicial review of Religious Blasphemmy Law in Decision Number 140/PUU-VII/2009, 239, Information of Relevant Party Belief Organization Cooperation Agency (BKOK) in Constitutional Court Decision 140/PUU-VII/2009, 252; Constitutional Court Decision 140/PUU-VII/2009, 271.

<sup>55</sup> Although the Religious Blasphemy Law does not specifically discuss Islam, however, Islam is one of the religions protected based on this Law. In its implementation, Islam is also the religion that benefits from the protection of the Law as a majority.

<sup>56</sup> Decision Number 140/PUU-VII/2009, 273.

<sup>57</sup> Decision Number 140/PUU-VII/2009, 272-273.

<sup>58</sup> Constitutional Court Decision Number 140/PUU-VII/2009, 275.

<sup>59</sup> See Article 29 verse (2) of the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia

and Political Rights (ICCPR)<sup>60</sup> as well as the Constitution. While the essence of the state of Indonesia is a state of faith, this does not translate to the state being able to prohibit one's religious expression that does not believe in God. The Constitutional Court has institutionalized the violation of religious freedom regulated in ICCPR which is adopted in the Human Rights Law and the Constitution.<sup>61</sup>

The Constitutional Court further establishes once more that the principle of the rule of law in Indonesia is based on the principle of the Belief in The One and Only God.<sup>62</sup> Religious freedom in Indonesia is not in a position that is free of values and freedom *an sich*, but is accompanied with a social responsibility to realize human rights for every person. This means that the state must play a role as the one who balances the human rights and basic obligations to realize just human rights. It is the job of the state to ensure that one's religious freedom does not harm the religious freedom of others.<sup>63</sup>

Furthermore, the Constitutional Court considers that restrictions do not necessarily mean discrimination as long as they are carried out as a form of protection of the rights of others.<sup>64</sup> The Constitutional Court views that the Blasphemy Law does not stipulate restrictions on freedom of religion, but restrictions on expressing feelings of committing acts that contain hostility, abuse, or blasphemy against a religion, as well as restrictions on interpretation of activities that deviate from the main teachings of the religions adhered to in Indonesia.<sup>65</sup>

The Constitutional Court views that the Religious Blasphemy Law does not prohibit anyone to conduct an interpretation of a religious teaching or conducting religious activities that resemble a religion adhered to in Indonesia, but prohibits the acts of deliberately telling, suggesting or seeking public support, to make interpretations about a religion adhered to in Indonesia or doing religious activities that resemble the religious activities of a certain religion, as well as interpretations and activities

<sup>60</sup> See General Comment No. 22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion) of ICCPR. Violations of religious freedom/belief or human rights by the state, although the state has ratified the ICCPR are commonly found. See Beth Simmons, "Civil Rights in International Law: Compliance with Aspects of the 'International Bill of Rights,'" *Indiana Journal of Global Legal Studies* 16, no. 2 (2009): 19.

<sup>61</sup> See Article 4, Article 22, Article 55, as well as General Elaboration of "Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia" and Article 28E verse (1) and verse (2), Article 28I verse (1), and Article 29 verse (2) of the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia.

<sup>62</sup> Decision Number 140/PUU-VII/2009, 275.

<sup>63</sup> Decision Number 140/PUU-VII/2009, 278.

<sup>64</sup> Decision Number 140/PUU-VII/2009, 279.

<sup>65</sup> Decision Number 140/PUU-VII/2009, 287.

that deviate from the main teachings of the religion. The Constitutional Court affirms that unless such matters are regulated, horizontal conflicts may emerge.<sup>66</sup>

According to the Constitutional Court, deviant interpretations are related to the aspect of freedom in believing a faith and expressing thoughts and attitudes according to one's conscience. In this case, according to the Constitutional Court, the freedom of belief is a type of freedom that cannot be forcefully restricted, and cannot even be tried, as the freedom exists in the mind and heart of the person that believes in the faith. This can be referred to as *forum internum*. On the other hand, the freedom to express thoughts or attitudes based on one's conscience (*forum externum*) shall be restricted if it concerns or is related to stakeholders in the society.<sup>67</sup>

The Constitutional Court argues that the main principles of religious teachings should be obtained through the appropriate methodology based on the teachings of said religion. They further argue that the freedom to make interpretations is not absolute. Interpretations that are not based on the methodology that are commonly recognized by the religion followers and not sourced from the holy book will create reactions that threaten public safety and order when expressed or done in public.<sup>68</sup> The interpretations recognized in this law are those that are based on the experts or scholars of the religion and involve experts on the relevant matter of discussion in the interpretation process.<sup>69</sup> The Constitutional Court views that this restriction is in line with Article 18 of ICCPR, the Constitution, and the applicable international standards.<sup>70</sup>

The Constitutional Court believes that it must be the religion itself that internally decides the principles of religious teachings. Indonesia has a Department of Religion that serves and protects the growth and development of religions in a healthy manner. The Department of Religion has organizations and a set of tools to collect various opinions from the internal of a religion. This means that the state does not autonomously decide the principles of religious teachings, as they are based on the agreement within the internal stakeholders of the religion.<sup>71</sup>

In response to the notion of differential treatment of the recognition of 6 religions mentioned in the Religious Blasphemy Law, the Constitutional Court argues that this law does not limit the recognition and protection only for the 6 religions (Islam,

<sup>66</sup> Decision Number 140/PUU-VII/2009, 287.

<sup>67</sup> Decision Number 140/PUU-VII/2009, 288.

<sup>68</sup> Decision Number 140/PUU-VII/2009, 289.

<sup>69</sup> Decision Number 140/PUU-VII/2009, 291.

<sup>70</sup> Decision Number 140/PUU-VII/2009, 289.

<sup>71</sup> Decision Number 140/PUU-VII/2009, 289.

Christianity, Catholicism, Buddhism, Hinduism, and Confucianism). The general elaboration of the law states that “This does not mean that other religions such as Judaism, Zoroastrian, Shinto, and Taoism are prohibited in Indonesia. They receive full assurance as mandated by Article 29 verse 2 of the Constitution, and their existence shall not be disrupted as long as they do not violate the provisions in this regulation or other regulations of the law.” The Constitutional Court states that the recognition of the six religions is merely factual and sociological mentions of the existence of religions in Indonesia during the time when the Religious Blasphemy Law was formulated.<sup>72</sup>

Until now, there has been no issues in the social and state life when interpretations or activities deemed as deviant create anxieties among the followers of the religion, disrupt the peace and disturb public order. The state has the interest to make regulations of the law to give assurance for the recognition and respect/honor of the rights and obligations of others, and to meet just demands based on moral considerations, religious values, and public safety and order.<sup>73</sup>

According to the Constitutional Court, substantially, Article 1 of the Religious Blasphemy Law should not immediately be interpreted as a form of restriction of *forum externum* against *forum internum* of one’s religious freedom.<sup>74</sup> The Constitutional Court adds that having a religion in the context of individual human rights cannot be separated from the right to religion in the communal human rights. The Constitutional Court considers keeping religious values as the society’s communal values are valid according to the constitution. Religious organizations with a historical foundation that are rooted in the country and serve as the mother organizations of the religions recognized in Indonesia eventually become the partners of the state in creating public order to respect each other and practice tolerance.<sup>75</sup>

The Constitutional Court believes that this law is still required as a general prevention. The notion on the coercion of religious freedom that leads to discrimination as expressed by Petitioners becomes irrelevant and inaccurate according to law.<sup>76</sup> According to the Constitutional Court, the less than ideal implementation of the Religious Blasphemy Law is due to errors in the implementation and does not refute the norms in the law.<sup>77</sup> Further, the Constitutional Court argues that the disparity

<sup>72</sup> Decision Number 140/PUU-VII/2009, 290.

<sup>73</sup> Decision Number 140/PUU-VII/2009, 292-293.

<sup>74</sup> Decision Number 140/PUU-VII/2009, 294.

<sup>75</sup> Decision Number 140/PUU-VII/2009, 295.

<sup>76</sup> Decision Number 140/PUU-VII/2009, 298.

<sup>77</sup> Decision Number 140/PUU-VII/2009, 302.

in sentencing the crimes stipulated in the court's decisions is essentially not a form of discrimination or inconsistency of the text, but the judge's authority to assess the level of violation according to each case. Therefore, the Petitioners are considered to be unable to prove the legal uncertainty in the addition of Article 156a of the Criminal Code.<sup>78</sup>

In addition to the rationale that supports the constitutionality of the Religious Blasphemy Law, the Constitutional Court also receives inputs from experts that view the formal or substantial weaknesses of the law. The Constitutional Court views that the scope of the law's substance must be clarified in order to prevent misinterpretation in practice. According to the Constitutional Court, it is the authority of the lawmakers to improve it.<sup>79</sup>

The Constitutional Court translates the phrase "in public" in the Religious Blasphemy Law as "a place visited by the public or where the public can hear," "a public place where the public or a crowd is present", and "a place where the public can see."<sup>80</sup> They view that Article 156a of the Criminal Code is the authority of the public court, not the constitutional court.<sup>81</sup>

The Decision of the Constitutional Court was made by nine constitutional judges, eight of whom are Muslims. It is then no wonder that the Decision of the Constitutional Court does not have the frequently marginalized minority perspective. One of the constitutional judges, who is a Catholic (Maria Farida Indrati) issued a dissenting opinion. According to her, there is a discriminatory treatment in Article 1 of the Law, between the six recognized religions and other religions, especially against schools or bodies of spiritual beliefs. According to her, even the state/government has entered the realm of spiritual existence which is inherent in every individual (in this case schools or bodies of spiritual beliefs) because the government is given the authority to try and channel it toward a healthy view and the direction of God Almighty.<sup>82</sup>

Maria Farida adds that although the Religious Blasphemy Law does not mention the six religions recognized by the state, in its implementation by the government, it is evident that the assurance and protection, as well as aids, are only available to the six religions. This can be seen in the issuance of a residence identification card, death certificates, or marriage license. The Law has become the reason of prohibition

<sup>78</sup> Decision Number 140/PUU-VII/2009, 302.

<sup>79</sup> Decision Number 140/PUU-VII/2009, 304-305.

<sup>80</sup> Decision Number 84/PUU-X/2012, 144.

<sup>81</sup> Decision Number 84/PUU-X/2012, 146-147.

<sup>82</sup> Dissenting Opinion of Maria Farida Indrati in Decision 140/PUU-VII/2009, 317.

against the followers of Confucianism, as there are only five Directorate Generals of Community Guidance at the Ministry of Religion, each for the religion of Islam, Christianity, Catholicism, Buddhism, Hinduism.<sup>83</sup> According to her, the addition of Article 156a in the Criminal Code is more frequently implemented arbitrarily in practice.<sup>84</sup>

In considering the constitutionality of the Religious Blasphemy Law, there are several things that the Constitutional Court has missed. First, the argument of the Constitutional Court shows their inability to clarify the relation between religion and the state. Constitutional interpretation that views the Religious Blasphemy Law as constitutional shows the religious front of the Indonesian Constitution which becomes the reference and consideration in deciding cases related to religion and the state.<sup>85</sup> Constitutional Court does not consider the rule of law aspect of Indonesia, which has been established in Article 1 verse (3) of the Constitution.

Secondly, the argumentation of the Constitutional Court which states that the interpretations that can be accepted are those with “acceptable methodology”<sup>86</sup> does not consider the fact that religion is not science, as it is based solely on faith which may not necessarily be proven scientifically. In the history of existing religions, there is no sole interpretation on religious texts or teachings.<sup>87</sup>

Thirdly, by establishing the authority of the Department of Religion to serve and protect the growth and development of a healthy religion with the internal party of the relevant religion,<sup>88</sup> the Constitutional Court in this case does not consider the reality of dispute among religious beliefs and even within the internal party of the religion. In spite of that, the diversity of religious people in the Indonesian context has placed certain religions and religious groups/beliefs as a majority and the others as minority. In cases where it is difficult to find the common ground and even contradict each other, the minorities inevitably have the disadvantage, and are often in the position that are deemed “incorrect.” As a result, certain religions/beliefs will be eliminated<sup>89</sup>

<sup>83</sup> Indrati in Decision 140/PUU-VII/2009, 320.

<sup>84</sup> Indrati in Decision 140/PUU-VII/2009, 321.

<sup>85</sup> Ismail Hasani and Bonar Tigor Naipospos, *Negara Menyangkal: Kondisi Kebebasan Beragama/Berkeyakinan Di Indonesia 2010* (Jakarta: Pustaka Masyarakat Setara, 2011), 3.

<sup>86</sup> Legal Opinion of the Constitutional Court in Decision 140/PUU-VII/2009, 289.

<sup>87</sup> Mudzakkir *et al.*, “Analisis Dan Evaluasi Undang-Undang No 1 PNPS Tahun 1965 Tentang Pencegahan Penyalahgunaan Dan/Atau Penodaan Agama” (Jakarta, 2011), 40.

<sup>88</sup> Legal Opinion of the Constitutional Court in Decision 140/PUU-VII/2009, 289.

<sup>89</sup> Sihombing *et al.*, *Ketidakadilan Dalam Beriman: Hasil Monitoring Kasus-Kasus Penodaan Agama Dan Ujaran Kebencian Atas Dasar Agama Di Indonesia*, 11.



and even criminalized based on this Law.<sup>90</sup> When the state prefers an interpretation from certain groups, the state will discriminate against other groups.<sup>91</sup>

Fourth, the Constitutional Court states that in addition to the six religions mentioned, other religions also has the assurance of Article 29 verse (2) was allowed to exist as long as they do not violate the regulations of the law.<sup>92</sup> The mention of the names of religions adhered to equals to a recognition of the mentioned religions. The Constitutional Court in this case affirms Article 1 and the Elaboration of the Law which state that every person is prohibited to do the acts of deliberately telling, suggesting or seeking public support, to make interpretations about a religion adhered to or doing activities that resemble the religious activities of a certain religion, as well as interpretations and activities that deviate from the main teachings of the religion. The religions referred to in the Article include Islam, Christianity, Catholicism, Buddhism, Hinduism, and Confucianism.<sup>93</sup> The Constitutional Court has turned a blind eye on the protection provided by Article 1 on the mentioned religions, inevitably singling out other beliefs that are not mentioned and putting them out of the protection of the Law. Moreover, the Religious Blasphemy Law does not address the current condition<sup>94</sup> which indicates the emergence of the tyranny of the majority, the strong emergence of *conservatism turn*, and uncivil society in Indonesia.<sup>95</sup>

<sup>90</sup> Opinion of Relevant Party Bishops' Conference of Indonesia in Court Decision Number 140/PUU-VII/2009 on Religious Blasphemy Law, 251.

<sup>91</sup> Mudzakkir *et al.*, "Analisis Dan Evaluasi Undang-Undang No 1 PNPS Tahun 1965 Tentang Pencegahan Penyalahgunaan Dan/Atau Penodaan Agama," 40. The United States Commission on International Religious Freedom (USCIRF) mentions the weakness in preferring one particular interpretation, namely inherent subjectivity (United States Commission on International Religious Freedom, "Respecting Rights? Measuring The World's Blasphemy Laws," 6).

<sup>92</sup> Decision Number 140/PUU-VII/2009, 290.

<sup>93</sup> See Article 1 dan Elaboration of Article 1 of Law Number 1 PNPS of 1965 on the Prevention of Abuse and/or Defamation of Religion.

<sup>94</sup> See Opinion of Relevant Party Fellowship of Indonesian Churches (PGI) in Court's Decision Number 140/PUU-VII/2009 on Religious Blasphemy Law, 251.

<sup>95</sup> See dissenting opinion of Constitutional Judge Maria Farida Indrati which explains how the Religious Blasphemy Law is against the assurance for the freedom of religion and belief in the highly powerful Indonesian law regime. Decision of the Constitutional Court Number 140/PUU-VII/2009, pp. 313-316. The opinion is supported by Mudzakkir in Mudzakkir *et al.*, "Analisis Dan Evaluasi Undang-Undang No 1 PNPS Tahun 1965 Tentang Pencegahan Penyalahgunaan Dan/Atau Penodaan Agama," 29. Strengthening of uncivil society after the reformation also serves as a very strong variable in the religious blasphemy law enforcement that targets the minorities. See Amjad Mahmood Khan, "How Anti-Blasphemy Laws Engender Terrorism," *Harvard International Law Journal Online* 56 (2015): 8, which explains the growth of religious extremism that makes the Religious Blasphemy Law as a means to suppress the religious practices of minorities. See also Opinion of Uli Parulian Sihombing, et al. which argues that the Religious Blasphemy Law should be replaced, Sihombing et al., *Ketidakadilan Dalam Beriman: Hasil Monitoring Kasus-Kasus Penodaan Agama Dan Ujaran Kebencian Atas Dasar Agama Di Indonesia*, 89-90.

Fifth, the law reviewed by the Constitutional Court is not about religious freedom, but religious blasphemy.<sup>96</sup> The Constitutional Court in this case has overlooked another side of the implementation of law enforcement of the religious blasphemy law which has done more damage suppressing the minorities,<sup>97</sup> causing religious minority groups with different religious teachings to be criminalized. The cases of Shia and Ahmadiyah as the minority groups in Islam that are viewed as deviant are proofs that religious minorities become the target of religious blasphemy law enforcement. This suggests that the Constitutional Court does not consider protection of the minorities in the framework of the Religious Blasphemy Law. The Constitutional Court in this case fails to establish the scope of religious freedom that should be protected. The lack of scope of religious freedom means that society's rejection becomes the only indicator that determines the limitation of one's religious freedom. In such circumstance, the state becomes the oppressor and the minorities are the ones who are harmed. The state inevitably takes sides with the interpretation that benefits the interest of the established religion.<sup>98</sup>

Sixth, by making an interpretation of Indonesia as a state of faith, the Constitutional Court inevitably refuses to recognize non-theism in the scope of the State of the Republic of Indonesia. Hence, they have made a narrow interpretation of the form of expression of religious freedom as regulated in Article 18 of ICCPR<sup>99</sup> as well as the Constitution, within which there is an assurance for those who choose to not have a religion. While the essence of Indonesia is a state of godliness, it does not translate to the state being able to prohibit one's religious expression, including the notion of not believing in a god, especially as there is no single constitutional provision that prohibits non-theism.

Seventh, by declaring the Religious Blasphemy Law as constitutional, the Constitutional Court law does not recognize the acceptance of the diversification

<sup>96</sup> Decision Number 140/PUU-VII/2009, 287.

<sup>97</sup> Lindholm, *Kebebasan Beragama Atau Berkeyakinan: Seberapa Jauh?: Sebuah Referensi Tentang Prinsip-Prinsip Dan Praktek*, 28.

<sup>98</sup> Sihombing *et al.*, *Ketidakadilan Dalam Beriman: Hasil Monitoring Kasus-Kasus Penodaan Agama Dan Ujaran Kebencian Atas Dasar Agama Di Indonesia*, 11. See also Mudzakkir *et al.*, "Analisis Dan Evaluasi Undang-Undang No 1 PNPS Tahun 1965 Tentang Pencegahan Penyalahgunaan Dan/Atau Penodaan Agama," 37. Similar concerns are expressed in Margiyono, *Bukan Jalan Tengah: Eksaminasi Publik Putusan Mahkamah Konstitusi Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 1 PNPS Tahun 1965 Tentang Penyalahgunaan Dan/Atau Penodaan Agama* (Jakarta: The Indonesian Legal Resource Center (ILRC), 2010).

<sup>99</sup> See General Comment No. 22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion) of ICCPR. The violations of religious freedom or human rights by the state are common, although the country has ratified the ICCPR. See Simmons, "Civil Rights in International Law: Compliance with Aspects of the 'International Bill of Rights,'" 19.

concept in beliefs/faiths. Consequently, religious actions, statements, or interpretations that are different are assumed as deviant.<sup>100</sup> Further, Constitutional Court negates the fact that the development of Religious Blasphemy Law was issued during an emergency and has a repressive nature.<sup>101</sup> This can be seen in cases which had no elements of deliberation to cause offenses toward others. Such cases are brought to trial despite delivered apologies.<sup>102</sup>

Eighth, religious freedom and freedom of expression depend on each other and strengthen each other. In other words, there is no respect for religious freedom when freedom of expression is not respected.<sup>103</sup> Constitutional Court in this case, does not consider the scope of freedom of expression (opinions) as part of religious freedom. Religious freedom in ICCPR does not include the right to have a religion that is free of criticism or mockery.<sup>104</sup> Freedom of expression allows the public to investigate, openly debate, and criticize a belief system, as well as opinions and institutions, including religious institutions, as long as they do not advocate hatred that incites violence, hostility or discrimination against certain individuals or groups.<sup>105</sup> Constitutional Court in this case does not consider the counterproductive nature of Religious Blasphemy Law in general, as it condemns dialogues, debates and criticisms within and among religions/beliefs, while giving protection toward certain religions and being implemented in a discriminatory way.<sup>106</sup>

Ninth, Constitutional Court does not take into account the side of Religious Blasphemy Law that does not guarantee religious freedom and is against human rights as it can be used to persecute people with beliefs that are different from the

<sup>100</sup> See Mudzakkir *et al.*, "Analisis Dan Evaluasi Undang-Undang No 1 PNPS Tahun 1965 Tentang Pencegahan Penyalahgunaan Dan/Atau Penodaan Agama," 24. Similar things are also mentioned in Hasani and Naipospos, *Negara Menyangkal: Kondisi Kebebasan Beragama/Berkeyakinan Di Indonesia 2010*, 3.

<sup>101</sup> Hasani and Naipospos, *Negara Menyangkal: Kondisi Kebebasan Beragama/Berkeyakinan Di Indonesia 2010*, 33 and Expert Opinion of Petitioner Soetandya Wignyosoebroto in the judicial review of the Religious Blasphemy Law in Decision Number 140/PUU-VII/2009, 239.

<sup>102</sup> Zainal Abidin Bagir *et al.*, "Antara 'Penodaan' Dan 'Kerukunan' Makalah Posisi Mengenai UU No. 1 / PNPS / 1965" (Yogyakarta: Program Studi Agama dan Lintas Budaya, Sekolah Pascasarjana, Universitas Gadjah Mada, 2010), 13.

<sup>103</sup> United Nations Human Rights Council, "Annual Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights Addendum Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Expert Workshops on the Prohibition of Incitement to National, Racial or Religious Hatred," 2013, 7.

<sup>104</sup> United Nations Human Rights Council, 9.

<sup>105</sup> United Nations Human Rights Council, 4.

<sup>106</sup> This reflects the nature of the characteristics of Religious Blasphemy Law in general. The same thing applies in the Indonesian context. See United Nations Human Rights Council, 9.

religious interpretation that is recognized by the state, whereas indeed religious freedom is the right of every person.<sup>107</sup>

Tenth, Constitutional Court negates that the restrictions enforced by the state only applies to the behaviors of the citizens, and does not concern the religious faith of an individual (*forum internum*).<sup>108</sup>

Eleventh. Constitutional Court does not consider that there is a lack of clarity in the formulation of the Religious Blasphemy Law<sup>109</sup> and that it is prone to multiple interpretations<sup>110</sup> as stated in the concurring opinion of Constitutional Judge Harjono.

Oemar Senoadji presents an example on how Article 156a of the Criminal Code can be used as a basis to prosecute someone despite them not disrupting the peace among people of faith nor disrupting/harming public order. Each statement that contains any element of hostility, abuse or defamation against religion is a criminal act. Therefore, there is a divergence between “the status and description of criminal acts” and “the text and formulation of the offense.” The formulation is aimed at “religion”, not the disruption of religious feeling or public order in general.<sup>111</sup>

Twelfth, Constitutional Court does not consider the circumstance of how Religious Blasphemy Prevention Law may create tension and violate justice instead of creating interfaith harmony.<sup>112</sup>

### C. CONCLUSION

Based on the previous chapter, there are two conclusions that can be drawn. First, the religious blasphemy law in Indonesia inherently violates human rights and is prone to politicization for certain political interests, and therefore puts the religious minorities in a vulnerable position. The religious blasphemy law is the antithesis to human rights, particularly due to the freedom of expression and opinion within the context of the Indonesian state administration as a state based on the rule of law and founded on Pancasila, and not just one particular religion.

<sup>107</sup> Mudzakkir *et al.*, “Analisis Dan Evaluasi Undang-Undang No 1 PNPS Tahun 1965 Tentang Pencegahan Penyalahgunaan Dan/Atau Penodaan Agama,” 37.

<sup>108</sup> Information of Relevant Party The National Commission of Human Rights in the Constitutional Court Decision 140/PUU-VII/2009 p. 252. See also Mudzakkir *et al.*, 37.

<sup>109</sup> Concurring Opinion of Constitutional Judge Harjono in the Constitutional Court Decision Number 140/PUU-VII/2009, 311-312.

<sup>110</sup> See Opinion of Relevant Party Bishops’ Conference of Indonesia in Court Decision Number 140/PUU-VII/2009 on Religious Blasphemy Law, 250.

<sup>111</sup> Sihombing *et al.*, *Ketidakadilan Dalam Beriman: Hasil Monitoring Kasus-Kasus Penodaan Agama Dan Ujaran Kebencian Atas Dasar Agama Di Indonesia*, 10-11.

<sup>112</sup> Opinion of Expert Luthfi Assyaukanie in the judicial review of Religious Blasphemy Law in Decision Number 140/PUU-VII/2009, 237.

Secondly, the constitutionality dimension of the basic legal provisions that criminalize religious blasphemy has been reviewed by the Constitutional Court in several decisions, namely Decisions Number 140/PUU-VII/2009, 84/PUU-X/2012, 76/PUU-XVI/2018, and 5/PUU-XVII/2019. In the four decisions, Constitutional Court decided to reject all petitions. Nevertheless, the constitutionality issues in the decisions remain as the Constitutional Court establishes a religious constitution, whereas according to the 1945 Constitution of the State of the Republic of Indonesia, the state is based on the rule of law founded on Pancasila, not a religious state. Moreover, the Constitutional Court has disregarded human rights, especially the right to freedom/belief as assured in Article 28E and Article 29 verse (2) of the 1945 Constitution of the State of the Republic of Indonesia. Constitutional Court also fails to consider the scope of freedom of expression (opinions) as a part of religious freedom.

## REFERENCES

### Book

- Asad, Talal. *The Idea of an Anthropology of Islam*. Washington DC: Center for Contemporary Arab Studies, Georgetown University, 1986.
- Fiss, Joelle, and Jocelyn Getgen Kestenbaum. *Respecting Rights? Measuring The World's Blasphemy Laws*. Washington DC: United States Commission on International Religious Freedom, 2017.
- Halili. *Supremasi Intoleransi: Laporan Kondisi Kebebasan Beragama/Berkeyakinan Dan Minoritas Keagamaan Di Indonesia Tahun 2016*. Jakarta: Pustaka Masyarakat Setara, 2017.
- Hasan, Noorhaidi. "Salafism in Indonesia: Transnational Islam, Violent Activism, and Cultural Resistance." In *Routledge Handbook of Contemporary Indonesia*, edited by Robert W. Hefner, 246–56. London: Routledge, 2018.
- Hasani, Ismail, and Bonar Tigor Naipospos. *Negara Menyangkal: Kondisi Kebebasan Beragama/Berkeyakinan Di Indonesia 2010*. Jakarta: Pustaka Masyarakat Setara, 2011.
- Hefner, Robert W. "Indonesia at the Crossroads: Imbroglios of Religion, State, and Society in an Asian Muslim Nation." In *Routledge Handbook of Contemporary Indonesia*, 3–30. London: Routledge, 2018.
- Lindholm, Tore. *Kebebasan Beragama Atau Berkeyakinan: Seberapa Jauh?: Sebuah Referensi Tentang Prinsip-Prinsip Dan Praktek*. Yogyakarta: Kanisius, 2010.



Margiyono. *Bukan Jalan Tengah: Eksaminasi Publik Putusan Mahkamah Konstitusi Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 1 PNPS Tahun 1965 Tentang Penyalahgunaan Dan/Atau Penodaan Agama*. Jakarta: The Indonesian Legal Resource Center (ILRC), 2010.

Notohamidjojo, O. *Makna Negara Hukum Bagi Pembaharuan Negara Dan Wibawa Hukum Bagi Pembaharuan Masyarakat Di Indonesia*. Djakarta: Badan Penerbit Kristen, 1970.

Robertson, David. *A Dictionary of Human Rights*. London: Europa Publication, 2004.

Sihombing, Uli Parulian, Fulthoni, and Renata Arianingtyas. *Menggugat BAKORPAKEM Kajian Hukum Terhadap Pengawasan Agama Dan Kepercayaan Di Indonesia*. Jakarta: The Indonesian Legal Resource Center (ILRC), 2008.

Sihombing, Uli Parulian, Pultoni, Siti Aminah, and Muhammad Khoirul Roziqin. *Ketidakadilan Dalam Beriman: Hasil Monitoring Kasus-Kasus Penodaan Agama Dan Ujaran Kebencian Atas Dasar Agama Di Indonesia*. Jakarta: The Indonesia Legal Resources Center (ILRC), 2012.

Sudarto. *Kondisi Pemenuhan Hak Konstitusional Penghayat Kepercayaan Terhadap Tuhan Yang Maha Esa*. Jakarta: Pustaka Masyarakat Setara, 2017.

Suwariyati, Titik, and Imam Syaukani. *Kompilasi Kebijakan Dan Peraturan Perundang-Undangan Kerukunan Umat Beragama*. Jakarta: Puslitbang Kehidupan Keagamaan, 2008.

Venice Commission. *Blasphemy, Insult and Hatred: Finding Answers in a Democratic Society (Science and Technique of Democracy, No. 47)*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010.

## **Journal**

Ahmed, Dawood I., and Moamen Gouda. "Measuring Constitutional Islamization: The Islamic Constitutions Index." *Hastings International & Comparative Law Review* 38, no. 1 (2014): 1-68.

Butt, Simon. "Islam, The State and the Constitutional Court in Indonesia." *Pacific Rim Law & Policy Journal Association* 19, no. 2 (2010): 279-301.

Iqbal, Zahid, and Sumaira Lodhi. "Extremist and Religious Violence: An Economic Overview of Pakistan." *International Journal of Research in Applied, Natural and Social Sciences* 2, no. 11 (2014): 195-212.

Khan, Amjad Mahmood. "How Anti-Blasphemy Laws Engender Terrorism." *Harvard International Law Journal Online* 56, (2015): 1-13.



- Lindsey, Tim. "Indonesian Constitutional Reform: Muddling Towards Democracy." *Singapore Journal of International and Comparative Law* 6 (2002): 244–301.
- Menchik, Jeremy. "Productive Intolerance: Godly Nationalism in Indonesia." *Comparative Studies in Society and History* 56, no. 3 (2014): 591–621.
- Simmons, Beth. "Civil Rights in International Law: Compliance with Aspects of the 'International Bill of Rights.'" *Indiana Journal of Global Legal Studies* 16, no. 2 (2009): 437–81.

### **Others**

- Bagir, Zainal Abidin, Suhadi Cholil, Mustaghfiroh Rahayu, Ali Amin, Endy Saputro, and Budi Ashari. "Antara 'Penodaan' Dan 'Kerukunan' Makalah Posisi Mengenai UU No. 1 / PNPS / 1965." Yogyakarta: Program Studi Agama dan Lintas Budaya, Sekolah Pascasarjana, Universitas Gadjah Mada, 2010.
- Christian Solidarity Worldwide. "Indonesia: Pluralism in Peril, the Rise of Religious Intolerance Across the Archipelago." Surrey, 2014.
- "Communication No. 694/1996: Canada. 05/11/99. CCPR/C/67/D/694/1996."
- Freedom House. "Policing Belief: The Impact of Blasphemy Laws on Human Rights – Indonesia," 2010.
- Grim, Brian J. "Laws Penalizing Blasphemy, Apostasy and Defamation of Religion Are Widespread," 2020. <http://www.pewforum.org/2012/11/21/laws-penalizing-blasphemy-apostasy-and-defamation-of-religion-are-widespread/>.
- Human Rights Committee. "General Comment No. 34, Article 19 (Freedoms of Opinion and Expression) U.N. Doc. CCPR/C/GC/34, 48," 2011.
- Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, Bab V Kejahatan terhadap Ketertiban Umum, Pasal 156.
- Magnis-Suseno, Franz. "Sekitar Hal Penodaan Agama: Beberapa Catatan Keterangan Ahli Judicial Review UU No. 1/PNPS/1965." Jakarta, 2010.
- Manchin, Gayle, and Nadine Maenza. "Indonesia Should Prevent Religious Conflict, but Its Blasphemy Law Does More Harm Than Good," 2019. <https://www.uscirf.gov/news-room/op-eds/globe-post-indonesia-should-prevent-religious-conflict-its-blasphemy-law-does-more>.
- Mudzakkir, Sri Mulyani, Abd. Rahman Mas'ud, Asep Kurnia, Amirsyah, Evi Djuniarti, Henry Donald, Febriany Tri Wijayanti, Lili Wuryani, and Bahrudin Zuhri. "Analisis Dan Evaluasi Undang-Undang No 1 PNPS Tahun 1965 Tentang Pencegahan Penyalahgunaan Dan/Atau Penodaan Agama." Jakarta, 2011.

Penetapan Presiden RI Nomor 1/PNPS Tahun 1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama (n.d.).

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 140/PUU-VII/2009 (2009).

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 5/PUU-XVII/2019 (2019).

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 76/PUU-XVI/2018 (2018).

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

The Asia Foundation. "Understanding Social Exclusion in Indonesia: A Meta-Analysis of Program Peduli's Theory of Change Documents," 2016.

Ubbe, Ahmad. "Laporan Pengakajian Dan Hukum Tentang Mekanisme Pananganan Konflik Sosial." Jakarta: Pusat Penelitian dan Pengembangan Sistem Hukum Nasional Badan Pembinaan Hukum Nasional Kementerian Hukum dan HAM RI, 2017.

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (n.d.).

Undang-Undang Nomor 1/PNPS Tahun 1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama (n.d.).

Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (n.d.).

United Nations Human Rights Council. "Annual Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights Addendum Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Expert Workshops on the Prohibition of Incitement to National, Racial or Religious Hatred," 2013.

United States Commission on International Religious Freedom. "Indonesia: USCIRF-Recommended for Special Watch List," n.d.

\_\_\_\_\_. "Respecting Rights? Measuring The World's Blasphemy Laws." Washington DC, 2017.

Wahid Foundation. "Kemajuan Tanpa Penyelesaian Masalah: Laporan Tahunan Kemerdekaan Beragama/Berkeyakinan (KBB) Di Indonesia 2019." Jakarta, 2020.

\_\_\_\_\_. "'Ringkasan Eksekutif' Laporan Tahunan Kemerdekaan Beragama Berkeyakinan (KBB) Di Indonesia Tahun 2016 Wahid Foundation." Jakarta, 2016.

# **Relevansi Teori *Oplossing* dalam Penanganan Sengketa Terkait Keputusan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah**

## ***Relevance of Oplossing Theory in Handling Disputes to Government Procurement of Goods and Services Decision***

**Paulus Rudy Calvin Sinaga**

Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia  
Jl. Salemba Raya 4, Kenari, Senen, Jakarta Pusat, 10430.  
E-mail: paulusrudycs@gmail.com

**Anna Erliyana**

Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia  
Jl. Salemba Raya 4, Kenari, Senen, Jakarta Pusat, 10430.  
E-mail: annaer@ui.ac.id

Naskah diterima: 24-08-2021 revisi: 24-05-2022 disetujui: 02-06-2022

### **Abstrak**

Peradilan Tata Usaha Negara Indonesia telah menerapkan teori *oplossing* dimana gugatan terkait sengketa pengadaan barang atau jasa pemerintah dinilai melebur dalam ranah perdata sehingga diasumsikan tidak berwenang dalam menangani sengketa tersebut. Penelitian ini merupakan penelitian yuridis normatif dengan membandingkan antara praktik penanganan perkara pengadaan barang dan jasa pemerintah di Peradilan Tata Usaha Negara Indonesia, Mahkamah Konstitusi, dan Peradilan Administrasi Perancis. Penelitian menunjukkan adanya ketidakkonsistenan di pengadilan tata usaha negara Indonesia terkait penafsiran teori *oplossing* pasca berlakunya Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, sedangkan di Perancis, penggugat dapat mengajukan gugatan dalam bentuk pembatalan keputusan administrasi terkait pengadaan barang dan jasa pemerintah atau gugatan ganti rugi. Implikasi ditiadakannya teori *oplossing* ialah dimungkinkannya pihak ketiga mengajukan gugatan ganti rugi terhadap sengketa pengadaan barang dan jasa pemerintah di peradilan tata usaha negara sesuai dengan Putusan Mahkamah

Konstitusi Nomor 22/PUU-XVI/2018 mengenai tenggang waktu pengajuan gugatan oleh pihak ketiga.

**Kata Kunci:** Teori *Oplossing*; Peradilan Administrasi; Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.

### Abstract

*The Indonesian State Administrative Court has applied the *oplossing* theory, where claims related to disputes over the procurement of government goods or services are considered to be merged in the civil realm so that they are assumed to be not authorized to handle the dispute. This research is normative juridical research by comparing the practice of handling cases of government procurement of goods and services in the Indonesian State Administrative Court, the Constitutional Court, and the French Administrative Court. Research shows that there are inconsistencies in the Indonesian state administrative court regarding the interpretation of the *oplossing* theory after the enactment of Law Number 30 of 2014 concerning Government Administration, while in France, the plaintiff can file a lawsuit in the form of annulment of administrative decisions related to the procurement of government goods and services or a compensation claim. The implication of eliminating the *oplossing* theory is that a third party can file a claim for compensation against a dispute over the procurement of government goods and services in the state administrative court in accordance with the Constitutional Court Decision Number 22/PUU-XVI/2018 regarding the grace period for filing a lawsuit by a third party.*

**Keywords:** *Oplossing Theory; Administrative Justice; Government Procurement of Goods/ Services.*

## A. PENDAHULUAN

### 1. Latar Belakang

Peradilan tata usaha negara mempunyai peranan dalam pelaksanaan fungsi kontrol atas tindakan badan dan pejabat administrasi sehingga tidak dapat bertindak melampaui kewenangan yang dimilikinya. Dalam menangani sengketa tata usaha negara yang berhubungan dengan pengadaan barang dan jasa pemerintah di peradilan tata usaha negara Indonesia, dikenal teori *oplossing* yang dimaknai setiap keputusan tata usaha negara yang substansinya berhubungan dengan ranah perdata melebur dalam tindakan keperdataannya. Teori tersebut secara eksplisit tercantum dalam Pasal 2 huruf a Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara sebagaimana telah diubah terakhir dengan Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua atas dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara (Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara), dimana tidak dapat menjadi objek sengketa tata usaha negara bilamana Keputusan Tata usaha Negara merupakan perbuatan hukum perdata yang menyangkut jual

beli antara instansi pemerintah dan perseorangan. Melalui teori tersebut, peradilan tata usaha negara dapat menentukan bahwa sengketa pengadaan barang dan jasa pemerintah bukanlah objek kewenangan peradilan administrasi.

Teori *oplossing* tersebut telah menjadi kaidah hukum yang berasal dari yurisprudensi Putusan Mahkamah Agung Nomor 252.K/TUN/2000 dimana Majelis Hakim menyatakan

*“Segala keputusan tata usaha negara yang diterbitkan dalam rangka menimbulkan perjanjian a quo, maupun diterbitkan dalam kaitannya dengan pelaksanaan isi bunyi perjanjian itu an sich, ataupun merujuk pada suatu ketentuan dalam perjanjian (kontrak) yang menjadi dasar hubungan hukum antara kedua belah pihak, negara dalam arti Pasal 2 huruf a Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara.”<sup>1</sup>*

Terhadap yurisprudensi dimaksud, peradilan tata usaha negara menerapkan teori *oplossing* bilamana menangani sengketa tata usaha negara terkait dengan pengadaan barang dan jasa pemerintah.

Melalui terbentuknya Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (Undang-Undang Administrasi Pemerintahan), dalam Pasal 87 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, telah dilakukan perluasan makna terhadap keputusan tata usaha negara yang dimaknai sebagai penetapan tertulis, tindakan faktual, keputusan organ pemerintahan eksekutif, legislatif, yudikatif, sesuai asas umum pemerintahan yang baik, final, menimbulkan akibat hukum; dan/atau berlaku bagi warga masyarakat. Melalui pemaknaan terhadap keputusan tata usaha negara tersebut, perlu dipertimbangkan mengenai relevansi penerapan teori *oplossing* dalam penanganan sengketa pengadaan barang/jasa pemerintah di peradilan tata usaha negara mengingat telah ada perubahan makna dari keputusan tata usaha negara yang dapat ditangani di Peradilan Tata Usaha Negara. Adapun melalui Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 22/PUU-XVI/2018, Mahkamah Konstitusi menilai bahwa pemaknaan terhadap pihak ketiga yang tidak dituju langsung oleh keputusan tata usaha negara dan merasa kepentingan keperdataannya dirugikan, pihak ketiga tersebut dapat memperjuangkan haknya melalui mekanisme hukum yang berlaku.

Selanjutnya berdasarkan Pasal 85 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, pengajuan sengketa yang didaftarkan pada peradilan umum tetapi belum diperiksa, dialihkan dan diselesaikan oleh Peradilan Tata Usaha Negara. Konstruksi baru mengenai unsur yang terdapat dalam keputusan tata usaha negara yang menjadi objek gugatan di Peradilan Tata Usaha Negara berpotensi menimbulkan implikasi hukum dalam pengujian sengketa di Peradilan Tata Usaha Negara terutama dalam kaitannya dengan

<sup>1</sup> Mahkamah Agung, Putusan Mahkamah Agung Nomor 252.K/TUN 2000 (2000).

relevansi teori *oplossing* dan pembatasan objek sengketa tata usaha negara yang diatur dalam Pasal 2 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan.

Menindaklanjuti dibentuknya Undang-Undang Administrasi Pemerintahan tersebut, Mahkamah Agung menerbitkan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2019 tentang Pedoman Penyelesaian Sengketa Tindakan Pemerintahan dan Kewenangan Mengadili Perbuatan Melanggar Hukum oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan (*Onrechmatige Overheidsdaad*) yang pada pokoknya mengatur bahwa sengketa perbuatan melawan hukum oleh *onrechmatige overheidsdaad* merupakan tindakan pemerintahan yang menjadi kewenangan peradilan administrasi berdasarkan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan. Perkembangan kompetensi tersebut sejalan dengan penjelasan pemerintah pada saat pembentukan rancangan undang-undang peradilan tata usaha negara tanggal 29 April 1986, keberadaan Peradilan Tata Usaha Negara dibentuk dalam rangka menyelesaikan sengketa pemerintah dengan warga negara sebagai akibat dari adanya tindakan pemerintah (*bestuurshandelingen*) yang dianggap melanggar hak warga negara dengan tujuan memberikan perlindungan hukum bagi masyarakat.<sup>2</sup>

Tulisan ini hendak mengobservasi relevansi teori *oplossing* di Peradilan Tata Usaha Negara dalam penanganan sengketa pengadaan barang/jasa pemerintah pasca pembentukan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan dengan dua isu spesifik yaitu kewenangan absolut Peradilan Tata Usaha Negara terhadap penanganan sengketa pengadaan barang/jasa pemerintah pasca pembentukan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan dan perbandingan penanganan sengketa pengadaan barang/jasa pemerintah di antara peradilan administrasi di Indonesia dan peradilan administrasi Perancis.

Berkaitan dengan isu *pertama*, dalam putusan PTUN Padang Nomor 17/G/2020/PTUN.PDG, berkaitan dengan objek gugatan berupa berita acara penetapan tender, Majelis Hakim PTUN Padang mengadili sengketa pengadaan barang/jasa pemerintah tersebut dengan menerapkan teori *oplossing* dimana objek gugatan dinilai melebur dalam ranah perdata sehingga PTUN Padang memutus gugatan penggugat tidak dapat diterima. Sedangkan hal tersebut bertolak belakang dengan putusan PTUN Jambi Nomor 9/G/2021.PTUN.JBI, dalam kaitannya dengan pengumuman penetapan tender dimana Majelis Hakim mengesampingkan teori *oplossing* dan mengabulkan gugatan penggugat sehingga membatalkan pengumuman penetapan tender tersebut. Perbedaan penerapan teori *oplossing* menyebabkan perlunya kejelasan mengenai kewenangan

<sup>2</sup> Mohammad Afifudin Soleh, "Eksekusi Terhadap Putusan Pengadilan Tata Usaha Negara yang Berkekuatan Hukum Tetap", *Mimbar Keadilan Jurnal Ilmu Hukum* (Februari 2018): 19. <https://doi.org/10.30996/mk.v0i0>



absolut Peradilan Tata Usaha Negara dalam menangani sengketa pengadaan barang/jasa pemerintah. Adapun melalui isu *kedua* yaitu perbandingan penanganan sengketa pengadaan barang/jasa pemerintah di antara peradilan administrasi di Indonesia dan peradilan administrasi Perancis dimaksudkan agar hasil perbandingan tersebut menciptakan analisis dan pemetaan terhadap kewenangan absolut Peradilan Tata Usaha Negara sehingga kepastian hukum bagi Peradilan Tata Usaha Negara di Indonesia dalam menangani sengketa pengadaan barang/jasa pemerintah dapat terwujud.

Perlu ditinjau kembali mengenai penerapan teori *oplossing* di Peradilan Tata Usaha Negara dalam penanganan perkara pengadaan barang/jasa pemerintah pasca berlakunya Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan beserta Peraturan Mahkamah Agung yang terkait.

## 2. Rumusan Masalah

Rumusan Masalah yang hendak dibahas dan diteliti dalam tulisan ini ialah sebagai berikut:

- a. Bagaimana kewenangan absolut peradilan tata usaha negara terhadap penanganan sengketa pengadaan barang/jasa pemerintah pasca pembentukan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan?
- b. Bagaimana penanganan sengketa pengadaan barang/jasa pemerintah di antara peradilan administrasi di Indonesia dan peradilan administrasi Perancis?

## B. PEMBAHASAN

### 1. Penanganan Sengketa Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah melalui Upaya Administratif

Mahkamah Agung telah menerbitkan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 6 Tahun 2018 tentang Pedoman Penyelesaian Sengketa Administrasi Pemerintahan Setelah Menempuh Upaya Administratif yang pada pokoknya mengatur bahwa Peradilan Tata Usaha Negara berwenang menerima, memeriksa, memutus, dan menyelesaikan sengketa administrasi pemerintahan setelah menempuh upaya administratif. Dengan demikian pelaksanaan penyelesaian sengketa tata usaha negara di Peradilan Tata Usaha Negara hanya dapat dilakukan setelah menempuh upaya administratif.

Pemeriksaan yang dilakukan dalam upaya administratif didasari sudut *doelmatigheid* dan *rechtmatigheid*. Sudut *Doelmatigheid* berkenaan dengan alasan dan pertimbangan badan atau pejabat tata usaha negara mengeluarkan keputusan administrasi, sedangkan sudut *rechtmatigheid* memperhatikan dasar hukum dikeluarkannya keputusan administrasi, kewenangan pejabat tata usaha negara dalam penerbitan keputusan

administrasi serta tata cara penerbitan keputusan administrasi.<sup>3</sup> Adapun dalam Pasal 75 Ayat (2) Undang-Undang Administrasi pemerintahan, upaya administrasi dibagi menjadi keberatan dan banding. Sisi positif dari upaya administrasi ialah tidak perlu membayar uang perkara, tidak membutuhkan pengacara, dan terdapat pendekatan musyawarah. Sisi negatif upaya administrasi ialah adanya peluang laporan permohonan banding administrasi diabaikan ataupun pejabat tata usaha negara mempunyai kepentingan lain.<sup>4</sup>

Proses pemilihan melalui tender/seleksi pengadaan barang dan jasa pemerintah, terdapat kesempatan bagi peserta untuk melakukan upaya administratif berupa sanggah dan sanggah banding terhadap penetapan hasil pemilihan penyedia. Tahapan sanggah banding hanya terdapat dalam pemilihan pekerjaan konstruksi. Adapun perbedaan sanggah dan sanggah banding dijelaskan lebih lanjut sebagai berikut:

a. Sanggah

Sanggah merupakan bentuk protes dari peserta pemilihan yang dirugikan atas penetapan hasil pemilihan penyedia. Sanggah disampaikan dalam waktu 5 (lima) hari kerja setelah pengumuman penetapan pemilihan penyedia. Sanggah tersebut dilakukan apabila ditemukan adanya kesalahan dalam evaluasi, penyimpangan dalam proses pengadaan barang dan jasa pemerintah. Dalam hal sanggah diterima, pokja pemilihan melakukan evaluasi ulang, penawaran ulang, atau pemilihan penyedia ulang.<sup>5</sup> Terhadap sanggah dalam pengadaan barang/jasa lainnya yang ditolak/tidak diterima, pokja pemilihan melanjutkan proses pemilihan dengan menyampaikan hasil pemilihan kepada pejabat penandatanganan kontrak. Sedangkan apabila sanggah dalam pengadaan pekerjaan konstruksi tidak diterima, penyanggah dapat mengajukan sanggah banding.

b. Sanggah banding

Dalam pengadaan pekerjaan konstruksi, apabila sanggah tidak disetujui, penyanggah dapat menyampaikan sanggah banding secara tertulis kepada Kuasa Pengguna Anggaran.<sup>6</sup> Terhadap sanggah banding yang dinyatakan benar/diterima, Unit Kerja

<sup>3</sup> Ali Abdullah M, *Teori dan Praktik Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara Pasca-Amandemen: Pergeseran Paradigma dan Perluasan Norma*, (Jakarta: Prenadamedia Group), 2015, 105.

<sup>4</sup> Eugenia Floria Esther Pandeiroot et. Al, "Upaya Administratif dalam Penyelesaian Sengketa Tata Usaha Negara ditinjau dari Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan", *Jurnal Lex Administratum* 9, no. 2, (2021): 22.

<sup>5</sup> Yohanes Sogar Simamora, dkk, *Pengantar Hukum Pengadaan Barang & Jasa*, (Surabaya: Airlangga University Press), 2021, 96.

<sup>6</sup> Indonesia, "Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Presiden Nomor 12 Tahun 2021 tentang Perubahan atas Peraturan Presiden Nomor 16 tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah" (2021). - Pasal 10 ayat (2).

Pengadaan Barang/Jasa memerintahkan kelompok kerja pemilihan melakukan evaluasi ulang atau pemilihan penyedia ulang. Sedangkan apabila sanggah banding dinyatakan tidak diterima, kelompok kerja pemilihan melanjutkan proses pemilihan dengan menyampaikan hasil pemilihan kepada pejabat penandatanganan kontrak; Dan Unit Kerja Pengadaan Barang/Jasa melakukan pencairan jaminan sanggah banding dan disetorkan ke kas negara.<sup>7</sup>

Dalam praktek, apabila gugatan diajukan di Peradilan Tata Usaha Negara tanpa menempuh upaya administratif yang tersedia, berdasarkan Pasal 48 Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara, Hakim akan menyatakan gugatan tidak diterima karena upaya administratif yang tersedia belum digunakan<sup>8</sup>.

## **2. Penanganan Sengketa Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah di Peradilan Tata Usaha Negara di Indonesia**

Pembentukan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan membawa pemaknaan baru terkait kriteria keputusan tata usaha negara yang dapat menjadi objek perkara di Peradilan Tata Usaha Negara yang dapat dijelaskan sebagai berikut:

- a. Penetapan tertulis yang mencakup tindakan faktual  
Ketentuan Pasal 87 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan menentukan bahwa penetapan tertulis dapat menjadi objek administrasi dan dimaknai tidak hanya dalam bentuk keputusan melainkan juga bentuk tindakan faktual.<sup>9</sup> Pejabat pemerintahan dapat mengeluarkan penetapan dalam bentuk tindakan faktual. Dengan diberikannya ruang bagi pejabat pemerintahan dalam menerbitkannya diskresi, pembatalan diskresi dapat dilakukan oleh Peradilan Tata Usaha Negara melalui Pasal 87 huruf a Undang-Undang Administrasi Pemerintahan.
- b. Keputusan badan dan/atau pejabat administrasi dalam ranah eksekutif, legislatif, yudikatif, beserta penyelenggara negara lainnya  
Berdasarkan Pasal 87 huruf b, diketahui bahwa terjadi perluasan sumber terbitnya keputusan administrasi yang berpotensi menjadi sengketa di peradilan administrasi. Sebagai contohnya, dalam Pasal 2 huruf e Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara, keputusan terkait Tentara Nasional Indonesia dikecualikan dari objek sengketa keputusan tata usaha negara di Peradilan Tata Usaha Negara. Dikarenakan Tentara Nasional Indonesia berada di bawah kekuasaan eksekutif,

<sup>7</sup> Simamora, *Pengantar Hukum Pengadaan Barang & Jasa*, 97.

<sup>8</sup> Erna Dwi Safitri dan Nabitatus Sa'adah, "Penerapan Upaya Administratif dalam Sengketa Tata Usaha Negara", *Jurnal Pembangunan Hukum Indonesia* 3, no. 1, (2021): 43.

<sup>9</sup> Irvan Mawardi, *Paradigma Baru PTUN: Respon Peradilan Administrasi terhadap Demokratisasi*, (Yogyakarta: Thafamedia, 2016), 68.

sehingga seharusnya keputusan terkait Tentara Nasional Indonesia sudah menjadi objek sengketa administrasi di Peradilan Tata Usaha Negara.

c. Keputusan yang berpotensi menimbulkan akibat hukum

Melalui klausul berpotensi menimbulkan akibat hukum menyebabkan perluasan makna terhadap kedudukan hukum orang atau badan hukum perdata yang akan menggugat di peradilan tata usaha negara.

d. Keputusan yang berlaku bagi warga masyarakat

Melalui hilangnya frasa “individual” dalam Pasal 1 Ayat 7 dan Pasal 87 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan menyebabkan adanya semangat bahwa keputusan tata usaha negara yang dapat menjadi objek sengketa tata usaha negara tidak hanya bersifat individual tetapi dapat bersifat universal bagi seluruh warga masyarakat secara keseluruhan.

Perluasan makna keputusan tata usaha yang dapat menjadi objek sengketa di Peradilan Tata Usaha Negara tersebut diatur lebih lanjut dengan terbitnya Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2019 tentang Pedoman Penyelesaian Sengketa Tindakan Pemerintahan dan Kewenangan Mengadili Perbuatan Melanggar Hukum oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan (*Onrechtmatige Overheidsdaad*) yang menegaskan bahwa seluruh perkara perbuatan melawan hukum oleh badan dan/atau pejabat pemerintahan menjadi kewenangan Peradilan Tata Usaha Negara berdasarkan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan. Sjachran Basah menyatakan bahwa perbuatan melanggar hukum (*onrechtmatigedaad*) dan penyalahgunaan wewenang (*detournment de pouvoir*) atau perbuatan sewenang-wenang (*abuse de droit*) merupakan perbuatan yang sukar dipisahkan.<sup>10</sup>

Keputusan tata usaha negara yang dapat menjadi objek sengketa tata usaha negara tidak hanya keputusan yang bersifat konkret, individual, dan final sebagaimana yang sebelumnya ditentukan dalam Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara melainkan objek sengketa tata usaha negara tersebut telah diperluas sehingga tidak hanya berupa keputusan tata usaha negara tetapi juga tindakan faktual dari organ pemerintahan. Selain itu adanya perluasan dimana keputusan tata usaha negara yang diuji termasuk pula keputusan di lingkungan legislatif dan yudikatif. Tidak hanya perluasan objek sengketa tata usaha negara, Undang-Undang Administrasi Pemerintahan juga memperluas kewenangan absolut Peradilan Tata Usaha Negara dimana berdasarkan Pasal 85 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, pengajuan

<sup>10</sup> Dewi Asimah, “Implementasi perluasan Kompetensi PTUN dalam Mengadili Tindakan Faktual (*Onrechtmatige Overheidsdaad/OOD*)”, *Jurnal Ilmu Hukum Kenotariatan Fakultas Hukum Unpad* 4, no. 1, (2020): 157.

sengketa administrasi yang didaftarkan pada pengadilan umum tetapi belum diperiksa dialihkan dan diselesaikan oleh Pengadilan Tata Usaha Negara.<sup>11</sup>

Selain perluasan objek gugatan, melalui Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, terdapat perluasan kewenangan Peradilan Tata Usaha Negara yaitu menangani permohonan berkaitan dengan dugaan penyalahgunaan wewenang yang dilakukan oleh Pemohon yang dalam hal ini ialah badan atau pejabat tata usaha negara.<sup>12</sup> Ketentuan lebih lanjut terdapat dalam Peraturan Mahkamah Agung Nomor 4 Tahun 2015 tentang Pedoman Beracara dalam Penilaian Unsur Penyalahgunaan Wewenang.

Perbedaan antara kewenangan Hakim Peradilan Tata Usaha Negara dengan Hakim Peradilan Umum dapat ditinjau sebagai berikut:<sup>13</sup>

- a. Hakim peradilan administrasi dapat menguji seluruh keputusan tata usaha negara mengenai keabsahannya tanpa dibatasi pada bagian yang dipertentangkan, yang akan berakhir dengan putusan tidak sah atau batal terhadap keputusan tata usaha negara tersebut. Hakim Peradilan Tata Usaha Negara hanya dapat menyatakan tidak sah atau membatalkan keputusan tata usaha negara yang menjadi objek gugatan.
- b. Dianutnya asas *ultra petita* yang menjadi kewenangan Hakim Administrasi sehingga dapat kemungkinan untuk menyempurnakan dalil para pihak guna mendapatkan kebenaran materiil.
- c. Para pihak tidak perlu melakukan kesepakatan sebelum terbitnya keputusan tata usaha negara.
- d. Keterlibatan pihak ketiga dalam perkara administrasi tidak memaksakan kepada pihak ketiga untuk tunduk dan menaati putusan yang telah dijatuhkan seperti halnya perkara perdata.

Terdapat beberapa varian mengenai objek sengketa administrasi di Peradilan Tata Usaha Negara berkenaan dengan pengadaan barang dan jasa pemerintah yaitu penetapan pemenang lelang, berita acara hasil lelang, pembatalan hasil lelang, surat penunjukan penyedia barang dan jasa, dan surat pemutusan kontrak. Produk hukum yang sering dijadikan objek sengketa ialah penetapan pemenang lelang.<sup>14</sup> Adapun

<sup>11</sup> Indonesia, "Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan" (2014). - Pasal 85.

<sup>12</sup> Yogo Pamungkas, "Pergeseran Kompetensi Peradilan Tata Usaha Negara", *Jurnal Ilmu Hukum Kenotariatan Fakultas Hukum Unpad* 3, no. 2, 2020: 352. <https://doi.org/10.23920/acta.v4i1.531>

<sup>13</sup> Eko Sufitario dan Tjokro Tirtamulia, *Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara*, (Surabaya: Brillan Internasional, 2012), 4-6.

<sup>14</sup> Febby Fajrurrahman, "Penerapan Hukum Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah sebagai Sengketa Tata Usaha Negara", *Jurnal Hukum Peratun* 2, no. 2, 2019: 202. <https://doi.org/10.25216/peratun.222019.191-212>

terdapat juga produk hukum lainnya di luar proses lelang yang pernah diajukan ke Peradilan Tata Usaha Negara seperti Keputusan Badan Pemeriksa Keuangan tentang pembebanan kerugian negara.<sup>15</sup> Sedangkan kontrak pengadaan barang dan jasa tidak dapat dikategorikan sebagai keputusan atau tindakan administrasi dikarenakan domain kontrak tidak serta merta dibuat oleh badan atau pejabat tata usaha negara melainkan juga melibatkan penyedia atau direktur utama/pimpinan perusahaan/pengurus koperasi yang namanya terdapat dalam anggaran dasar.<sup>16</sup>

Berdasarkan perluasan kewenangan Peradilan Tata Usaha Negara yang terdapat dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, perlu dilakukan analisis terhadap relevansi penerapan teori *oplossing* dalam Peradilan Tata Usaha Negara. Dalam praktik penanganan sengketa tata usaha negara masih didapati adanya putusan Pengadilan Tata Usaha Negara yang menerapkan teori *oplossing*. Dalam perkara antara PT. Indonesia Dafeng Heshun Energi Industri melawan Bupati Malinau sebagaimana terdapat dalam putusan PTUN Samarinda Nomor 47/G/2020/PTUN.SMD, PT. Indonesia Dafeng Heshun Energi Industri mempersoalkan objek sengketa tata usaha negara berupa pembatalan kesepakatan bersama yang diterbitkan oleh Bupati Malinau mengenai pembangunan pembangkit listrik tenaga air (PLTA) di Desa Data Dian Kecamatan Kayan Hilir Kabupaten Malinau.<sup>17</sup> Terhadap perkara itu, majelis hakim PTUN Samarinda berpendapat bahwa sengketa tersebut bukan sengketa tata usaha negara dikarenakan didasarkan pada perbuatan hukum perdata berupa kesepakatan bersama.<sup>18</sup> Dengan mendasarkan pada kaidah hukum tersebut, tidak sedikit putusan Peradilan Tata Usaha Negara yang memosisikan segala produk dari badan/pejabat tata usaha negara yang berkenaan dengan proses pengadaan barang/jasa, sebagai bagian dari perbuatan hukum perdata, sehingga bukan merupakan kewenangan absolut Peradilan Tata Usaha Negara.

Ditemui pula adanya putusan PTUN yang mengesampingkan teori *oplossing*. Sebagaimana contohnya terdapat dalam Putusan PTUN Jambi Nomor 9/G/2021. PTUN.JBI. Dimana dalam perkara antara PT Karya Bahari melawan Kelompok Kerja Pemilihan, Unit Kerja Pengadaan Barang/Jasa (UKPBJ) Pemerintah Kabupaten Batang Hari Provinsi Jambi, diajukan gugatan terhadap objek sengketa berupa pengumuman

<sup>15</sup> Pengadilan Tata Usaha Negara Jakarta, Putusan PTUN Jakarta Nomor 3/G/2021/PTUN-JKT (2021), 127.

<sup>16</sup> Dian Agung Wicaksono, et. Al, "Diskursus Kompetensi Absolut Pengadilan Tata Usaha Negara dalam Mengadili Perbuatan Pemerintah Dalam Pengadaan Barang/Jasa", *Jurnal Rechtsvinding* 9, no. 3, 2020: 381. <http://dx.doi.org/10.33331/rechtsvinding.v9i3.512>

<sup>17</sup> Pengadilan Tata Usaha Negara Samarinda, Putusan PTUN Samarinda Nomor 47/G/2020/PTUN.SMD (2020), 27.

<sup>18</sup> Pengadilan Tata Usaha Negara Samarinda, Putusan PTUN Samarinda Nomor 47/G/2020/PTUN.SMD (2020), 100.



Pemenang dalam Pekerjaan Pekerjaan Peningkatan Jl. Bulian Jaya - Ds. Bukit Sari (DAK) dimana PT Karya Bahari menganggap bahwa ia telah memenuhi syarat sebagai pemenang dalam pekerjaan tersebut, serta telah mengajukan upaya administrasi yang tidak membuahkan hasil.<sup>19</sup> Terhadap perkara tersebut, majelis hakim PTUN Jambi memutus mengabulkan permohonan penggugat dan mewajibkan Kelompok Kerja Pemilihan UKPBJ Pemerintah Kabupaten Batang Hari Provinsi Jambi untuk mencabut Pemenang Tender Pekerjaan Peningkatan Jl. Bulian Jaya - Bukit Sari (DAK) tanggal 25 Maret 2021, Pekerjaan Konstruksi, Pemerintah Daerah Kabupaten Batang Hari Provinsi Jambi satuan Kerja Dinas Pekerjaan Umum dan Penataan Ruang, Pagu Rp.10.664.464.285,00, HPS Rp.10.661.645.657,45, nama Pemenang PT Adhipati Bangun Nagara.<sup>20</sup>

Berkenaan dengan telah terbit pelbagai ketentuan yang menunjukkan perluasan kewenangan Peradilan Tata Usaha Negara, berdasarkan penelitian, didapati adanya perbedaan pemahaman PTUN dalam penerapan teori *oplossing* dalam menangani perkara pengadaan barang dan jasa pemerintah dengan keterangan sebagai berikut:

No.	Putusan	Objek Sengketa	Penerapan Teori <i>Oplossing</i>	Amar
1.	Putusan PTUN Banda Aceh Nomor 17/G/2017 PTUN.BNA	Keputusan penetapan pemenang pekerjaan pembangunan gedung ruang operasi RSUD Kota Subulussalam.	Diterapkan <i>teori oplossing</i> dengan alasan objek sengketa melahirkan tindakan dalam hubungan keperdataan.*	Gugatan tidak dapat diterima
2.	Putusan PTUN Banda Aceh Nomor 41/G/2019/PTUN.BNA	Berita Acara Hasil Pemilihan tender rehabilitasi daerah irigasi Krueng Meusagop Kecamatan Simpang Mamplam.	Diterapkan <i>teori oplossing</i> dengan alasan objek sengketa melahirkan tindakan dalam hubungan keperdataan.**	Gugatan tidak dapat diterima

\* Pengadilan Tata Usaha Negara Banda Aceh, Putusan PTUN Banda Aceh Nomor 17/G/2017 PTUN. BNA (2017), 38.

\*\* Pengadilan Tata Usaha Negara Banda Aceh, Putusan PTUN Banda Aceh Nomor 41/G/2019/PTUN. BNA (2019), 46.

<sup>19</sup> Pengadilan Tata Usaha Negara Jambi, Putusan PTUN Jambi Nomor 9/G/2021.PTUN.JBI (2021), 29.

<sup>20</sup> Pengadilan Tata Usaha Negara Jambi, Putusan PTUN Jambi Nomor 9/G/2021.PTUN.JBI (2021), 56-57.

No.	Putusan	Objek Sengketa	Penerapan Teori <i>Oplossing</i>	Amar
3.	Putusan PTUN Kupang Nomor 42/G/2020/PTUN.KPG	Surat Perjanjian Kerja Paket Pekerjaan Pembangunan Puskesmas Seon.	Diterapkan <i>teori oplossing</i> dengan alasan objek sengketa merupakan perbuatan hukum privat.*	Gugatan tidak dapat diterima

Hasil penelitian mendapati pula PTUN yang mengesampingkan teori *oplossing* dengan keterangan sebagai berikut:

No.	Putusan	Objek Sengketa	Penerapan Teori <i>Oplossing</i>	Amar
1.	Putusan PTUN Padang Nomor 4/G/2017/PTUN.PDG	Surat Kelompok Kerja ULP Provinsi Sumatera Barat Satuan Kerja Pelaksanaan Jalan Nasional Wilayah II Provinsi Sumatera Barat.	Mengesampingkan <i>teori oplossing</i> dengan mengikuti Pasal 47 UU 9/2004 dan UU 51/2009 dimana PTUN berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan sengketa TUN**	Menyatakan batalnya objek sengketa dan mewajibkan tergugat mencabut objek sengketa
2.	Putusan PTUN Padang Nomor 12/G/2017/PTUN.PDG	Surat Kelompok Kerja ULP Sumatera Barat Satuan Kerja Dinas Prasarana Jalan Provinsi Sumatera Barat Penetapan Pemenang,	Mengesampingkan <i>teori oplossing</i> dengan mengikuti ketentuan Pasal 53 ayat (1) UU 9/2004 yang mensyaratkan adanya kepentingan	Menyatakan batalnya objek sengketa dan mewajibkan tergugat mencabut

\* Pengadilan Tata Usaha Negara Kupang, Putusan PTUN Kupang Nomor 42/G/2020/PTUN.KPG (2020), 48.

\*\* Pengadilan Tata Usaha Negara Padang, Putusan PTUN Kupang Nomor 4/G/2017/PTUN.PDG (2017), 46.

No.	Putusan	Objek Sengketa	Penerapan Teori <i>Oplossing</i>	Amar
		Pengamanan Badan Jalan Ruas Bukit Putus- Batas Kota Padang - Batas Kota Painan.	penggugat yang dirugikan.*	objek sengketa
3.	Putusan PTUN Jakarta Nomor 3/G/2021/PTUN-JKT	Keputusan Badan Pemeriksa Keuangan Republik Indonesia tentang Pembebanan Kerugian Negara kepada Bendahara Pengeluaran Pembantu Universitas Islam Negeri Sultan Syarif Kasim Riau.	Objek sengketa mengandung cacat yuridis.**	Menyatakan batalnya objek sengketa dan mewajibkan tergugat mencabut objek sengketa

### 3. Penanganan Sengketa Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah di Peradilan Administrasi Perancis

Sistem peradilan di Perancis dibagi menjadi 2 (dua) yaitu sistem peradilan administrasi (*ordre administratif*) dan peradilan umum (*ordre judiciaire*). Kewenangan peradilan umum di Perancis berkenaan dengan kewenangan perdata dan pidana. Sedangkan dalam hal sengketa melibatkan pemerintahan, organ pemerintahan atau badan hukum publik sebagai pihak, peradilan administrasi mempunyai kewenangan khusus.<sup>21</sup> Peradilan umum di Perancis berpuncak ke Mahkamah Agung (*cour de cassation*) sedangkan peradilan Administrasi berpuncak ke Dewan Negara (*conseil d'etat*).<sup>22</sup>

\*\* Pengadilan Tata Usaha Negara Padang, Putusan PTUN Padang Nomor 12/G/2017/PTUN.PDG (2017), 38.

\*\* Pengadilan Tata Usaha Negara Jakarta, Putusan PTUN Jakarta Nomor 3/G/2021/PTUN-JKT (2021), 127.

<sup>21</sup> 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* 20, no. 3, 2013: 6. <https://doi.org/10.20885/iustum.vol20.iss3.art5>

<sup>22</sup> Umar Dani, "Memahami Kedudukan Pengadilan Tata Usaha Negara di Indonesia: Sistem Unity of Jurisdiction atau Duality of Jurisdiction? Sebuah Studi tentang Struktur dan Karakteristiknya", *Jurnal Hukum dan Peradilan* 7, no. 3, 2018: 410. <http://dx.doi.org/10.25216/jhp.7.3.2018.405-424>

Peradilan administrasi di Perancis mempunyai kompetensi yang sifatnya absolut berkaitan dengan kewenangan memeriksa, mengadili, dan memutus perkara terkait tata usaha negara sebagai akibat pelaksanaan kewenangan dari pemerintahan yang berasal dari hukum publik. Seluruh sengketa administrasi antara warga negara dengan organ pemerintahan dapat digugat di peradilan administrasi di Perancis.<sup>23</sup>

Struktur peradilan administrasi di Perancis tersebut dimulai dari pengadilan administrasi tingkat pertama yang disebut *tribunaux administratifs*. Di wilayah Perancis terdapat 41 (empat puluh satu) *tribunaux administratif* yang tersebar di daerah.<sup>24</sup> Selain menjalankan fungsi peradilan, *tribunaux administratif* menjalankan fungsi penasihat administrasi.<sup>25</sup> Keberatan terhadap putusan *tribunaux administratifs* dapat diajukan ke pengadilan tingkat banding yaitu *cours administratives d'appel* yang tersebar di 8 (delapan) daerah.

Peradilan administrasi Perancis berpuncak pada *Conseil d'etat*, yang mempunyai 2 (dua) fungsi yaitu sebagai badan yang melaksanakan fungsi penasihat pemerintah dan badan yang melaksanakan fungsi penanganan perkara administrasi tertinggi. Fungsi *Conseil d'etat* sebagai penasihat pemerintah berupa pemberian pendapat yang tidak mengikat terkait legalitas peraturan perundang-undangan, dekrit negara, dan dekrit pemerintahan.<sup>26</sup> Sedangkan fungsi *Conseil d'etat* sebagai peradilan administrasi tertinggi ialah melakukan pemeriksaan dalam rangka mengadili dan memutus sengketa tata usaha negara pada tingkat terakhir ditinjau dari penerapan hukum.<sup>27</sup>

Dalam hal terdapat sengketa yurisdiksi antara peradilan umum dengan peradilan administrasi, dilakukan pemeriksaan oleh *Tribunal des Conflicts* sebagai lembaga peradilan kolejal. *Tribunal des Conflicts* terdiri dari 3 (tiga) orang hakim agung *Cour de Cassation* dan 3 (tiga) orang dari *Conseil d'etat*, ditambah 2 (dua) orang pengganti dari kedua lembaga tersebut.<sup>28</sup>

Sistem yudisial Perancis melakukan pemisahan yang jelas antara yurisdiksi hukum sipil dan hukum administrasi. Pemisahan tersebut diterapkan lebih lanjut dalam perbedaan penanganan klaim ganti rugi dan pertanggungjawaban antara ranah sipil dan publik. Ketentuan umum di Perancis ialah seluruh kontrak atau perjanjian yang

<sup>23</sup> Mahkamah Agung, "Laporan Study Banding ke Perancis tentang Kompetensi Peradilan Administrasi", Mahkamah Agung Republik Indonesia, 2009, h. 5.

<sup>24</sup> Enrico Simanjuntak, *Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara: Transformasi dan Refleksi*, (Jakarta: Sinar Grafika), 2018, 14.

<sup>25</sup> Ni'matul Huda, *Hukum Pemerintahan Daerah*, (Bandung: Nusa Media), 2019, 178.

<sup>26</sup> Mahkamah Agung, "Laporan Study Banding ke Perancis tentang Kompetensi Peradilan Administrasi", 6.

<sup>27</sup> Mahkamah Agung, "Laporan Study Banding ke Perancis tentang Kompetensi Peradilan Administrasi", 8.

<sup>28</sup> Willy Riawan Tjandra, "Perbandingan Sistem Peradilan Tata Usaha Negara dan Conseil d'etat sebagai Institusi Pengawas Tindakan Hukum Tata Usaha Negara:" 6.

didasari ketentuan *code des marches publics* (Undang-Undang Pengadaan Publik, 'UUPP') menjadi ranah yurisdiksi hukum administrasi. Peradilan Administrasi Perancis mempunyai kompetensi dalam menangani perkara terkait kontrak atau perjanjian yang menerapkan hukum pengadaan publik.<sup>29</sup>

Adapun gugatan ke peradilan administrasi di Perancis didasarkan pada 2 (dua) jenis gugatan yaitu *pertama*, gugatan *recours en exces de pouvoir* yang merupakan gugatan pembatalan akta administratif atau keputusan tata usaha negara. Selanjutnya terdapat pula gugatan ganti rugi (*recours en plein contentieux*) yang bersifat lebih luas sehingga tidak hanya dapat memohon pembatalan keputusan administrasi tetapi juga dapat menuntut pembayaran ganti rugi kepada pemerintah akibat adanya tindakan hukum dari organ pemerintahan yang menimbulkan kerugian.<sup>30</sup>

Dalam proses penanganan perkara pengadaan barang/jasa pemerintah di peradilan administrasi Perancis, tidak terdapat kewajiban bagi penggugat untuk menghubungkan antara pembatalan keputusan tata usaha negara dan ganti rugi. Terdapat 2 (dua) jenis gugatan mengenai sengketa pengadaan barang/jasa pemerintah yaitu sebagai berikut:<sup>31</sup>

- a. Gugatan terhadap penyalahgunaan kekuasaan (*recours por exces de pouvoir*)  
Penggugat mengajukan pembatalan keputusan administrasi berkenaan dengan pengadaan barang/jasa pemerintah. Penggugat hanya dapat mengajukan pembatalan keputusan administrasi dan tidak diperkenankan mengajukan klaim ganti rugi apabila penggugat tidak termasuk pihak yang potensial terlibat dalam kontrak dan tidak melakukan penawaran kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah.
- b. Gugatan litigasi penuh (*recours de plein contentieux*)  
Penggugat mengajukan gugatan ganti rugi atas kerugian yang dialami dalam proses pengadaan barang/jasa pemerintah. Selanjutnya dikenal pula istilah '*recours tropic travaux*' dimana penggugat dapat mengajukan gugatan ganti rugi disertai pembatalan keputusan tata usaha negara.<sup>32</sup> Penggugat yang gagal melakukan penawaran dapat mengajukan gugatan berkenaan dengan adanya tindakan yang bertentangan dengan hukum dalam pelaksanaan proses pengadaan barang dan jasa pemerintahan. Penggugat diberikan kebebasan dalam menentukan apakah gugatan berkenaan dengan pembatalan keputusan

<sup>29</sup> Hanna Schebesta, *Damages in EU Public Procurement Law: Studies in European Economic Law and Regulation*, (Switzerland: Springer International Publishing), 2016, 213.

<sup>30</sup> Schebesta, *Damages in EU Public Procurement Law: Studies in European Economic Law and Regulation*, 214.

<sup>31</sup> Nicolas Gabayet dalam tulisan "Damages for Breach of Public Procurement Law: A french Perspective", *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, (UK: Hart Publishing), 2011, 14.

<sup>32</sup> Gabayet, *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, 14.

administrasi dan/atau ganti rugi sesuai dengan jumlah kerugian riil ataupun berkenaan dengan potensi keuntungan dari kontrak pemerintahan.

Adapun sebelum mengajukan gugatan, penggugat yang gagal mendapatkan kontrak harus mengajukan upaya administratif dengan meminta ganti rugi kepada otoritas penyelenggara pemerintahan atas ganti rugi yang diderita oleh penggugat. Dalam hal otoritas penyelenggara pemerintahan terkait menolak permohonan tersebut, penggugat dimungkinkan mengajukan gugatan kepada peradilan administrasi dalam jangka waktu 2 (dua) bulan setelah terbitnya keputusan penolakan dari otoritas penyelenggara pemerintahan.<sup>33</sup> Dengan demikian apabila belum ada upaya administrasi tersebut, tidak diperkenankan mengajukan upaya atau klaim ke peradilan administrasi. Penggugat dipersyaratkan untuk menunjukkan bukti telah menyampaikan upaya administrasi kepada otoritas penyelenggara pemerintahan. Dengan prosedur ini, tidak ada kemungkinan untuk diberikan kompensasi sesegera mungkin melalui putusan pengadilan. Penggugat yang merasa kepentingannya dirugikan oleh tindakan otoritas penyelenggara pemerintahan dapat mengajukan gugatan di peradilan administrasi Perancis.<sup>34</sup>

Apabila dibandingkan dengan ketentuan Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara, dalam Pasal 55 dijelaskan bahwa gugatan hanya dapat diajukan dalam tenggang waktu 90 (sembilan puluh) hari sejak diterimanya keputusan administrasi. Terhadap ketentuan itu, berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 22/PUU-XVI/2018 pihak ketiga yang tidak menerima keputusan administrasi pemerintahan dan hendak mengajukan gugatan tetap terikat pada ketentuan 90 (sembilan puluh) hari tersebut dikarenakan akan menimbulkan ketidakpastian hukum apabila dilakukan penyimpangan terhadap Pasal 55 Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara. Implikasi ditiadakannya teori *oplossing* ialah pihak ketiga yang tidak terlibat dalam proses penerbitan keputusan administrasi dapat mengajukan gugatan ganti rugi terhadap sengketa pengadaan barang dan jasa pemerintah di peradilan Tata Usaha Negara. Hal ini perlu dilakukan konstruksi lebih lanjut mengenai kemungkinan pihak ketiga mengajukan ganti rugi tersebut.<sup>35</sup>

Peserta tender kontrak kerja sama pemerintah yang hendak menggugat kompensasi ganti rugi dikarenakan adanya pelanggaran hukum terhadap proses tender perlu menyiapkan bukti dukung yang memadai. Peradilan administrasi di Perancis akan Peradilan Tata Usaha Negara apakah perusahaan layak dan mempunyai kesempatan

<sup>33</sup> Gabayet, *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, 16.

<sup>34</sup> Gabayet, *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, 16.

<sup>35</sup> Mahkamah Konstitusi, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 22/PUU-XVI/2018 (2018). 90.



memperoleh kontrak kerja sama dengan pemerintah. Apabila tidak ada kesempatan memperoleh kontrak, perusahaan tidak dapat diberikan kompensasi. Akan tetapi apabila perusahaan mempunyai kesempatan, secara prinsip perusahaan berhak mendapatkan penggantian biaya yang dikeluarkan dalam kegiatan penawaran barang dan jasa pemerintahan. Selanjutnya perlu dilaksanakan pemeriksaan apakah perusahaan penggugat mempunyai peluang yang besar untuk mendapatkan kontrak terkait pengadaan barang dan jasa pemerintah. Apabila diindikasikan peluang besar memperoleh kontrak, perusahaan penggugat mempunyai hak untuk mendapatkan kompensasi atas hilangnya pendapatan, termasuk biaya pengeluaran dalam proses persiapan penawarannya.<sup>36</sup>

Disimpulkan bahwa terdapat pemeriksaan 2 (dua) tahap dalam penanganan perkara pengadaan barang/jasa pemerintah di Peradilan Administrasi Perancis. Tahapan pertama berupa evaluasi apakah penggugat mempunyai kesempatan memenangkan kontrak/kerja sama pengadaan barang/jasa pemerintah. Sedangkan langkah kedua, untuk menentukan apakah penggugat mempunyai potensi yang serius mendapatkan kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah. Langkah kedua diperlukan agar perusahaan penggugat dapat diberikan kompensasi sesuai potensi kerugian yang diterima. Melalui pemeriksaan 2 (dua) tahap tersebut, terdapat tiga kategori kesempatan dalam memperoleh kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah, yaitu tidak ada kesempatan (*devoid of a chance*); mempunyai kesempatan, tetapi tidak serius/signifikan; dan yang ketiga mempunyai kesempatan yang serius.

Pemeriksaan pengadilan Administrasi Perancis terhadap ketiga kategori kesempatan memperoleh kontrak dengan pemerintah tersebut dijelaskan sebagai berikut:

a. Tidak ada kesempatan (*devoid of a chance*)<sup>37</sup>

Pemeriksaan pertama dilakukan untuk menemukan ada tidaknya kesalahan dari pihak penyelenggara. Selanjutnya dilakukan pemeriksaan terhadap kualitas dari pihak penggugat dalam kapasitasnya sebagai perusahaan peserta tender. Pemeriksaan terhadap pihak penggugat meliputi lazim atau tidaknya penawaran kontrak dari penggugat, apakah penawaran dapat diterima, atau bagaimana hubungannya dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Peserta tender dapat pula dianggap tidak mempunyai kesempatan memperoleh kontrak apabila terdapat faktor lain seperti penilaian ahli terhadap kapasitas ekonomi peserta tender dan kualitas penawaran yang tidak sesuai syarat kontrak.

<sup>36</sup> Schebesta, *Damages in EU Public Procurement Law: Studies in European Economic Law and Regulation*, 218.

<sup>37</sup> Schebesta, *Damages in EU Public Procurement Law: Studies in European Economic Law and Regulation*, 219-220.

b. Adanya kesempatan tetapi tidak serius/signifikan<sup>38</sup>

Dalam kategori ini, pengadilan menemukan bahwa penggugat mempunyai kesempatan memenangkan kontrak tetapi kesempatannya tidak serius/signifikan sehingga kompensasi yang dapat diberikan kepada penggugat terbatas pada jumlah biaya penawaran tender yang dikategorikan sebagai jumlah kerugian yang diderita. Dalam perkara *Golf de Cognac*, penggugat sebagai salah satu peserta tender berpartisipasi dalam 2 (dua) tahap kompetisi memperoleh kontrak pengadaan pembangunan lapangan Golf. Kontrak tersebut secara melanggar hukum diberikan kepada kompetitor yang tereliminasi pada tahap pertama. Dari 12 (dua belas) peserta tender, penggugat beserta 4 (empat) perusahaan lain telah memenuhi syarat dan masuk pada tahap kedua. Dengan demikian, sekalipun penggugat mempunyai kesempatan memenangkan tender, tetapi belum begitu jelas apakah penggugat sudah memenangkan tender tersebut dikarenakan masih ada 4 (empat) kompetitor lainnya. Oleh karena itu pengadilan memutuskan untuk memberikan kompensasi sesuai biaya penawaran tender. Kompensasi sesuai jumlah potensi keuntungan tidak dapat diberikan.<sup>39</sup>

c. Adanya kesempatan yang serius<sup>40</sup>

Majelis Hakim di Peradilan Administrasi Perancis melakukan penilaian teknikal untuk mengevaluasi kesempatan bersifat serius atau tidak. Penilaian teknikal tersebut dilakukan dengan memperhitungkan harga terendah dan harga wajar penawaran dengan memperhatikan nilai kualitas dari pengadaan barang/jasa. Adanya kesempatan serius memenangkan tender dapat terlihat melalui:

1) penawar mengajukan harga terendah.

Kesempatan yang serius dalam memenangkan tender pemerintahan terlihat manakala peserta tender memberikan harga penawaran terendah. Akan tetapi hal tersebut perlu memperhatikan kriteria lain seperti bagaimana syarat-syarat yang diberikan penyelenggara dalam pelaksanaan tender.

2) Penilaian objektif terhadap validitas dokumen penawaran<sup>41</sup>

Penilaian objektif terhadap validitas penawaran dilakukan melalui evaluasi yang detil terhadap seluruh dokumen yang dibutuhkan beserta syarat-syarat spesifik proses tender.

<sup>38</sup> Schebesta, *Damages in EU Public Procurement Law: Studies in European Economic Law and Regulation*, 220.

<sup>39</sup> Conseil d'Etat, Putusan Conseil d'Etat 23 Maret 1994, *Golf de Cognac*, ¼ SSR, (1994).

<sup>40</sup> Schebesta, *Damages in EU Public Procurement Law: Studies in European Economic Law and Regulation*, 221.

<sup>41</sup> Schebesta, *Damages in EU Public Procurement Law: Studies in European Economic Law and Regulation*, 221.

3) Kualitas relatif penawaran<sup>42</sup>

Penilaian terhadap biaya penawaran yang dibandingkan dengan penawaran dari peserta tender lainnya secara hierarkis dengan memperhatikan syarat-syarat tender.

4) Teori Akseptabilitas

Peradilan menilai kesesuaian antara harga penawaran dengan estimasi harga yang dipersyaratkan oleh penyelenggara tender. Apabila harga penawaran terlalu jauh dari harga estimasi, sehingga tidak realistis, maka peserta tender memang tidak memiliki kualifikasi sebagai pemenang tender. Begitu juga sebaliknya, apabila harga penawaran sudah sesuai estimasi harga yang ditetapkan, maka peserta tender berpotensi besar dan memiliki kesempatan yang serius dalam memenangkan tender tersebut. Terhadap hal ini pengadilan dapat memberikan kompensasi sesuai potensi keuntungan yang berhak diperoleh bila memenangkan tender.<sup>43</sup>

Apabila dibandingkan dengan kewenangan Peradilan Tata Usaha Negara di Indonesia didapati bahwa Peradilan Administrasi Perancis mempunyai sanksi yang lebih luas di antaranya penjatuhan sanksi pembatalan keputusan administrasi yang berkenaan dengan pengadaan barang dan jasa pemerintah dan sanksi ganti rugi terhadap kerugian yang ditimbulkan dalam proses pemilihan. Peradilan Tata Usaha Negara juga berwenang menjatuhkan sanksi ganti rugi berdasarkan ketentuan Pasal 53 ayat (1) Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara, akan tetapi mengingat terdapatnya teori *oplossing* menyebabkan Hakim Peradilan Tata Usaha Negara di Indonesia tidak menerapkan sanksi ganti rugi dikarenakan keputusan mengenai pengadaan barang dan jasa pemerintah dikategorikan bukanlah kompetensi absolut Peradilan Tata Usaha Negara di Indonesia. Pada praktiknya, jarang sekali ditemukan Hakim Peradilan Tata Usaha Negara yang mengabulkan tuntutan ganti rugi.<sup>44</sup>

Melalui pembentukan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2019 tentang Pedoman Penyelesaian Sengketa Tindakan Pemerintahan dan Kewenangan Mengadili Perbuatan Melanggar Hukum oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan (*Onrechmatige Overheidsdaad*), sudah seharusnya Peradilan Tata Usaha Negara mengesampingkan penerapan teori *oplossing* dikarenakan seluruh perkara perbuatan melawan hukum

<sup>42</sup> Schebesta, *Damages in EU Public Procurement Law: Studies in European Economic Law and Regulation*, 221.

<sup>43</sup> Schebesta, *Damages in EU Public Procurement Law: Studies in European Economic Law and Regulation*, 221.

<sup>44</sup> Maftuh Effendi, "Peradilan Tata Usaha Negara Indonesia Suatu Pemikiran ke Arah Perluasan Kompetensi Pasca Amandemen Kedua Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara", *Jurnal Hukum dan Peradilan* 3, no. 1, 2014: 31. <http://dx.doi.org/10.25216/jhp.3.1.2014.25-36>

oleh badan dan/atau pejabat pemerintahan menjadi kewenangan Peradilan Tata Usaha Negara. Seharusnya Pengadilan Tata Usaha Negara di Indonesia sudah mempunyai kesamaan pemahaman terhadap keberlakuan teori *oplossing* dimaksud.

Apabila dibandingkan dengan kewenangan yang dimiliki oleh lembaga *quasi-judisial* seperti Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), Peradilan Tata Usaha Negara di Indonesia masih memiliki kewenangan yang lebih sempit. Jimly Asshiddiqie berpendapat bahwa KPPU merupakan lembaga *quasi-judisial* yang fungsinya termasuk dalam lingkungan peradilan administrasi sedangkan dari objek sengketa, KPPU dikategorikan masuk dalam lingkungan peradilan umum.<sup>45</sup>

Sanksi KPPU melalui tindakan administratif diputus perlu memperhatikan dampak pelanggaran dari pelaku usaha, kelangsungan kegiatan usaha, dan dasar pertimbangan yang jelas.<sup>46</sup> Adapun tindakan administratif tersebut berupa perintah, penetapan, pengambilalihan dan/atau pengenaan denda kepada pelaku usaha.

Setelah pembentukan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja, terjadi peralihan kompetensi penanganan keberatan atas putusan KPPU yang sebelumnya ditangani oleh Pengadilan Negeri diubah ke ranah Pengadilan Niaga. Pelaku usaha berhak mengajukan keberatan terhadap Putusan KPPU kepada Pengadilan Niaga selambat-lambatnya 14 (empat belas) hari kerja setelah putusan KPPU.<sup>47</sup> Terhadap putusan Pengadilan Niaga, pelaku usaha dapat mengajukan permohonan kasasi kepada Mahkamah Agung dalam jangka waktu 14 (empat belas) hari kerja setelah menerima pemberitahuan putusan Pengadilan Niaga.<sup>48</sup>

Dalam Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender yang diterbitkan KPPU, KPPU menjelaskan bahwa pengaturan pemenang tender dapat terjadi dalam pengadaan barang dan/atau jasa yang dilaksanakan oleh pemerintah pusat atau pemerintah daerah, badan usaha milik negara, dan swasta.<sup>49</sup> Dalam penanganan perkara pengadaan barang dan jasa di KPPU, apabila terbukti adanya persekongkolan tender, KPPU akan menjatuhkan tindakan administrasi berupa perintah menghentikan kegiatan yang terbukti menimbulkan praktik monopoli atau persaingan tidak sehat, pembayaran ganti rugi atau pengenaan denda bagi pelaku

<sup>45</sup> Pradikta Andi Alvat, *Hukum dan Daulat Rakyat Sebuah Ironi*, 23.

<sup>46</sup> Indonesia, "Peraturan Pemerintah Nomor 44 Tahun 2021 tentang Pelaksanaan Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat." (2021). – Pasal 5.

<sup>47</sup> Indonesia, "Peraturan Pemerintah Nomor 44 Tahun 2021 tentang Pelaksanaan Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat." (2021). – Pasal 19 ayat (1).

<sup>48</sup> Indonesia, "Peraturan Pemerintah Nomor 44 Tahun 2021 tentang Pelaksanaan Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat." (2021). – Pasal 20 ayat (1).

<sup>49</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia, "Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender yang diterbitkan KPPU", 2009, 11.

usaha yang terlibat persekongkolan. Sedangkan bagi organ pemerintahan sebagai penyelenggara pengadaan barang/jasa pemerintah yang terlibat persekongkolan, KPPU dapat menyampaikan rekomendasi kepada pejabat pembina kepegawaian berupa pemberian sanksi hukuman disiplin sesuai peraturan perundang-undangan yang berlaku terhadap personil dalam pemerintahan yang terlibat persekongkolan. Sanksi penerapan hukuman disiplin tersebut sebagaimana yang dapat ditinjau dalam pelbagai putusan KPPU seperti Putusan KPPU Nomor 05/KPPU-I/2020 terkait perkara persekongkolan tender pembangunan gedung kolam renang di Kandangan, Kalimantan Selatan, Putusan KPPU Nomor 35/KPPU-I/2020 terkait perkara persekongkolan tender konstruksi jalan di Nusa Tenggara Barat, dan Putusan KPPU Nomor 36/KPPU-I/2020 terkait perkara pengadaan di Indragiri.

Melalui pembentukan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, memungkinkan Peradilan Tata Usaha Negara terbebas dari intervensi lembaga manapun<sup>50</sup> dan mempunyai kewenangan yang lebih luas dalam menangani keputusan tata usaha negara, tindakan administrasi, dan perbuatan melawan hukum yang dilakukan pemerintah. Teori *oplossing* sudah seharusnya tidak relevan lagi untuk diterapkan. Gustav Radbruch berpendapat bahwa keadilan hukum lebih penting dibandingkan kemanfaatan hukum atau kepastian hukum.<sup>51</sup> Hakim yang ada di Peradilan Tata Usaha Negara harus berani memutus keluar dari amar putusan tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*) dikarenakan tujuan utama dari pemeriksaan perkara di Peradilan Tata Usaha Negara adalah mewujudkan keadilan.

### C. KESIMPULAN

Pasca pembentukan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, didapati masih adanya perbedaan pola penanganan perkara pengadaan pemerintahan di peradilan administrasi di Indonesia. Terdapat Pengadilan Tata Usaha Negara yang menerapkan teori *oplossing* sehingga menilai bahwa penanganan sengketa pengadaan pemerintah bukan merupakan kompetensi absolut peradilan administrasi. Sedangkan didapati pula Pengadilan Tata Usaha Negara yang menerapkan pengesampingan terhadap teori *oplossing* sehingga menilai bahwa Peradilan Tata Usaha Negara berwenang menangani sengketa pengadaan barang dan jasa pemerintahan.

<sup>50</sup> Dani Habibi, "Perbandingan Hukum Peradilan Tata Usaha Negara dan *Verwaltungsrecht* sebagai Perlindungan Hukum Rakyat", *Kanun Jurnal Ilmu Hukum* 21, no. 1, 2019: 19. <https://doi.org/10.24815/kanun.v21i1.12185>

<sup>51</sup> Renius Albert Marvin dan Anna Erliyana, "Polemik Jangka Waktu Pengajuan Gugatan ke Pengadilan Tata Usaha Negara", *Jurnal Hukum & Pembangunan* 49, no. 4, 2019: 955. <http://dx.doi.org/10.21143/jhp.vol49.no4.2350>

Apabila dihubungkan dengan peradilan administrasi Perancis, didapati bahwa Peradilan Administrasi Perancis mempunyai kompetensi absolut dan berwenang menangani sengketa pengadaan barang dan jasa pemerintahan. Selain itu pokok gugatan dapat berupa pembatalan keputusan administrasi atau berupa gugatan ganti rugi atas potensi kehilangan keuntungan maupun kerugian terhadap pengeluaran biaya penawaran. Seharusnya peradilan administrasi di Indonesia dapat mengikuti pola penanganan perkara pengadaan barang dan jasa di peradilan administrasi Perancis. Salah satu implikasi terhadap ditiadakannya teori *oplossing* tersebut ialah peradilan tata usaha negara akan menangani sengketa pengadaan barang dan jasa dengan kemungkinan adanya gugatan ganti rugi dari pihak ketiga yang tidak terlibat dalam proses penerbitan keputusan administrasi sesuai dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 22/ PUU-XVI/2018 dimana pihak ketiga yang tidak menerima keputusan administrasi pemerintahan dan hendak mengajukan gugatan tetap terikat pada ketentuan 90 (sembilan puluh) hari yang ditentukan oleh Pasal 55 Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara.

Selanjutnya perlu diterapkan konsep sinkronisasi antara kewenangan KPPU dan Peradilan Tata Usaha Negara Indonesia. Dikarenakan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2019 tentang Pedoman Penyelesaian Sengketa Tindakan Pemerintahan dan Kewenangan Mengadili Perbuatan Melanggar Hukum oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan (*Onrechmatige Overheidsdaad*) telah mengatur bahwa perkara perbuatan melawan hukum oleh badan dan/atau pejabat pemerintahan merupakan tindakan pemerintahan yang menjadi ranah penanganan di Peradilan Tata Usaha Negara sesuai Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, sehingga seharusnya upaya keberatan terhadap Putusan KPPU berkenaan dengan pengadaan publik diajukan ke Peradilan Tata Usaha Negara dan bukan terhadap Pengadilan Niaga. Pengadilan Niaga hanya berwenang menangani keberatan terhadap Putusan KPPU yang tidak melibatkan pemerintah.

## DAFTAR PUSTAKA

### Buku

- Alvat, Pradikta Andi. *Hukum dan Daulat Rakyat Sebuah Ironi*. Bogor: Guepedia, 2020.
- Gabayet, Nicolas. *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*. UK: Hart Publishing, 2011.
- Huda, Ni'matul. *Hukum Pemerintahan Daerah*. Bandung: Nusa Media, 2019.



- Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia, *Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender yang diterbitkan KPPU*, Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia, 2009.
- M., Ali Abdullah, Ali, *Teori dan Praktik Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara Pasca-Amandemen: Pergeseran Paradigma dan Perluasan Norma*. Jakarta: Prenadamedia Group. 2015.
- Mahkamah Agung, *"Laporan Study Banding ke Perancis tentang Kompetensi Peradilan Administrasi"*, Mahkamah Agung Republik Indonesia, 2009.
- Mawardi, Irvan. *Paradigma Baru PTUN: Respon Peradilan Administrasi terhadap Demokratisasi*. Yogyakarta: Thafamedia, 2016.
- Nadapdap, Binoto. *Hukum Acara Persaingan Usaha Pasca-Putusan Mahkamah Konstitusi*. Jakarta: Kencana, 2020.
- Schebesta, Hanna. *Damages in EU Public Procurement Law: Studies in European Economic Law and Regulation*. Switzerland: Springer International Publishing, 2016.
- Simamora, Yohanes Sogar et. Al. *Pengantar Hukum Pengadaan Barang & Jasa*. Surabaya: Airlangga University Press, 2021.
- Simanjuntak, Enrico. *Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara: Transformasi dan Refleksi*. Jakarta: Sinar Grafika, 2018.
- Sufitario, Eko dan Tirtamulia, Tjokro. *Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara*. Surabaya: Brilian Internasional, 2012.

## Jurnal

- Asimah, Dewi, "Implementasi perluasan Kompetensi PTUN dalam Mengadili Tindakan Faktual (Onrechtmatige Overheidsdaad/OOD)", *Jurnal Ilmu Hukum Kenotariatan Fakultas Hukum Unpad* 4, No. 1 (2020): 152-170.
- Dani, Umar, "Memahami Kedudukan Pengadilan Tata Usaha Negara di Indonesia: Sistem Unity of Jurisdiction atau Duality of Jurisdiction? Sebuah Studi tentang Struktur dan Karakteristiknya", *Jurnal Hukum dan Peradilan* 7, No. 3 (2018): 405-424.
- Effendi, Maftuh, "Peradilan Tata Usaha Negara Indonesia Suatu Pemikiran ke Arah Perluasan Kompetensi Pasca Amandemen Kedua Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara", *Jurnal Hukum dan Peradilan* 3, No. 1 (2014): 25-36.
- Fajrurrahman, Febby, "Penerapan Hukum Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah sebagai Sengketa Tata Usaha Negara", *Jurnal Hukum Peratun* 2, No. 2 (2019): 191-212.

Habibi, Dani, "Perbandingan Hukum Peradilan Tata Usaha Negara dan *Verwaltungsrecht* sebagai Perlindungan Hukum Rakyat", *Kanun Jurnal Ilmu Hukum* 21, No. 1 (2019): 1-22.

Marvin, Renius Albert dan Erliyana, Anna, "Polemik Jangka Waktu Pengajuan Gugatan ke Pengadilan Tata Usaha Negara", *Jurnal Hukum & Pembangunan* 49, No. 4 (2019): 942-958.

Pandeiroot, Eugenia Floria Esther et. Al, "Upaya Administratif dalam Penyelesaian Sengketa Tata Usaha Negara ditinjau dari Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan", *Jurnal Lex Administratum* 9, No. 2 (2021): 15-25.

Pamungkas, Yogo, "Pergeseran Kompetensi Peradilan Tata Usaha Negara", *Jurnal Ilmu Hukum Kenotariatan Fakultas Hukum Unpad* 3, No. 2 (2020): 339-359.

Safitri, Erna Dwi dan Sa'adah, Nabitatus, "Penerapan Upaya Administratif dalam Sengketa Tata Usaha Negara", *Jurnal Pembangunan Hukum Indonesia* 3, No. 1 (2021): 34-45.

Soleh, Mohammad Afifudin, "Eksekusi Terhadap Putusan Pengadilan Tata Usaha Negara yang Berkekuatan Hukum Tetap", *Mimbar Keadilan Jurnal Ilmu Hukum*, Februari (2018): 18-46.

Tjandra, Willy Riawan. "Perbandingan Sistem Peradilan Tata Usaha Negara dan *Conseil d'etat* sebagai Institusi Pengawas Tindakan Hukum Tata Usaha Negara", *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum* 20, No. 3 (2013): 423-439.

Wicaksono, Dian Agung et. Al, "Diskursus Kompetensi Absolut Pengadilan Tata Usaha Negara dalam Mengadili Perbuatan Pemerintah Dalam Pengadaan Barang/Jasa", *Jurnal Rechtvinding* 9, No. 3 (2020): 367-386.

### **Peraturan Perundang-Undangan**

Indonesia. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, LN No. 77, TLN No. 3344.

———. Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, LN No. 35, TLN No. 4380.

———. Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, LN No. 292, TLN No. 5601.

———. Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Presiden Nomor 12 Tahun 2021 tentang Perubahan atas Peraturan Presiden Nomor 16 tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, LN No. 63.

———, Peraturan Pemerintah Nomor 44 Tahun 2021 tentang Pelaksanaan Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, LN No. 54, TLN No. 6656.

### **Putusan-Putusan**

Mahkamah Agung. Putusan Mahkamah Agung Nomor 252.K/TUN 2000 (2000).

Mahkamah Konstitusi. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 22/PUU-XVI/2018 (2018).

Pengadilan Tata Usaha Negara Banda Aceh, Putusan PTUN Banda Aceh Nomor 17/G/2017 PTUN.BNA (2017).

———, Putusan PTUN Banda Aceh Nomor 41/G/2019/PTUN.BNA (2019).

Pengadilan Tata Usaha Negara Jakarta, Putusan PTUN Jakarta Nomor 3/G/2021/PTUN-JKT (2021).

Pengadilan Tata Usaha Negara Jambi, Putusan PTUN Jambi Nomor 9/G/2021.PTUN.JBI (2021).

Pengadilan Tata Usaha Negara Kupang, Putusan PTUN Kupang Nomor 42/G/2020/PTUN.KPG (2020).

Pengadilan Tata Usaha Negara Padang, Putusan PTUN Kupang Nomor 4/G/2017/PTUN.PDG (2017).

———, PTUN Padang Nomor 12/G/2017/PTUN.PDG (2017).

Pengadilan Tata Usaha Negara Samarinda, Putusan PTUN Samarinda Nomor 47/G/2020/PTUN.SMD (2020).

# Penataan Pemilihan Kepala Desa dalam Sistem Ketatanegaraan di Indonesia

## *Structuring the Election of Village Head in The Indonesian Constitutional System*

Ahmad Yani

Komisi Pemilihan Umum Provinsi Sulawesi Selatan,  
Jl. A. P. Pettarani No.102, Bua Kana, Kec. Rappocini, Kota Makassar, Sulawesi Selatan,  
Email: ahmadyaniunhas99@gmail.com

Naskah diterima: 28-04-2021 revisi: 20-04-2022 disetujui: 02-06-2022

### Abstrak

Penataan Pilkades saat ini mengalami permasalahan seperti kedudukan Pilkades masih lemah karena tidak disebut secara eksplisit dalam konstitusi, desain kelembagaan penyelenggara *ad hoc* Pilkades masih belum ideal karena tidak melibatkan Komisi Pemilihan Umum (KPU) Kabupaten dan Badan Pengawas Pemilu (Bawaslu) sebagai bagian dari penyelenggara dan proses penegakan hukum pelanggaran Pilkades belum ditegakkan secara konsisten. Penelitian ini bertujuan untuk mengkaji penataan kedudukan Pilkades dalam sistem ketatanegaraan di Indonesia, dan merumuskan bentuk kelembagaan penyelenggara Pilkades, serta mengkaji penataan penegakan pelanggaran hukum Pilkades. Penelitian ini menggunakan penelitian hukum normatif-empiris melalui pendekatan konseptual, perundang-undangan, dan kasus. Hasil penelitian menunjukkan dibutuhkan penataan Pilkades dalam sistem ketatanegaraan di Indonesia dengan cara: *pertama*, menguatkan kedudukan dengan memasukkan Pilkades sebagai salah satu rezim pemilihan di Indonesia, *kedua* perlu adanya restrukturisasi kelembagaan *ad hoc* penyelenggara Pilkades dengan memasukkan KPU Kabupaten dan Bawaslu Kabupaten sebagai bagian dari penyelenggara, dan *ketiga* perlunya konsistensi penegakan hukum untuk menciptakan penyelenggaraan Pilkades yang berintegritas.

**Kata Kunci:** Kelembagaan Pemilihan Kepala Desa; Pemilihan Kepala Desa Penegakan Hukum; Rezim Pemilu dan Pemilihan Kepala Daerah.

### Abstract

*The current Pilkades arrangement is experiencing problems such as the position of the Pilkades is still weak because it is not explicitly mentioned in the constitution, the*

*institutional design for ad hoc Pilkades is still not ideal because it does not involve the Regency General Election Commission (KPU) and the Election Supervisory Body (Bawaslu) as part of the organizers. This study aims to examine the arrangement of the position of the Indonesian Pilkades constitutional system, formulate the institutional form for organizing the Pilkades, as well as to examine the arrangement of law enforcement violations of the Pilkades. This research uses normative-empirical legal research through conceptual approach, legislation, and cases. The results of the study indicate that it is necessary to organize the Pilkades in the constitutional system in Indonesia in the following ways: first, strengthening the position by including Pilkades as one of the electoral regimes in Indonesia, second, it is necessary to restructure the ad hoc institutions for organizing the Pilkades by including the Regency KPU and Regency Bawaslu as part of the organizers, and third, the need for consistency in law enforcement to create the implementation of Pilkades with integrity.*

**Keywords:** *Village Head Election; Village Head Election Institution; Law Enforcement; Election Regime and Regional Head Election.*

## **A. PENDAHULUAN**

### **1. Latar Belakang**

Demokrasi menempatkan proses penggantian penguasa secara beradab (pemilu) sebagai hal yang paling utama dalam penyelenggaraan kehidupan bernegara. Bahkan Miriam Budiardjo menilai pada kebanyakan negara demokrasi, pemilihan umum merupakan salah satu lambang dan tolok ukur pelaksanaan demokrasi.<sup>1</sup> Sukses pergantian penguasa secara demokratis akan mewujudkan penyelenggaraan ketatanegaraan yang relatif stabil dibandingkan dengan suksesi penggantian penguasa secara revolusi ataupun secara kekerasan. Pada sisi lain pemilihan umum berfungsi memberikan kesempatan yang seluas-luasnya kepada masyarakat untuk memilih pemimpin sesuai dengan pilihan masing-masing. Penyelenggaraan pemilihan umum menjadi tolok ukur sejauhmana tata kehidupan bernegara dikemudikan pada rel kedaulatan rakyat dan demokrasi.

Jauh hari sebelum amandemen Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI Tahun 1945) yang keempat tahun 1999-2022<sup>2</sup>, para pendiri bangsa seperti Soepomo pada Sidang Badan Penyidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) telah mengidealkan adanya pengangkatan kepala

<sup>1</sup> Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik (Edisi Revisi)*, (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2008), 461.

<sup>2</sup> Mohammad Fajrul Falaakh, *Model Dan Pertumbuhan Konstitusi* (Yogyakarta: Gajah Mada University Press, 2014), 81-83.

negara (penguasa) yang tidak dilakukan secara turun temurun.<sup>3</sup> Begitupula pasca kemerdekaan, menurut Saldi Isra dan Khairul Fahmi bahwa suksesi penyelenggaraan pemilihan telah disiapkan sejak setelah kemerdekaan Indonesia, 17 Agustus 1945. Hal ini ditandai dalam manifesto politik pemerintahan yang dikeluarkan tanggal 1 November 1945 yang menyebutkan makna pemilihan<sup>4</sup> bagi pemerintahan konstitusional.<sup>5</sup> Akan tetapi, karena situasi dan kondisi perpolitikan Indonesia yang belum stabil, pelaksanaan pemilu baru dapat diselenggarakan pada tahun 1955.

Pasca perubahan keempat UUD NRI Tahun 1945, pemilihan umum dan pemilihan kepala daerah dijalankan menurut amanat Pasal 22E Ayat (2) dan Pasal 18 Ayat (4) UUD NRI Tahun 1945. Pasal 22E Ayat (2): *“Pemilihan umum diselenggarakan untuk memilih anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Presiden dan wakil presiden dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah”*. Ketentuan ini ditetapkan pada perubahan ketiga UUD NRI Tahun 1945 (tanggal 9 November 2001). Pasal 18 Ayat (4): *“Gubernur, Bupati, dan Walikota masing-masing sebagai kepala pemerintah daerah provinsi, kabupaten dan kota dipilih secara demokratis”*. Ketentuan ini ditetapkan pada perubahan kedua UUD NRI Tahun 1945 (tanggal 18 Agustus 2000). Ketentuan tersebut semakin menguatkan proses pergantian penguasa melalui mekanisme pemilihan yang demokratis. Pemilihan Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Presiden dan wakil presiden dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah dalam Pasal 22E Ayat (2) dimasukkan ke dalam rezim Pemilihan Umum (pemilu), sedangkan pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota dalam Pasal 18 Ayat (4) dimasukkan ke dalam rezim Pemilihan.

Seiring perkembangan demokratisasi di Indonesia, pada wilayah desa juga dilaksanakan pelaksanaan Pemilihan Kepala Desa (Pilkades). Dasar hukum pelaksanaan pemilihan kepala desa diatur dalam Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa dan Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 112 Tahun 2014 tentang Pemilihan Kepala Desa sebagaimana telah diubah terakhir dengan Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 72 Tahun 2020 tentang Perubahan Atas Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 112 Tahun 2014 tentang Pemilihan Kepala Desa, serta diatur dalam Perda masing-masing kabupaten. Namun dalam praktiknya Pilkades tidak dianggap sebagai salah satu rezim pemilihan di Indonesia. Padahal praktik Pilkades nyata dan dijalankan oleh masyarakat desa sebagai bentuk pelaksanaan demokrasi yang paling konkret di desa.

<sup>3</sup> Saldi Isra and Khairul Fahmi, *Pemilihan Umum Demokratis Prinsip-Prinsip Dalam Konstitusi Indonesia*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2019), 2.

<sup>4</sup> Isra and Fahmi, 28.

<sup>5</sup> Isra and Fahmi.



Pelaksanaan Pilkades pada dasarnya merupakan manifestasi kedaulatan masyarakat desa yang paling riil. Hal ini berarti desa bukanlah ruang geografi kosong yang berjarak dari sosio budaya manusia yang tinggal di dalamnya, sebaliknya desa merupakan kesatuan teritorial atau wilayah yang melekat dan terikat pada kehidupan manusia di atasnya beserta tradisi dan adat-istiadat yang menggerakkan kehidupan itu. Pilkades sebagai demokratisasi desa berarti upaya untuk menggerakkan demokrasi dalam kekhasan desa itu dengan semangat pengakuan keunikan dan kekhasan tradisi desa.<sup>6</sup>

Alpanya perhatian pada rezim Pilkades menjadi kelemahan tersendiri terhadap pengakuan demokratisasi masyarakat desa. Padahal jika menggunakan konsep *the living constitution*<sup>7</sup> kedudukan masyarakat desa dengan segala sistem pemerintahan di dalamnya diatur dalam Pasal 18B Ayat (2) UUD NRI Tahun 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*”. Ketentuan ini dapat digunakan sebagai dasar argumentasi penguatan kedudukan Pilkades di Indonesia. Meskipun pasal tersebut hanya berisi pengakuan terhadap hak-hak hukum adat beserta hak tradisionalnya, tetapi beberapa pakar menilai ketentuan tersebut dimaksudkan untuk pengakuan terhadap kedudukan desa.<sup>8</sup>

Meskipun demikian, harus diakui bahwa UUD NRI Tahun 1945 pasca amandemen memang tidak memberi perhatian yang lebih terhadap rezim Pilkades layaknya rezim pemilu dan pemilihan kepala daerah. Ni'matul Huda menyebutkan dalam perubahan UUD NRI Tahun 1945 tidak ada pembahasan spesifik terhadap pemerintahan desa.<sup>9</sup> Kurangnya penegasan secara spesifik dalam konstitusi mengenai rezim Pilkades berimplikasi pada penataan Pilkades dalam sistem ketatanegaraan yang tidak diakui sebagai sebuah rezim pemilihan, layaknya rezim pemilu dan pemilihan kepala daerah. Padahal jika dicermati, pelaksanaan Pilkades dewasa ini juga memiliki sejumlah tahapan yang hampir sama seperti tahapan pemilu atau pemilihan kepala daerah.

Di sisi lain, perhatian akademis secara menyeluruh terhadap penataan Pilkades di Indonesia masih tergolong minim. Beberapa penelitian hanya mengkaji pelaksanaan

<sup>6</sup> Naeni Amanulloh, *Demokratisasi Desa* (Jakarta: Kementerian Desa, Pembangunan Daerah Tertinggal, dan Transmigrasi Republik Indonesia, 2015), 10-11.

<sup>7</sup> David A. Strauss, *The Living Constitution* (Oxford: Oxford University Press, 2010), 1.

<sup>8</sup> Ni'matul Huda, *Hukum Pemerintahan Desa Dalam Konstitusi Indonesia Sejak Kemerdekaan Hingga Era Reformasi* (Malang: Setara Press, 2015).

<sup>9</sup> Huda, 4-5.

Pilkades secara parsial. Misalnya pengkajian hukum Pilkades rata-rata hanya berfokus pada permasalahan perselisihan penetapan hasil Pilkades. Padahal permasalahan Pilkades saat ini bukan hanya terbatas pada hal tersebut, melainkan jauh lebih kompleks sebagai bagian dari proses dan dinamisasi kehidupan demokratisasi masyarakat desa.

Jika dilakukan penelusuran terhadap perhatian para praktisi mengenai permasalahan konstitusional Pilkades, terdapat 2 (dua) permohonan ke Mahkamah Konstitusi (MK) yang mempersoalkan pelaksanaan Pilkades dalam Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa. Permohonan pertama pada tahun 2015 yang diajukan oleh Asosiasi Perangkat Desa Seluruh Indonesia (APDESI) wilayah Lampung dan kaum buruh. Permohonan ini setidaknya mempersoalkan persyaratan calon kepala desa dalam Pasal 33 huruf g Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2016 tentang Desa: *“terdaftar sebagai penduduk dan bertempat tinggal di desa setempat”*. dan persyaratan perangkat desa dalam Pasal 50 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa: *“Perangkat Desa sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 48 diangkat dari warga desa yang memenuhi persyaratan: a. berpendidikan paling rendah sekolah menengah umum atau yang sederajat. c. terdaftar sebagai penduduk desa dan bertempat tinggal di desa paling kurang 1 (satu) tahun sebelum pendaftaran”*. Pemohon menilai bahwa ketentuan pasal tersebut bertentangan dengan Pasal 28H Ayat (2) UUD NRI Tahun 1945 yang menentukan: *“Setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan”*. MK melalui Putusan MK Nomor 128/PUU-XIII/2015 memutuskan bahwa Pasal 33 huruf g dan Pasal 50 Ayat (1) huruf c Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945. Implikasi dari putusan tersebut, bahwa syarat calon kepala desa tidak wajib berdomisili di desa setempat.

Permohonan kedua, diajukan pada tahun 2021 oleh Nedi Suwiran. Permohonan ini mempersoalkan periode masa jabatan kepala desa dalam Pasal 39 Ayat (2) Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa: *“Kepala Desa sebagaimana dimaksud pada Ayat (1) dapat menjabat paling lama 3 (tiga) kali masa jabatan secara berturut atau tidak secara berturut-turut*. Dalam ketentuan penjelasan terhadap pasal tersebut menjelaskan: *“Kepala Desa yang telah menjabat satu kali masa jabatan berdasarkan Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 diberi kesempatan untuk mencalonkan kembali paling lama 2 (dua) kali masa jabatan. Sementara itu, Kepala Desa yang telah menjabat 2 (dua) kali masa jabatan berdasarkan Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 diberi kesempatan untuk mencalonkan kembali hanya 1 (satu) kali masa jabatan”*. Pemohon

menilai penjelasan pasal tersebut membatasi periode masa jabatan kepala desa untuk kembali mencalonkan sebagai calon kepala desa dan menilai bertentangan dengan Pasal 28D Ayat (1) UUD NRI Tahun 1945: “*Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum serta perlakuan yang sama di hadapan hukum*”. MK melalui Putusan MK Nomor 42/PUU-XIX/2021 memutuskan Pasal 39 Ayat (2) Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat secara bersyarat sepanjang tidak dimaknai, “*Kepala desa yang sudah menjabat 1 (satu) periode, baik berdasarkan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa maupun berdasarkan undang-undang sebelumnya masih diberi kesempatan untuk menjabat 2 (dua) periode. Begitu pula, bagi kepala desa yang sudah menjabat 2 (dua) periode, baik berdasarkan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa maupun berdasarkan undang-undang sebelumnya masih diberi kesempatan untuk menjabat 1 (satu) periode*”.

Kedua putusan tersebut cukup memberi andil terhadap penataan Pilkades di Indonesia, utamanya calon kepala desa yang tidak wajib lagi berdomisili di desa setempat. Namun demikian, permasalahan Pilkades saat ini masih kompleks seperti: *pertama*, kedudukan penyelenggaraan Pilkades yang tidak mendapat pengakuan secara tegas dalam konstitusi sehingga pelaksanaan Pilkades tidak dikategori sebagai rezim pemilihan di Indonesia. Hal ini menjadi anomali ketika melihat realitas bahwa penyelenggaraan Pilkades di Indonesia telah menjadi praktik riil demokrasi pada wilayah desa. *Kedua*, permasalahan penataan kelembagaan penyelenggara Pilkades yang direkrut secara *ad hoc* oleh pemerintah daerah setempat. Padahal idealnya, sebuah lembaga penyelenggara pemilihan haruslah bersifat mandiri dan independen.<sup>10</sup> *Ketiga*, proses penegakan hukum dalam pelaksanaan Pilkades saat ini tidak berjalan sesuai *due process of law* ketika terjadi pelanggaran seperti *money politic*. Penegakan hukum Pilkades sangat sulit untuk ditegakkan jika hanya mengandalkan kewenangan perangkat daerah dalam menegakkan praktik kecurangan dalam Pilkades.

Ketiga permasalahan di atas menjadi benang kusut yang melilit dan sangat memengaruhi kualitas pelaksanaan Pilkades saat ini. Oleh karena itu, kajian ini akan mengulas ketiga permasalahan tersebut untuk memberikan gagasan akademik dan praktis dalam menata pelaksanaan Pemilihan Kepala Desa di masa mendatang.

<sup>10</sup> Menahan and Ferry Kurnia Rizkiyansyah, *Kelembagaan Penyelenggara Pemilu* (Jakarta: Komisi Pemilihan Umum Republik Indonesia, 2019), 110.

## 2. Perumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang masalah maka rumusan masalah dalam kajian ini adalah: *pertama*, bagaimana bentuk penataan kedudukan Pemilihan Kepala Desa dalam Sistem Ketatanegaraan di Indonesia? *Kedua*, bagaimana bentuk penataan kelembagaan Pemilihan Kepala Desa? Dan *ketiga*, bagaimana bentuk penataan penegakan hukum Pemilihan Kepala Desa?

## 3. Metode Penelitian

Penelitian ini menggunakan penelitian hukum normatif-empiris dengan pendekatan konseptual (*conceptual approach*), pendekatan perundang-undangan (*statue approach*), dan pendekatan kasus (*case approach*).

Pendekatan konseptual meliputi konsep *the living constitution*, konsep demokrasi pada rezim pemilu dan pemilihan dan konsep desentralisasi pada demokratisasi masyarakat desa untuk memetakan penataan kedudukan Pilkades dalam sistem ketatanegaraan di Indonesia. Selain itu, pendekatan konsep lembaga penyelenggara pemilihan akan digunakan untuk menata kelembagaan penyelenggara Pilkades di masa mendatang. Adapun pendekatan konsep prinsip-prinsip penyelenggaraan pemilihan yang berkualitas dan berintegritas akan didudukkan untuk memperjelas penataan penegakan hukum pada Pemilihan Kepala Desa.

Pendekatan perundang-undangan meliputi pendekatan terhadap hukum positif terkait dasar pelaksanaan Pilkades yakni: 1) Pasal 18B Ayat (2) UUD NRI Tahun 1945. 2) Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa. 3) Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 112 Tahun 2014 tentang Pemilihan Kepala Desa sebagaimana telah diubah terakhir dengan Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 72 Tahun 2020 tentang Perubahan Atas Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 112 Tahun 2014 tentang Pemilihan Kepala Desa. 4) Peraturan Daerah masing-masing kabupaten dalam penyelenggaraan Pemilihan Kepala Desa.

Pendekatan kasus meliputi keterangan dan referensi terkait pada kecurangan pelaksanaan Pilkades seperti *money politic* dan kecurangan lainnya yang sulit untuk ditegakkan melalui kewenangan perangkat daerah. Pendekatan ini akan diarahkan untuk memperlihatkan kelemahan proses penegakan hukum pada Pemilihan Kepala Desa yang terjadi saat ini.

Sumber data yang digunakan adalah sumber hukum sekunder berupa perundang-undangan dan referensi yang mendukung kajian. Semua sumber data dihimpun untuk dilakukan analisis dan pengkajian sehingga menghasilkan pemecahan masalah secara menyeluruh dan komprehensif.

## B. PEMBAHASAN

### 1. Penataan Kedudukan Pemilihan Kepala Desa dalam Sistem Ketatanegaraan di Indonesia

Pelaksanaan Pilkadaes di Indonesia pada dasarnya memiliki kedudukan secara tersirat dalam Pasal 18B Ayat (2) yakni,

*“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”.*

Meskipun hanya disebut secara tersirat dalam ketentuan pasal di atas, Pilkadaes harus tetap mendapat pengakuan yang kuat dalam praktik ketatanegaraan di Indonesia.

Mahkamah Konstitusi memberi tafsir terhadap Pasal 18B Ayat (2) tersebut dalam Putusan Nomor 010/PUU-1/2003 yaitu:<sup>11</sup>

*“...Ketentuan Pasal 18B Ayat (2) UUD 1945 tidaklah dimaksudkan untuk dijadikan dasar pembagian wilayah negara melainkan merupakan penegasan bahwa negara berkewajiban untuk mengakui dan menghormati kesatuan masyarakat hukum adat dan hak-hak tradisionalnya yang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip NKRI, yang diatur dalam undang-undang.”*

Nampak pada penafsiran tersebut, Pasal 18B Ayat (2) memberi afirmasi bagi pelaksanaan kehidupan hak-hak masyarakat tradisional (masyarakat desa). Penafsiran Mahkamah Konstitusi terhadap Pasal 18B Ayat (2) UUD NRI Tahun 1945 juga dapat ditemui pada Putusan MK Nomor 128/PUU-XIII/2015, MK berpandangan bahwa:<sup>12</sup>

*“Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa disusun dengan semangat penerapan amanat UUD 1945, termasuk di dalamnya pengaturan masyarakat hukum adat sesuai dengan ketentuan Pasal 18B Ayat (2) UUD 1945 untuk diatur dalam susunan pemerintahan sesuai dengan ketentuan Pasal 18 Ayat (7). [...] Dengan kontruksi menggabungkan fungsi self-governing community dengan local self government, diharapkan kesatuan masyarakat hukum adat yang selama ini merupakan bagian dari wilayah desa, ditata sedemikian rupa menjadi desa dan desa adat. [...] Di masa depan desa dan desa adat dapat melakukan perubahan wajah desa dan tata kelola penyelenggaraan pemerintahan yang efektif, pelaksanaan pembangunan yang berdaya guna, serta pembinaan masyarakat dan pemberdayaan masyarakat di wilayahnya”.*

<sup>11</sup> Huda, *Hukum Pemerintahan Desa Dalam Konstitusi Indonesia Sejak Kemerdekaan Hingga Era Reformasi*, 29.

<sup>12</sup> Indonesia, Putusan MK Nomor 128/PUU-XIII/2015, 21.

Pelaksanaan Pasal 18B Ayat (2) dalam konteks Pilkades memberi penegasan secara tersirat bahwa Pilkades merupakan wujud tata kelola pemerintahan desa untuk menjamin hak tradisional desa yang telah ada sebelum Indonesia berdiri. Menurut van Vollenhoven bahwa pemerintahan republik desa telah ada sebelum Belanda masuk ke wilayah nusantara. Dalam tulisannya yang berjudul *Staatrecht Oversea*, Van Vollenhoven mengemukakan pada tahun 1596 ketika Belanda pertama kali memasuki kepulauan Indonesia, wilayah Indonesia bukanlah wilayah yang kosong tanpa pemerintahan. Pada saat itu sudah terdapat lembaga pengaturan dan kewibawaan melalui pemerintahan terhadap suku-suku, desa-desa yang berbentuk ketatanganan yang disebut sebagai masyarakat pribumi (*inheemsch geleven*).<sup>13</sup> Bahkan para pendiri bangsa seperti Soepomo menunjuk kepada negara yang strukturnya disesuaikan dengan *sociale structuur* yakni Republik Desa. Begitupula M. Yamin dalam pidatonya 11 Juli 1945 di hadapan BPUPKI, "*pemerintahan dalam Republik ini pertama-tama akan tersusun dari badan-badan masyarakat seperti desa...*"<sup>14</sup> Hal ini menyiratkan bahwa pemerintahan desa telah eksis jauh sebelum adanya bentuk negara kesatuan Indonesia.

Meski demikian, harus diakui bahwa perhatian para perumus amandemen UUD NRI Tahun 1945 mengenai pelaksanaan Pilkades tidak mencuat dalam pembahasan amandemen, sebagaimana perhatian pada pelaksanaan pemilu dan pemilihan kepala daerah. Namun menurut Mahfud MD bahwa sebagai olah pikir manusia pada zamannya, hukum dalam bentuk apapun termasuk dalam konstitusi atau undang-undang dasar mungkin terasa sulit mengikuti perkembangan zaman, apalagi konstitusi disusun berdasarkan *resultante* atau kesepakatan lembaga negara sesuai kehidupan sosial, politik, dan ekonomi pada saat dibuat.<sup>15</sup>

Berdasarkan uraian di atas, maka konstitusi yang ada perlu hidup dan merespon perkembangan berdasarkan konsep *the living constitution*. Tesis dari konsep *the living constitution* analog dengan makhluk hidup (*living organism*) yang tidak statis, tetapi mampu beradaptasi dengan tuntutan perkembangan atau perubahan dari waktu ke waktu, meskipun tanpa dilakukan amandemen secara formal.<sup>16</sup> Strauss berargumen bahwa tidak ada alternatif lebih realistis ketimbang *the living constitution* mengingat sulitnya mengubah undang-undang dasar, sementara momen yang sama dunia

<sup>13</sup> Proborini, "Reduksi Kewenangan Atribusi Pemerintahan Daerah dalam Pengaturan Pemilihan Kepala Desa," *Jurnal Yudisial* 11, no. 1 (2018): 118.

<sup>14</sup> Huda, 5.

<sup>15</sup> Moh. Mahfud MD dalam Saldi Isra, *Sistem Pemerintahan Indonesia Pergulatan Ketatanegaraan Menuju Sistem Pemerintahan Presidensial* (Jakarta: Rajawali Pers, 2019), 131.

<sup>16</sup> Titon Slamet Kurnia, *Konstitusi HAM Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 & Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2014), 55.



berubah begitu cepat.<sup>17</sup> Marshal dan Brandeis berpandangan yang sama mengenai sifat konstitusi yang tidak dapat berlaku statis dalam merespon perubahan dan perkembangan masyarakat (*living constitution*).<sup>18</sup> *Living constitution* dapat digunakan untuk mendukung penguatan terhadap pelaksanaan Pilkades dengan berdasar dalam Pasal 18B Ayat (2) di atas.

#### a. Penguatan Rezim Pemilihan Kepala Desa

Konstitusi Indonesia hanya mengatur secara jelas rezim pemilu dan pemilihan kepala daerah. Namun penyelenggaraan Pilkades tidak disebut secara tersirat. Akan tetapi berdasarkan konsep *the living constitution* yang telah diuraikan di atas, Pasal 18B Ayat (2) UUD NRI Tahun 1945 harus ditafsirkan hidup dan menjangkau perkembangan Pilkades saat ini, sehingga dapat dijadikan dasar konstitusi untuk mendukung Pilkades sebagai salah satu rezim suksesi penggantian penguasa (pemilu) setara dengan rezim pemilu dan pemilihan kepala daerah.

Argumentasi ini dasari pada kajian akademik yakni: **Pertama**, penyelenggaraan Pilkades tidak dapat dianggap sebagai rezim pemilihan kepala daerah pada umumnya, karena pelaksanaan otonomi daerah melalui prinsip desentralisasi berbeda dengan pelaksanaan otonomi desa. Ni'matul Huda menegaskan bahwa otonomi desa harus menjadi inti dari konsep NKRI, dengan catatan bahwa otonomi desa bukan merupakan cabang dari otonomi daerah, karena yang memberi inspirasi adanya otonomi daerah yang khas dalam NKRI adalah otonomi desa. Lebih lanjut, menurutnya otonomi daerah bersifat pemberian dari negara, sedangkan otonomi desa adalah bersifat asli sebagai satu kesatuan masyarakat asli.<sup>19</sup>

**Kedua**, adanya pembagian rezim pemilihan dalam konstitusi yakni rezim pemilu diatur dalam Pasal 22E UUD NRI Tahun 1945, rezim pemilihan kepala daerah diatur dalam Pasal 18 Ayat (4) UUD NRI Tahun 1945, dan rezim Pilkades diatur secara tersirat dalam Pasal 18B Ayat (2) UUD NRI Tahun 1945. Pada dasarnya ketiga ketentuan ini memiliki derajat yang sama sehingga pelaksanaan Pilkades dalam konteks pelaksanaan demokrasi di Indonesia harus diakui sebagai salah satu rezim pemilihan di Indonesia. Argumen ini sangat berdasar apabila melihat konsideran mengingat dalam Undang-Undang No. 6 Tahun 2014 tentang Desa yang menjadi dasar hukum pelaksanaan Pilkades memasukkan Pasal 18B Ayat (2) sebagai landasan yuridis.

<sup>17</sup> Kurnia.

<sup>18</sup> Kurnia.

<sup>19</sup> Huda, *Hukum Pemerintahan Desa Dalam Konstitusi Indonesia Sejak Kemerdekaan Hingga Era Reformasi*, 35.

**Ketiga**, teknis pelaksanaan tahapan Pilkades saat ini telah menyerupai rezim pemilu dan pemilihan kepala daerah. Jika tahapan pemilu dan tahapan pemilihan kepala daerah dimulai dari tahapan penganggaran, pencalonan, sampai pada tahapan pengucapan sumpah dan janji calon terpilih, maka Pilkades pun memiliki tahapan yang hampir sama. Berdasarkan Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 112 Tahun 2014 tentang Pemilihan Kepala Desa sebagaimana telah diubah terakhir dengan Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 72 Tahun 2020 tentang Perubahan Atas Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 112 Tahun 2014 tentang Pemilihan Kepala Desa, tahapan pelaksanaan Pilkades meliputi persiapan, pencalonan, pemungutan suara dan penghitungan suara, dan penetapan [*vide* Pasal 6]. Bahkan beberapa Peraturan Daerah masing-masing kabupaten tentang Pelaksanaan Pilkades dapat ditemui adanya tahapan seperti kampanye, debat kandidat seperti yang terdapat pada rezim pemilu dan pemilihan kepala daerah.

Ketiga argumentasi di atas menjadi dasar untuk menetapkan Pilkades sebagai salah satu rezim pemilihan dalam pelaksanaan demokrasi di Indonesia layaknya rezim pemilu dan rezim pemilihan kepala daerah. Pengakuan Pilkades sebagai salah satu rezim pemilihan perlu dilakukan untuk menguatkan kedudukan Pilkades dalam sistem ketatanegaraan di Indonesia.

#### **b. Penguatan Kedudukan Pemilihan Kepala Desa dalam Perundang-Undangan**

Seperti yang telah diuraikan pada sub pembahasan sebelumnya, terdapat 3 (tiga) argumentasi untuk mendudukan pelaksanaan Pilkades sebagai salah satu rezim pemilihan di Indonesia. Melalui pengakuan rezim Pilkades tersebut, selanjutnya perlu dilakukan penguatan kedudukan Pilkades dalam Peraturan Perundang-undangan.

Meskipun sejauh ini telah dilakukan berbagai upaya penguatan pengaturan pelaksanaan Pilkades melalui proses *constitutional review* pada Mahkamah Konstitusi sebagaimana dalam Putusan MK Nomor 128/PUU-XIII/2015 memutuskan bahwa Pasal 33 huruf g dan Pasal 50 Ayat (1) huruf c Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945. Impilikasi dari putusan tersebut, bahwa syarat calon kepala desa tidak wajib berdomisili di desa setempat. Begitupula dalam Putusan MK Nomor 42/PUU-XIX/2021 memutuskan Pasal 39 Ayat (2) Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat secara bersyarat sepanjang tidak dimaknai, "*Kepala desa yang sudah menjabat 1 (satu) periode, baik berdasarkan*

*Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa maupun berdasarkan undang-undang sebelumnya masih diberi kesempatan untuk menjabat 2 (dua) periode. Begitu pula, bagi kepala desa yang sudah menjabat 2 (dua) periode, baik berdasarkan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa maupun berdasarkan undang-undang sebelumnya masih diberi kesempatan untuk menjabat 1 (satu) periode".* Implikasi dari putusan tersebut memberikan kejelasan terhadap masa periode bagi kepala desa yang akan mencalonkan kembali sebagai kepala desa.

Upaya konstitusional dalam menata peraturan pelaksanaan Pilkadaes patut diapresiasi, namun penataan peraturan hukum Pilkadaes masih menyisahkan permasalahan, sebab pelaksanaan Pilkadaes tidak diatur secara khusus melalui undang-undang khusus layaknya pelaksanaan pemilu dan pemilihan kepala daerah. Saat ini dasar hukum pelaksanaan Pilkadaes diatur dalam Undang-Undang No. 6 Tahun 2014 tentang Desa<sup>20</sup> dan Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 112 Tahun 2014 tentang Pemilihan Kepala Desa sebagaimana telah diubah terakhir dengan Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 72 Tahun 2020 tentang Perubahan Atas Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 112 Tahun 2014 tentang Pemilihan Kepala Desa, serta diatur dalam Perda masing-masing kabupaten. Desain dasar hukum tersebut tidak mendudukan Pilkadaes setara dengan rezim pemilu dan pemilihan yang memiliki undang-undang tersendiri. Pengaturan Undang-Undang No. 6 Tahun 2014 tentang Desa tidak dimaksudkan secara khusus mengatur Pilkadaes, melainkan mengatur kedudukan Desa secara umum.

Hal di atas tentu menjadi sebuah anomali karena rezim pemilu diatur melalui Undang-Undang No. 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum sebagai amanat Pasal 22E UUD NRI Tahun 1945. Begitupula rezim pemilihan kepala daerah diatur secara khusus dalam Undang-Undang No. 10 Tahun 2016 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang No. 1 Tahun 2015 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2014 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, Dan Walikota menjadi Undang-Undang *jo*. Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2020 tentang Perubahan Ketiga 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 menjadi Undang-Undang, sebagai amanat Pasal 18 Ayat (4) UUD NRI Tahun 1945. Namun pengaturan Pilkadaes

<sup>20</sup> Indonesia, *Undang-undang tentang Desa*, UU No. 6 Tahun 2014, LN No. 7, TLN No. 5495, Pasal 167 Ayat (4).

dalam konteks hukum positif di Indonesia tidak diatur dalam undang-undang khusus. Maka dari itu diperlukan pengaturan khusus pelaksanaan Pilkades dalam produk undang-undang.

Pengaturan secara khusus sebagai bentuk penguatan Pilkades dapat dilakukan melalui 2 (dua) opsi yakni: **Pertama**, mengatur khusus dalam undang-undang tersendiri yakni melalui undang-undang tentang pemilihan kepala desa atau undang-undang sejenis. Hal ini diperlukan untuk memberikan dasar legitimasi yang kuat dalam pelaksanaan Pilkades.

**Kedua**, mengatur pelaksanaan Pilkades dalam satu kesatuan undang-undang khusus tentang pemilihan umum di masa mendatang. Jadi, nantinya dalam undang-undang tentang pemilu di Indonesia terdapat 3 (tiga) jenis rezim pelaksanaan pemilu, yakni rezim pemilu (Pasal 22E UUD NRI Tahun 1945), rezim pemilihan kepala daerah (Pasal 18 Ayat (4) UUD NRI Tahun 1945), dan rezim Pilkades (Pasal 18B Ayat (2) UUD NRI Tahun 1945).

Selain sebagai dasar legitimasi yang kuat, pengaturan khusus undang-undang tentang Pilkades akan menjadikan penyelenggaraan Pilkades di Indonesia semakin berkualitas dan berintegritas, melalui norma khusus tindak pidana Pilkades dan proses penegakan hukum pelanggaran Pilkades yang saat ini sulit untuk ditegakkan. Hal ini perlu dilakukan sebagai upaya menciptakan Pilkades yang demokratis. Internasional IDEA (2002) memaparkan 15 (lima belas) aspek pemilu demokratis, 2 (dua) diantaranya adalah penyusunan kerangka hukum dan kepatuhan terhadap hukum dan penegakan hukum pemilu.<sup>21</sup>

## 2. Penataan Kelembagaan Penyelenggara Pemilihan Kepala Desa

Kelembagaan penyelenggara Pilkades—baik lembaga teknis penyelenggara maupun lembaga pengawas—direkrut secara *ad hoc* menjelang tahapan penyelenggaraan Pilkades oleh pemerintah daerah. Model kelembagaan ini dalam konsep lembaga penyelenggara pemilu<sup>22</sup> menyerupai model pemerintahan yakni pemilu diselenggarakan dan dikelola oleh pemerintahan eksekutif melalui kementerian tertentu dan pemerintah daerah. Padahal idealnya sebuah lembaga penyelenggara pemilihan berbentuk model mandiri yakni pemilu diselenggarakan dan dikelola secara mandiri dan otonom oleh suatu kelembagaan tanpa adanya keterlibatan aktif dari pemerintahan eksekutif.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Titi Anggraini, *Penegakan Hukum Pemilu Dan Penyelesaian Masalah Hukum Pemilu* (Jakarta: Komisi Pemilihan Umum Republik Indonesia, 2019), 290.

<sup>22</sup> Aditya Perdana, *Tata Kelola Pemilu Di Indonesia* (Jakarta: Komisi Pemilihan Umum Republik Indonesia, 2019), 110.

<sup>23</sup> Perdana.

Begitupula konsepsi Lembaga Penyelenggara Pemilihan dalam Deklarasi 10 (sepuluh) negara di Ghana 1993 menyebutkan salah satu kriteria kelembagaan yaitu adanya lembaga yang permanen, imparial, dan memiliki kapasitas dalam menyelenggarakan pemilu secara berkala.<sup>24</sup> Adanya penataan kelembagaan Pilkades yang ideal akan mampu menerjemahkan proses demokratisasi desa yang berkualitas. Menurut Didik Sukriono (2009) pada umumnya lembaga pemilihan lahir dari sistem demokrasi sampai sekarang tetap merupakan lembaga esensial dalam kehidupan ketatanegaraan baik negara dengan bentuk monarki parlementer maupun negara berbentuk republik. Menurutnya, lembaga pemilihan adalah sistem norma dalam proses penyampaian hak demokrasi rakyat.<sup>25</sup> Maka dari itu penataan lembaga Pilkades merupakan hal esensial dalam sistem ketatanegaraan di Indonesia, sehingga diperlukan adanya restrukturisasi kelembagaan pemilihan kepala desa di masa mendatang.

#### a. Penataan Lembaga Penyelenggara Teknis Pilkades

Lembaga penyelenggara teknis Pilkades saat ini memiliki tingkatan dari kabupaten sampai pada Panitia Pemungutan Suara yang sifatnya *ad hoc*. Diantaranya, Panitia Pemilihan Kabupaten (PPK), Pokja Kecamatan, Panitia Pemilihan Kepala Desa di tingkat desa (PPKD), Petugas Pemutakhiran Data Pemilih (Pantarlih), dan Panitia Pemungutan Suara (PPS). Kedudukan struktur lembaga penyelenggara pemilihan kepala desa ini diatur dalam Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 112 Tahun 2014 tentang Pemilihan Kepala Desa dan dikonkretkan dalam Peraturan Daerah tentang Pemilihan Desa tiap-tiap daerah.

Model kelembagaan teknis Pilkades tersebut memiliki kelemahan: **Pertama**, proses rekrutmen penyelenggara *ad hoc* akan memakai banyak anggaran daerah dibandingkan dengan menggunakan lembaga Komisi Pemilihan Umum (KPU) tingkat kabupaten yang telah permanen. **Kedua**, kualitas penyelenggara *ad hoc* yang belum diteruji dalam melaksanakan tahapan pemilihan dibandingkan dengan kemampuan teknis yang telah dimiliki oleh KPU Kabupaten dalam menyelenggarakan pemilu dan pemilihan. **Ketiga**, membutuhkan waktu yang relatif lama untuk membimtek penyelenggara *ad hoc* dibandingkan dengan KPU kabupaten yang telah memiliki pengetahuan teknis yang memadai.

Kelemahan penyelenggara *ad hoc* Pilkades di atas dapat diatasi dengan melibatkan KPU kabupaten dalam menyelenggarakan Pilkades. Kedepannya untuk menghasilkan penyelenggara Pilkades yang berkualitas, KPU perlu dimasukkan

<sup>24</sup> Menahan and Rizkiyansyah, *Kelembagaan Penyelenggara Pemilu*, 110.

<sup>25</sup> Didik Sukriono, "Menggagas Sistem Pemilihan Umum di Indonesia," *Jurnal Konstitusi* 2, no. 1 (2009): 16-17.

sebagai lembaga teknis penyelenggara Pilkades. Hal ini dilakukan agar lembaga Pilkades memiliki sifat imparial (di luar dari birokrasi pada umumnya) dan kredibel sehingga dapat menyelenggarakan Pilkades sesuai dengan prinsip-prinsip dalam pemilihan.

Tentu pelibatan KPU sebagai lembaga teknis penyelenggara Pilkades dilakukan setelah harmonisasi Undang-Undang No. 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum dengan undang-undang khusus tentang Pilkades yang nantinya akan ditetapkan, sebab dalam Undang-Undang No. 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum kewenangan KPU, KPU Provinsi, dan KPU Kabupaten/Kota hanya terbatas pada penyelenggaraan Pemilu dan Pemilihan.<sup>26</sup> Atau dengan cara melakukan *legislaif review*<sup>27</sup> terhadap ketentuan Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa utamanya dalam Bab V Penyelenggaraan Pemerintahan Desa. Pada Bagian Ketiga Pemilihan Kepala Desa, setidaknya dilakukan revisi dengan menyisipkan klausa pasal bahwa, "*penyelenggara pemilihan kepala desa dilaksanakan oleh **KPU Kabupaten** dan/atau lembaga lainnya sesuai dengan adat istiadat yang hidup di masyarakat desa*".

#### **b. Penataan Lembaga Pengawas Pilkades**

Serupa dengan lembaga penyelenggara teknis Pilkades, lembaga pengawas Pilkades direkrut secara *ad hoc* oleh pemerintah daerah. Berdasarkan Pasal 5 Ayat (2) Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 65 Tahun 2017 tentang Perubahan Atas Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 112 Tahun 2014 tentang Pemilihan Kepala Desa, tugas pengawasan pelaksanaan Pilkades dilaksanakan oleh Panitia Pemilihan tingkat Kabupaten/Kota. Pasal 5 menyebutkan:

*"(1) Bupati/wali kota membentuk panitia pemilihan di kabupaten/kota yang ditetapkan dengan keputusan bupati/wali kota. (2) Tugas panitia **pemilihan di kabupaten/kota** sebagaimana dimaksud pada Ayat (1) meliputi: g. melakukan **pengawasan** penyelenggaraan pemilihan kepala Desa dan melaporkan serta membuat rekomendasi kepada bupati/wali kota".*

Jika diperhatikan secara seksama konstruksi norma dalam Permendagri di atas nampak absurd, sebab tugas pengawasan dilakukan oleh penyelenggara teknis Pilkades itu sendiri. Selain itu, pola pengawasan seperti ini akan berpotensi menimbulkan *conflict of interest* dan pengawasan akan tidak maksimal, sebab

<sup>26</sup> Indonesia, *Undang-undang tentang Pemilihan Umum*, UU No. 7 Tahun 2017, LN No. 182, TLN No. 6109, Pasal 6 - Pasal 87.

<sup>27</sup> Moh. Mahfud MD, "Rambu Pembatas Dan Perluasan Kewenangan Mahkamah Konstitusi," *Jurnal Hukum* 16, no. 4 (2009): 454.



lembaga teknis penyelenggara disamping melakukan tugas pelaksanaan Pilkades juga bertugas sebagai pengawas (*double function*).

Anomali lain terjadi pada penyelenggaraan tahapan Pilkades yakni minimnya pengawasan terhadap bentuk kecurangan yang dilakukan baik oleh calon kepala desa maupun tim kampanye. Minimnya pengawasan tersebut membuat organisasi non pemerintah turut andil mengawasi pelaksanaan Pilkades. Penelitian yang dilakukan oleh Syahfuddin, *et al.* (2020) mengungkapkan pelaksanaan Pilkades di desa Sidoarjo dan Kecamatan Sidoarjo melibatkan organisasi non pemerintah (Lembaga Seven Gab) dalam melakukan pengawasan Pilkades.<sup>28</sup> Pada penyelenggaraan Pilkades tahun 2021 yang diselenggarakan di daerah Penulis, banyak indikasi *money politic* oleh oknum calon kepala desa tanpa proses pengawasan dan penegakan hukum. Kendalanya terletak pada tidak adanya lembaga khusus yang diberikan kewenangan untuk mengawasi jalannya tahapan Pilkades. Kemampuan perangkat daerah melalui Satuan Polisi Pamong Praja<sup>29</sup> untuk mengawasi Pilkades sebagai perangkat penegak Perda di daerah masih terbatas dan tidak berjalan maksimal.

Berdasarkan uraian di atas, maka diperlukan restrukturisasi lembaga pengawas Pilkades dengan melibatkan Badan Pengawas Pemilu (Bawaslu) tingkat Kabupaten untuk melakukan pengawasan terhadap pelaksanaan tahapan Pilkades. Pelibatan Bawaslu sebagai lembaga pengawas Pilkades dilakukan setelah harmonisasi Undang-Undang No. 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum dengan undang-undang khusus tentang Pilkades yang nantinya akan ditetapkan. Sebab dalam Undang-Undang No. 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum, kewenangan Bawaslu, Bawaslu Provinsi, dan Bawaslu Kabupaten/Kota hanya terbatas pencegahan dan pengawasan serta penyelesaian pelanggaran proses Pemilu dan Pemilihan.<sup>30</sup>

Atau melakukan *legislaif review* terhadap ketentuan Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa utamanya dalam Bab V Penyelenggaraan Pemerintahan Desa pada Bagian Ketiga Pemilihan Kepala Desa. Pada Bagian Ketiga Pemilihan Kepala Desa, setidaknya dilakukan perubahan oleh DPR dan pemerintah dengan menyisipkan klausa pasal bahwa, "*penyelenggara **Pengawasan** pemilihan kepala desa dilaksanakan oleh **Bawaslu** Kabupaten pada daerah pelaksanaan pemilihan kepala desa*".

<sup>28</sup> Muhammad Nawawi Syahfuddin, *et al.*, "Peran Non Government melalui Bidang Pemerintahan dalam Pengawasan sebelum dilaksanakan Pemilihan Kepala Desa," *Jurnal Litbang Kebijakan* 14, no. 1 (2020): 73.

<sup>29</sup> Indonesia, *Undang-undang tentang Pemerintahan Daerah*, UU No. 23 Tahun 2014, LN No. 244, TLN No. 5587, Pasal 255 Ayat (1).

<sup>30</sup> UU No. 7 Tahun 2017, Pasal 93 - Pasal 104.

### 3. Penataan Proses Penegakan Hukum Pemilihan Kepala Desa

Mewujudkan tata kelola pemilu yang demokratis, ada dua hal mendasar dan penting diperhatikan yakni pemilu yang berintegritas dan aspek pemilu yang jujur, adil, langsung, umum, bebas, dan rahasia. Pemilu jujur dan adil dapat tercapai apabila tersedia perangkat hukum yang mengatur proses pelaksanaan pemilu sekaligus melindungi penyelenggara, kandidat, pemilih, pemantau, dan warga negara pada umumnya dari intimidasi, penyuapan, dan berbagai praktik curang lainnya yang akan memengaruhi hasil pemilu.<sup>31</sup>

Kementerian Dalam Negeri merilis data tahun 2020 dari 27 provinsi, terdapat 19 kabupaten yang melakukan Pilkades dengan jumlah 1.464 desa. Sementara itu, pada tahun 2021 terdapat 5.996 desa di 86 kabupaten dan kota.<sup>32</sup> Namun pada realitanya, pemilihan kepala desa masih menyisakan berbagai polemik. Pelaksanaan Pilkades masih kerap kali ditemukan pelanggaran baik pelanggaran administrasi<sup>33</sup> maupun pelanggaran pidana. Misalnya di Kabupaten Bandung Barat, bakal calon kepala desa meminta klarifikasi panitia pemilihan atas kecurangan berupa diskriminasi terhadap hasil seleksi nilai yang menggugurkan bakal calon kepala desa.<sup>34</sup> Kasus serupa juga terjadi di Kabupaten Sumenep, bakal calon kepala desa mengalami diskriminasi berupa isu oleh sekelompok orang di dalam pemberitaan bahwa salah satu persyaratan sebagai bakal calon kepala desa 2021 yaitu surat keterangan kesehatan diduga palsu yang mengalami bakal calon gugur pada tahap pendaftaran. Selain itu, pelanggaran pidana juga masih menjadi momok dalam pemilihan kepala desa, seperti praktik *money politic* dan kekerasan para pendukung pada tahapan penetapan kepala desa. Begitupula dengan permasalahan administrasi<sup>35</sup> seperti syarat pencalonan kepala desa yang masih sering menghambat calon kepala desa. Seperti kasus saat pencalonan Kepala desa gagal maju dalam pilkades karena terkendala persyaratan ijazahnya, yakni calon merupakan anak seorang pengurus organisasi terlarang.<sup>36</sup>

<sup>31</sup> Perdana, *Tata Kelola Pemilu Di Indonesia*, 23-24.

<sup>32</sup> Sania Mashabi, "Kemendagri Diminta Jelaskan Ke Publik Pertimbangan Tunda Pilkades 2020," diakses 24 April 2021, <https://nasional.kompas.com/read/2020/11/13/18010841/kemendagri-diminta-jelaskan-ke-publik-pertimbangan-tunda-pilkades-2020?page=all>.

<sup>33</sup> Fajlurrahman Jurdi, *Pengantar Hukum Pemilihan Umum* (Jakarta: Prenadamedia, 2018), 237.

<sup>34</sup> Hilman R and Sri L, "Di Duga Diskriminasi Terhadap Bakal Calon Kepala Desa Ciptagumati Kab. diakses 25 April 2021 <https://tribuntipikor.com/2021/11/10/di-duga-diskriminasi-terhadap-bakal-calon-kepala-desa-ciptagumati-kab-bandung-barat/>.

<sup>35</sup> Syahrul Machmud, "Tindakan Preventif dan Represif Non-Yustisial Penegakan Hukum Administrasi oleh Eksekutif," *Jurnal Hukum Media Justitia Nusantara* 7, no. 2 (2017): 67.

<sup>36</sup> Septa Eka Nugroho, "Kajian Yuridis Mekanisme Pencalonan Kepala Desa berdasarkan Peraturan Daerah Kabupaten Jember Nomor 6 Tahun 2006," *Jurnal Lentera Hukum* 1, no. 1 (2014): 28.

Selain permasalahan di atas, budaya patronase dan klientelisme kerap menjangkiti pelaksanaan Pilkades. Penelitian yang dilakukan oleh Lesmana Rian Andhika (2017) yang mengungkapkan efek negatif pelaksanaan Pilkades akan menimbulkan budaya patronase dan klientelisme. Menurut Andhika budaya ini dapat ditemui melalui perilaku *vote buying* yang justru melanggar asas-asas pemilihan dan bertentangan dengan semangat Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa. Lebih jauh, budaya patronase dan klientelisme berdampak panjang pada peluang untuk terjadinya tindakan berupa korupsi di masa mendatang.<sup>37</sup> Pada dasarnya budaya seperti ini sangat sering ditemukan pada berbagai konstestasi politik termasuk dalam penyelenggaraan Pilkades. Pola untuk mempengaruhi pilihan orang tertentu kerap dilakukan dengan cara memberikan hadiah atau sejumlah uang kepada pemilih yang masih ragu-ragu menentukan pilihannya. Praktik ini nyata dan masih terjadi di berbagai daerah dalam Pilkades tanpa proses penegakan hukum yang maksimal.

#### **a. Penegakan Pelanggaran Pidana Pemilihan Kepala Desa**

Kecurangan seperti *money politic* banyak ditemukan dalam penyelenggaraan Pilkades. Misalnya pelaksanaan Pilkades di Kabupaten Tangerang tahun 2021, dua calon kepala desa melakukan *money politic* dengan menggelontorkan dana miliaran rupiah. Kasus ini juga melibatkan dua oknum kepolisian.<sup>38</sup> Kasus lainnya, *money politic* pada penyelenggaraan Pilkades di Kabupaten Kediri yang melibatkan 5 (lima) orang pelaku dengan membawa ratusan amplop yang berisi uang pecahan Rp.100.000.<sup>39</sup> Di daerah penulis sendiri, *money politic* banyak dilakukan oleh oknum calon kepala desa dan tim kampanye, namun praktik tersebut tidak ditindaklanjuti dengan mekanisme penegakan hukum.

Tidak adanya pengaturan yang jelas mengenai ketentuan pidana dalam Undang-Undang No. 6 Tahun 2014 tentang Desa dan Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 112 Tahun 2014 tentang Pemilihan Kepala Desa sebagaimana telah diubah terakhir dengan Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 72 Tahun 2020 tentang Perubahan Atas Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 112 Tahun 2014 tentang Pemilihan Kepala Desa, serta diatur dalam Perda masing-masing kabupaten, membuat pelanggaran pidana Pilkades sulit untuk ditegakkan. Padahal

<sup>37</sup> Lesmana Rian Andhika, "Bahaya Patronase dan Klientelisme dalam Pemilihan Kepala Desa Serentak," *Kajian* 22, no. 12 (2019): 210.

<sup>38</sup> Sumiyati, "Money Politic Menjangkiti Pilkades," Poskota, diakses 24 April 2022, <https://poskota.co.id/2021/10/14/money-politic-menjangkiti-pilkades>.

<sup>39</sup> Eko Arif Setiono, "Polisi Ciduk Pelaku Money Politic Dalam Pilkades Serentak Kabupaten Kediri," diakses 25 April 2021, <https://jatimtimes.com/baca/203916/20191030/181500/polisi-ciduk-pelaku-money-politic-dalam-pilkades-serentak-kabupaten-kediri>.

kerangka ideal sebuah penyelenggaraan pemilu adalah tersedianya payung hukum dan mekanisme penegakan pemilihan yang berkepastian hukum. Maka dari itu, diperlukan pengaturan lebih jelas terhadap ketentuan pidana Pilkades melalui pengaturan khusus dalam undang-undang tentang Pilkades di masa mendatang.

Namun untuk mengatasi kekosongan hukum tersebut, setidaknya dapat digunakan alternatif pasal tindak pidana dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) yakni pada Pasal 149 Ayat (1) KUHP untuk menjerat pelanggaran *money politic* dalam penyelenggaraan Pilkades. Pasal 149 Ayat (1) menyebutkan:

*“barang siapa pada waktu diadakan **pemilihan** berdasarkan **aturan-aturan umum**, dengan **memberi atau menjanjikan** sesuatu, menyuap seseorang supaya tidak memakai hak pilihnya atau supaya memakai hak itu menurut cara tertentu, diancam dengan pidana penjara paling lama sembilan bulan atau pidana denda paling lama empat ribu lima ratus rupiah”.*

Frase “pemilihan” di atas dapat dilakukan interpretasi ekstensif bahwa “pemilihan” yang hidup dan berkembang di tengah masyarakat bukan hanya pemilu dan pemilihan kepala daerah, akan tetapi juga Pilkades, sehingga “Pilkades” termasuk kategori “pemilihan” pada frase di atas. Frase “aturan-aturan umum”, jelas bahwa pelaksanaan Pilkades diatur dalam aturan umum yakni Undang-Undang No. 6 Tahun 2014 tentang Desa, sehingga pelaksanaan Pilkades memenuhi unsur tersebut. Frase “memberi atau menjanjikan” dapat berupa uang atau barang/jasa yang diberikan oleh oknum tertentu dalam memengaruhi pemilih. Sehingga ketentuan ini tidak hanya akan menjerat pelanggaran *money politic* yang berbentuk pemberian uang, akan tetapi juga pemberian barang atau jasa pada pelaksanaan tahapan Pilkades dapat dijerat. Penegakan hukum pidana Pilkades harus dijalankan secara konsisten demi terwujudnya penyelenggaraan Pilkades yang bermartabat dan berintegritas.

#### **b. Lembaga Penyelesaian Sengketa Pelanggaran Pemilihan Kepala Desa**

Pelaksanaan Pilkades telah menyisakan berbagai persoalan baik yang berkaitan dengan proses maupun hasil pemilihan, yang bila terus dibiarkan akan menimbulkan konflik horizontal di masyarakat. Sehingga diperlukan penataan kembali dalam proses penyelesaian sengketa Pelanggaran Pemilihan Kepala Desa. Dalam Undang-Undang No. 6 Tahun 2014 tentang Desa, penyelesaian sengketa hasil Pilkades ini nyatanya hanya diatur dalam Pasal 37, dimana pasal tersebut menentukan penyelesaian sengketa diselesaikan oleh Bupati/ Walikota, *“Dalam hal terjadi*

*perselisihan hasil pemilihan Kepala Desa, Bupati/Walikota wajib menyelesaikan perselisihan dalam jangka waktu sebagaimana dimaksud pada Ayat (5)."*

Mencermati Peraturan Pemerintah Nomor 47 Tahun 2015 tentang Perubahan Atas Peraturan Pemerintah Nomor 43 Tahun 2014 Tentang Peraturan Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 Tentang Desa, Pasal 41 Ayat (7) memuat norma yang sama dan hanya ditambah dengan waktu yang tersedia untuk penyelesaian sengketa selama tiga puluh hari, "*Dalam hal terjadi perselisihan hasil pemilihan kepala desa, bupati/walikota wajib menyelesaikan perselisihan dalam jangka waktu 30 (tiga puluh) hari.*"

Jika merujuk pada pengaturan tersebut, menurut hemat penulis terdapat beberapa kelemahan dalam proses penyelesaian sengketa pelanggaran pemilihan kepala desa. *Pertama*, independensi, regulasi *a quo* semata-mata hanya menyerahkan penyelesaian sengketa kepada Bupati atau Walikota, sehingga dikhawatirkan keputusannya tidak benar-benar independen, karena secara latar belakang politik sangat mungkin saja Bupati atau Walikota memiliki keterkaitan dan *interest* pribadi dengan salah satu calon kepala desa. *Kedua*, penyerahan penyelesaian sengketa hasil Pilkada semata-mata hanya kepada Bupati atau Walikota dan tidak adanya lembaga independen yang berwenang untuk penyelesaian sengketa Pilkadaes.

Penelitian yang dilakukan oleh Adhi Putra Satria (2020) mengungkapkan permasalahan penyelesaian sengketa hasil Pilkadaes sangat bertentangan dengan trias politika karena sengketa hasil Pilkadaes yang diserahkan kepada Bupati telah merepresentasikan Bupati sebagai bagian dari lembaga yudikatif, padahal dalam praktik ketatanegaraan Bupati adalah bagian dari cabang eksekutif. Begitupula dalam penyelesaian sengketa hasil Pilkadaes yang diserahkan kepada Bupati dinilai akan mengganggu netralitas Bupati dalam memutuskan perkara secara objektif.<sup>40</sup>

Terbentuknya lembaga penyelesaian sengketa Pilkadaes secara independen diharapkan dapat menegakkan terlaksananya demokrasi desa dan pemilihan kepala desa yang demokratis, luber dan jurdil sesuai dengan peraturan di daerah dan perundang-undangan yang berlaku, melindungi hak para pihak dalam mencari keadilan terhadap hasil Pilkadaes dengan memperlakukan kedudukan dan kesempatan yang sama bagi semua pihak, penyelesaian sengketa Pilkadaes dengan berpegang pada prinsip independensi, imparial, proporsional, profesional, transparan, dan akuntabel.

<sup>40</sup> Adhi Putra Satria, "Analisis Penyelesaian Sengketa Pemilihan Kepala Desa di Indonesia," *Kosmik Hukum* 20, no. 1 (2020): 18-19.

### C. KESIMPULAN

Hasil penelitian menunjukkan perlunya penguatan kedudukan pelaksanaan Pilkades dalam sistem ketatanegaraan di Indonesia. Penguatan kedudukan tersebut dapat dilakukan dengan memasukkan penyelenggaraan Pilkades sebagai salah satu rezim pemilihan yang setara dengan rezim pemilu dan pemilihan kepala daerah. Selain itu penataan kedudukan dapat dilakukan dengan membentuk undang-undang khusus yang mengatur pelaksanaan Pilkades di Indonesia. Hasil penelitian juga menunjukkan penataan kelembagaan penyelenggara *ad hoc* Pilkades dapat dilakukan dengan melibatkan KPU Kabupaten dan Bawaslu Kabupaten sebagai bagian dari penyelenggara Pilkades. Selain itu, penelitian juga menunjukkan diperlukan upaya penegakan hukum secara konsisten terhadap berbagai pelanggaran dalam pelaksanaan Pilkades seperti *money politic*, sebagai upaya menciptakan penyelenggaraan Pilkades yang bermatahat dan berintegritas.

Maka dari itu, kedepannya diperlukan kebijakan lebih khusus untuk menata Pilkades di Indonesia secara menyeluruh. Selain itu, diharapkan adanya kajian lebih lanjut dari para akademisi dan praktisi untuk merumuskan penataan Pilkades di masa mendatang.

### DAFTAR PUSTAKA

#### Buku

- Amanulloh, Naeni. *Demokratisasi Desa*. Jakarta: Kementerian Desa, Pembangunan Daerah Tertinggal, dan Transmigrasi Republik Indonesia, 2015.
- Anggraini, Titi. *Penegakan Hukum Pemilu dan Penyelesaian Masalah Hukum Pemilu*. Jakarta: Komisi Pemilihan Umum Republik Indonesia, 2019.
- Budiarjo, Miriam. *Dasar-Dasar Ilmu Politik (Edisi Revisi)*. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2008.
- Falaakh, Mohammad Fajrul. *Model dan Pertumbuhan Konstitusi*. Yogyakarta: Gajah Mada University Press, 2014.
- Huda, Ni'Matul. *Hukum Pemerintahan Desa dalam Konstitusi Indonesia Sejak Kemerdekaan hingga Era Reformasi*. Malang: Setara Press, 2015.
- Isra, Saldi dan Khairul Fahmi. *Pemilihan Umum Demokratis Prinsip-Prinsip dalam Konstitusi Indonesia*. Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2019.



- Isra, Saldi. *Sistem Pemerintahan Indonesia Pergulatan Ketatanegaraan Menuju Sistem Pemerintahan Presidensial*. Jakarta: Rajawali Pers, 2019.
- Jurdi, Fajlurrahman. *Pengantar Hukum Pemilihan Umum*, Jakarta: Prenadamedia, 2018.
- Kurnia, Titon Slemet. *Konstitusi HAM Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 & Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2014.
- Menahan dan Ferry Kurnia Rizkiyansyah. *Kelembagaan Penyelenggara Pemilu*. Jakarta: Komisi Pemilihan Umum Republik Indonesia, 2019.
- Perdana, Aditya. *Tata Kelola Pemilu di Indonesia*. Jakarta Pusat: Komisi Pemilihan Umum Republik Indonesia, 2019.
- Strauss, A. David. *The Living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

## Jurnal

- Machmud, Syahrul. "Tindakan Preventif dan Represif Non- Yustisial Penegakan Hukum Administrasi Oleh Eksekutif". *Jurnal Hukum Media Justitia Nusantara* 7 no. 2, (2017): 62-77, <http://ojs.uninus.ac.id/index.php/MJN/article/view/660>.
- MD, Moh Mahfud. "Rambu Pembatas dan Perluasan Kewenangan Mahkamah Konstitusi". *Jurnal Hukum* 16, no. 4 (2009): 441-462, <https://doi.org/10.20885/iustum>.
- Nugroho, Septa Eka. "Kajian Yuridis Mekanisme Pencalonan Kepala Desa Berdasarkan Peraturan Daerah Kabupaten Jember Nomor 6 Tahun 2006 Tentang Pemerintahan Desa". *Jurnal Lentera Hukum* 1 no. 1, (2014): 23-32, <https://media.neliti.com/media/publications/26614-ID-kajian-yuridis-mekanisme-pencalonan-kepala-desa-berdasarkan-peraturan-daerah-kab>.
- Proborini. "Reduksi Kewenangan Atribusi Pemerintahan Daerah dalam Pengaturan Pemilihan Kepala Desa," *Jurnal Yudisial* 11, no. 1 (2018): 113-130, <https://jurnal.komisiyudisial.go.id/index.php/jy/article/view/265>.
- Satria, Adhi Putra. "Analisis Penyelesaian Sengketa Pemilihan Kepala Desa di Indonesia," *Kosmik Hukum* 20, no. 1 (2020): 13-20, <http://jurnalnasional.ump.ac.id/index.php/KOSMIK/article/view/6991>.
- Sukriono, Didik. "Menggagas Sistem Pemilihan Umum di Indonesia," *Jurnal Konstitusi* 2, no. 1 (2009): 8-36, [https://www.mkri.id/public/content/infoumum/ejurnal/pdf/ejurnal\\_Jurnal%20Konstitusi%20KANJURUHAN%20Vol%202%20no%201.pdf#page=8](https://www.mkri.id/public/content/infoumum/ejurnal/pdf/ejurnal_Jurnal%20Konstitusi%20KANJURUHAN%20Vol%202%20no%201.pdf#page=8).

Syahfuddin, Muhammad Nawawi. et.al. "Peran NonGovernment melalui Bidang Pemerintahan dalam Pengawasan sebelum dilaksanakan Pemilihan Kepala Desa," *Jurnal Litbang Kebijakan* 14, no. 1 (2020): 66-75, <http://cakrawalajournal.org/index.php/cakrawala/article/view/329/299>.

Zuliyadi. "Kewenangan Pemerintah Daerah Dalam Menyelesaikan Sengketa Pemilihan Kepala Desa Serentak". *Jurnal Juridica Kompleksitas Hukum Administrasi* 1 no. 1, (2019): 28-43, <https://juridica.ugr.ac.id/index.php/juridica/article/view/172>.

### **Internet**

Admi. *Di duga Diskriminasi Terhadap Bakal Calon Kepala Desa Ciptagumati Kabupaten Diakses 25 April 2021*. <https://tribuntipikor.com/2021/11/10/di-duga-diskriminasi-terhadap-bakal-calon-kepala-desa-ciptagumati-kab-bandung-barat/>.

Setiyono, Eko Arif. *Polisi Ciduk Pelaku Money Politic dalam Pilkadaes Serentak Diakses 25 April 2021*. <https://jatimtimes.com/baca/203916/20191030/181500/polisi-ciduk-pelaku-money-politic-dalam-pilkades-serentak-kabupaten-kediri>.

Sumiyati. *Money Politic Menjangkit Pilkadaes. Diakses 24 April 2022 2021*. <https://poskota.co.id/2021/10/14/money-politic-menjangkiti-pilkades>

Sania Mashabi, "Kemendagri Diminta Jelaskan Ke Publik Pertimbangan Tunda Pilkadaes 2020," diakses 24 April 2021, <https://nasional.kompas.com/read/2020/11/13/18010841/kemendagridiminta-jelaskan-ke-publik-pertimbangan-tunda-pilkades-2020?page=all>.

### **Putusan-Putusan**

Mahkamah Konstitusi. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 128/PUU-XIII/2015  
\_\_\_\_\_. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 42/PUU-XIX/2021

### **Peraturan Perundang-Undangan**

Indonesia. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945  
\_\_\_\_\_. Undang-Undang No. 6 Tahun 2014 tentang Desa, LN No. 7, TLN No. 5495  
\_\_\_\_\_. Undang-Undang No. 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, LN No. 244, TLN No. 5587  
\_\_\_\_\_. Undang-Undang No. 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum, LN No. 182, TLN No. 6109

# **Peran Mahkamah Konstitusi dalam Perlindungan Hak Politik Mantan Terpidana**

## ***The Role of the Constitutional Court in the Protection of the Political Rights of Ex- Convicts***

**Agusniwan Etra**

Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi  
Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta  
Email: agusniwanetra@mkri.id

Naskah diterima: 18-05-2022 revisi: 05-06-2022 disetujui: 24-06-2022

### **Abstrak**

Keterlibatan mantan terpidana dalam kontestasi politik memicu diskursus tentang hak asasi manusia dan perlindungannya oleh Mahkamah Konstitusi. Tulisan ini akan menjawab dinamika konstitusional aturan tersebut melalui putusan-putusan Mahkamah Konstitusi. Metode Penelitian dalam tulisan ini adalah penelitian hukum normatif. Hasilnya adalah bahwa sedari awal aturan tersebut telah dinyatakan inkonstitusional bersyarat, namun persyaratan dan penerapan persyaratannya mengalami perkembangan dalam putusan-putusan selanjutnya. Mahkamah pernah menetapkan empat syarat konstitusional norma larangan tersebut secara kumulatif berupa tidak dicabut hak pilihnya oleh putusan pengadilan; terbatas untuk jangka waktu 5 (lima) tahun; terbuka dan jujur mengakui sebagai mantan terpidana; dan bukan sebagai residivis. Mahkamah mengubah pendiriannya bahwa persyaratan tersebut berlaku alternatif jika terdapat pengakuan yang jujur dan terbuka sebagai mantan terpidana, maka syarat lain tidak diperlukan lagi. Namun dalam Putusan terakhirnya, Mahkamah mengembalikan keberlakuan empat syarat kumulatif sebelumnya.

**Kata Kunci:** Demokrasi; Hak Pilih; Narapidana; Mahkamah Konstitusi.

### **Abstract**

*The involvement of ex-convicts in political contests sparked a discourse on human rights and their protection by the Constitutional Court. This paper will answer constitutional dynamics of these rules through the decisions of the Constitutional Court. This research uses normative-legal method. The result shows that since the beginning, the regulation has been declared conditionally unconstitutional, but the requirements and implementation of it have developed in subsequent decisions. The Court has determined four constitutional requirements cumulatively in the form of not being revoked by a court decision; limited to a period of 5 (five) years; admits being a former convict openly and honestly; and not as a recidivist. The Court changed its stance that the requirement applies alternatively if there is an honest and open acknowledgment as an ex-convict, then other conditions are no longer needed. However, in its final decision, the Court restored the validity of the previous four cumulative conditions.*

**Keywords:** *Convict; Constitutional Court; Democracy; Voting Rights.*

## **A. PENDAHULUAN**

### **1. Latar Belakang**

Demokrasi bukan hanya menyangkut pelebagaan gagasan luhur tentang kehidupan negara ideal, melainkan juga merupakan persoalan tradisi dan budaya politik yang egaliter dalam realitas pergaulan hidup yang memiliki keragaman atau plural.<sup>1</sup> Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) secara tegas menyatakan bahwa Indonesia adalah negara demokrasi sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 1 Ayat (2) UUD 1945. Demokrasi memberikan pemahaman bahwa sumber dari kekuasaan adalah rakyat.<sup>2</sup> David Held menjelaskan pengertian dan prinsip demokrasi dengan sangat komprehensif, yaitu dengan menggabungkan pemahaman pandangan liberal dan tradisi marxisme, Held merumuskan pengertian demokrasi yang mendukung suatu prinsip dasar otonomi<sup>3</sup> dengan menyatakan bahwa:

*“orang seharusnya bebas dan setara dalam menentukan kondisi kehidupannya; yaitu, mereka harus memperoleh hak yang sama (dan, karena itu, kewajiban yang sama) dalam suatu kerangka pikir yang menghasilkan dan membatasi peluang yang tersedia untuk mereka, asalkan menyebarkan kerangka berfikir ini untuk tidak meniadakan hak-hak orang lain.”*

<sup>1</sup> Jimly Asshidiqie, *Konstitusi dan Kostitusionalisme Indonesia*, (Jakarta: Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2004), 56.

<sup>2</sup> Harjono, *Tranformasi Demokrasi*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2009), 3.

<sup>3</sup> Georg Sorensen, *Demokrasi dan Demokratisasi Proses dan Prospek dalam Sebuah Dunia yang Sedang Berubah*, terj. I. Made Krisna (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2003), 14.

Perkembangan demokrasi ternyata memiliki definisi yang beragam dan memiliki banyak bentuk, sehingga pemerintah yang diktator pun menggunakan demokrasi untuk menyamarkan kediktatorannya. Para ahli hanya memberikan batasan-batasan atau kriteria mengenai demokrasi, misalnya, Robert A. Dahl yang memberikan 5 (lima) kriteria demokrasi, yaitu:<sup>4</sup>

- a. Partisipasi yang efektif, artinya sebelum sebuah kebijakan digunakan negara, seluruh rakyat harus mempunyai kesempatan yang efektif untuk memberikan pandangan-pandangan mereka.
- b. Persamaan suara, setiap rakyat harus mempunyai kesempatan yang sama dan efektif untuk memberikan suara dan seluruh suara harus dihitung sama.
- c. Pemahaman yang cerah, artinya setiap rakyat harus diberi kesempatan untuk mempelajari kebijakan-kebijakan alternatif yang relevan.
- d. Pengawasan Agenda, kebijakan negara selalu terbuka untuk diubah jika rakyat menginginkannya.
- e. Pencakupan orang dewasa, artinya semua atau paling tidak sebagian besar orang dewasa yang menjadi penduduk tetap seharusnya memiliki hak kewarganegaraan penuh yang ditunjukkan oleh empat kriteria sebelumnya.

Inti dari pendapat Dahl dalam melihat demokrasi adalah lebih menitikberatkan pada aspek kebebasan politik. Setidaknya lima kriteria tersebut menggambarkan kebebasan dan persamaan/kesetaraan.<sup>5</sup> Kelebihan dari kriteria atau ciri demokrasi yang disampaikan Dahl adalah keikutsertaan rakyat dalam menentukan kebijakan negara. Rakyat tidak hanya sebagai penonton atau objek sebuah kebijakan, namun peran penting rakyat untuk andil dalam penyelenggaraan negara menjadi sebuah keniscayaan.

Senada dengan pendapat Robert A. Dahl, Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim membagi dua bentuk demokrasi, pengertian demokrasi adalah suatu pemerintahan dimana rakyat ikut serta memerintah (*mederegeren*), baik secara langsung yang terdapat pada masyarakat-masyarakat yang masih sederhana (demokrasi langsung), maupun secara tidak langsung karena rakyat yang diwakilkan (demokrasi tidak langsung) yang terdapat dalam negara-negara modern.<sup>6</sup> Dalam perkembangannya, kedaulatan rakyat atau demokrasi terus mendapat pembenaran dan dukungan dari banyak pemikir kenegaraan. Berbagai macam alasan dengan sudut pandang yang berbeda mereka

<sup>4</sup> Robert A. Dahl, *Perihal Demokrasi Menjelajahi Teori dan Praktik demokrasi Secara Singkat*, (Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2001), 52-53.

<sup>5</sup> Khairul Fahmi, *Pemilihan Umum dan Kedaulatan Rakyat*, (Jakarta, PT Rajagrafindo, 2011), 35.

<sup>6</sup> Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara*, (Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara, Fakultas Hukum Universitas Indonesia dan CV "Sinar Bakti", 1981), 19.

kemukakan. Jhon Stuart Mill menyatakan bahwa demokrasi itu dipilih bukan karena merupakan hak-hak pribadi secara apriori, melainkan karena akan meningkatkan mutu kehidupan semua orang.<sup>7</sup>

Semua demokrasi adalah sistem yang warganya bebas mengambil keputusan melalui kekuasaan mayoritas.<sup>8</sup> Mayoritaslah yang selalu menentukan kebijakan-kebijakan publik. Akan tetapi, kekuasaan mayoritas tidak selalu demokratis. Mayoritas tidak boleh menindas hak-hak minoritas atas nama mayoritas. Penghormatan hak-hak dasar manusia sebagai landasan prinsip demokrasi tetap harus dijamin. Hak-hak minoritas dilindungi secara tegas dengan prinsip konstitusionalisme.

Di samping sebagai negara demokrasi, UUD 1945 juga menyatakan Indonesia sebagai negara hukum. Konsep negara hukum sangat erat kaitannya dengan hak asasi manusia. Menurut Jimly Asshiddiqie, Indonesia sebagai negara hukum memiliki ciri-ciri "rechtsstaat" yaitu:<sup>9</sup>

- a. Adanya Undang-Undang Dasar atau Konstitusi yang memuat ketentuan tertulis tentang hubungan antara penguasa dengan rakyat.
- b. Adanya pemisahan kekuasaan negara, yang meliputi kekuasaan pembuatan undang-undang yang berada pada parlemen, kekuasaan kehakiman yang bebas dan merdeka, dan pemerintah mendasarkan tindakannya atas undang-undang (*wetmatig bestuur*).
- c. Diakui dan dilindunginya hak-hak rakyat yang sering disebut "*vrijheidsrechten van burger*".

Sejalan dengan pendapat tersebut, Sri Soemantri juga mengemukakan 4 (empat) unsur terpenting negara hukum, yaitu:<sup>10</sup>

- a. Pemerintah dalam melaksanakan tugas dan kewajiban harus berdasar atas hukum atau peraturan perundang-undangan.
- b. Adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia (warga negara).
- c. Adanya pembagian kekuasaan (*distribution of power*) dalam Negara.
- d. Adanya pengawasan (dari badan-badan peradilan).

<sup>7</sup> Khairul Fahmi, *Pemilihan Umum ...*, mengutip Eddy Purnana, *Negara kedaulatan Rakyat: Analisis Terhadap Sistem Pemerintahan Indonesia dan Perbandingan Dengan Negara Negara lain* (Bandung: Nusa Media, 2007), 31.

<sup>8</sup> Budi Prayitno, (penj), Abdullah Alamudi, [Ed]. [*What is democracy?. Bah. Indonesia*] *Apakah demokrasi itu*. Jakarta: Dinas Penerangan Amerika (USIS), 1999.

<sup>9</sup> Jimly Asshiddiqie, *Hukum Tata Negara dan Pilar- Pilar Demokrasi*, (Jakarta: Konstitusi Press, 2005), 16-17.

<sup>10</sup> Sri Soemantri, *Bunga Rampai Hukum Tata Negara Indonesia* (Bandung: Alumni, 1992), 29.



Dimilikinya hak asasi manusia berarti dapat dituntutnya hak-hak tersebut kepada negara. Jadi, hak asasi manusia adalah bukanlah hak yang dimiliki karena diberikan oleh masyarakat atau berdasarkan hukum positif, melainkan karena kedudukannya sebagai manusia. Namun, setiap negara memiliki kewajiban untuk menjamin dan menghormati hak asasi manusia, melindungi dan menegakkannya di negara masing-masing.<sup>11</sup>

Pernyataan ideologis demokrasi dalam Pasal 1 Ayat (2) UUD 1945 diikuti oleh mekanisme demokrasi faktual yang diatur dalam Pasal 22E UUD 1945. Pemilihan umum merupakan sarana berdemokrasi bagi warga negara dan merupakan hak warga negara yang dijamin oleh konstitusi, yaitu hak atas kesempatan yang sama dalam hukum dan pemerintahan sebagaimana diatur dalam UUD 1945 yang berbunyi; “Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya”<sup>12</sup> dan “Setiap orang berhak atas pengakuan jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum,”<sup>13</sup> serta prinsip persamaan kesempatan (*equal opportunity principle*). Di samping perwujudan demokrasi melalui Pemilihan umum, terdapat pula demokrasi di tingkat lokal yang diwujudkan dengan pemilihan kepala daerah (Pilkada).

Salah satu diskursus dalam pelaksanaan pemilu adalah terdapatnya calon-calon yang berasal dari mantan terpidana. Banyak pihak mengusung larangan atau pembatasan bagi mantan terpidana untuk mengikuti kontestasi pemilihan, di antara dasar pemikirannya adalah guna menciptakan parlemen dan pemerintahan yang bersih, bebas korupsi, bebas narkoba dan kejahatan lainnya.<sup>14</sup> Di lain pihak, terdapat pula pendapat yang menyatakan bahwa mantan terpidana tetap dapat mencalonkan diri dalam pemilu. Hal ini didasari pemikiran bahwa meskipun hak asasi manusia dapat dibatasi, namun pembatasan tersebut tidaklah dapat berlaku permanen. Alasan lainnya adalah bahwa dalam mekanisme demokrasi *electoral*, pemilihlah yang dianggap memiliki kedaulatan tertinggi, sehingga pemilihlah yang seharusnya menentukan keterpilihan seorang calon, peserta pemilu dapat dituntut untuk secara terbuka mengakui bahwa dirinya adalah mantan terpidana. Dalam pusaran pemikiran tersebut, telah terdapat beberapa kali pengujian undang-undang tentang aturan tersebut ke Mahkamah Konstitusi. Tulisan ini akan menganalisis peran Mahkamah Konstitusi dalam perlindungan hak politik warga negara (terpidana) melalui putusan-putusannya.

<sup>11</sup> Bayu Krisnapati, “Kodrat Manusia Mendapatkan Access To Justice,” *Jurnal Hukum Justitia et Pax* 34, no. 2 (Desember 2018): 224.

<sup>12</sup> Indonesia, Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945, Ps. 27 ayat (1).

<sup>13</sup> Indonesia, Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945. Ps. 28D ayat (1).

<sup>14</sup> Nyoman Mas Aryani dan Bagus Hermanto. “Justifikasi Hak Politik Mantan Narapidana: Perspektif Hak Asasi Manusia dan Perundang-Undangan.” *Jurnal Konstitusi* 17, no. 2 (Maret 2020): 413-436.

## 2. Perumusan Masalah

Adapun rumusan masalah yang diangkat dalam tulisan ini adalah:

- a. Bagaimana peran Mahkamah Konstitusi dalam melindungi hak dipilih mantan terpidana?
- b. Bagaimana justifikasi dimensi Hak Asasi Manusia terkait hak politik mantan terpidana kasus korupsi?

## 3. Metode Penelitian

Penelitian ini dikategorikan sebagai penelitian hukum normatif (*legal research*)<sup>15</sup> dengan menggunakan pendekatan peraturan perundang-undangan (*statute approach*). Pendekatan peraturan perundang-undangan dilakukan dengan menelaah instrumen-instrumen hukum yang terkait dengan Hak Asasi Manusia, Pemilu, termasuk putusan-putusan Mahkamah Konstitusi. Data-data yang dikumpulkan dalam penelitian ini dipusatkan pada kajian kepustakaan (literatur, hasil penelitian, majalah ilmiah, buletin ilmiah, jurnal ilmiah dan lain-lain).

## B. PEMBAHASAN

### 1. Dinamika Hak Dipilih Mantan Terpidana dalam Putusan-Putusan Mahkamah Konstitusi

Mahkamah Konstitusi telah beberapa kali mengeluarkan Putusan dalam pengujian undang-undang yang berkaitan dengan hak dipilih mantan terpidana. Diantaranya adalah Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Perkara Nomor 14-17/PUU-V/2007, Putusan 15/PUU-VI/2008, Putusan 4/PUU-VII/2009, Putusan 120/PUU-VII/2009, Putusan 18/PUU-XII/2010, Putusan 44/PUU-VII/2010, Putusan 79/PUU-X/2012, Putusan 29/PUU-XII/2014, Putusan 42/PUU-XIII/2015, Putusan 80/PUU-XIII/2015, Putusan 71/PUU-XIV/2016, dan Putusan 56/PUU-XVII/2019.

Putusan pertama yang berkaitan dengan hak dipilih mantan narapidana termuat dalam Perkara Nomor 14-17/PUU-V/2007. Putusan tersebut terkait dengan pengujian Pasal 58 huruf f UU nomor 32 tahun 2004 tentang Pemerintah Daerah, Pasal 6 huruf t UU Nomor 23 tahun 2003 tentang Pemilu Presiden dan Wakil Presiden, Pasal 16 ayat (1) huruf d UU Mahkamah Konstitusi, Pasal 7 ayat (2) huruf d UU Nomor 5 Tahun 2004 tentang Mahkamah Agung, dan Pasal 13 huruf g UU Nomor 16 Tahun 2006 tentang Badan Pemeriksaan Keuangan yang semuanya memuat norma hukum mengenai syarat

<sup>15</sup> Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, (Jakarta: Rajawali, 1986), 15.

“tidak pernah dijatuhi pidana dengan pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena telah melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 tahun atau lebih”. Berikut ini penulis paparkan matrik masing-masing pasal dalam Undang-undang yang mengatur tentang frasa syarat-syarat menduduki jabatan publik sebagai berikut :

**Tabel 1.** Frasa-frasa syarat-syarat menduduki Jabatan Publik

<b>Undang-Undang</b>	<b>Persyaratan</b>
Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi	Pasal 16 ayat (1): Untuk dapat diangkat menjadi hakim konstitusi seorang calon harus memenuhi syarat: d. tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih.
Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas UU Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung	Pasal 7b angka 4 Untuk dapat diangkat menjadi Hakim Agung, calon Hakim Agung sebagai mana dimaksud dalam Pasal 6B harus memenuhi syarat b. non karir: 4. tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan Pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih.
Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah	Pasal 58 Calon Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah adalah Warga Negara Indonesia yang memenuhi syarat: f. tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh Kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih;

<b>Undang-Undang</b>	<b>Persyaratan</b>
Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden	Pasal 5 Persyaratan menjadi Calon Presiden dan calon Wakil Presiden adalah: n. tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih.
Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2006 tentang Badan Pemeriksa Keuangan	Pasal 13 Untuk dapat dipilih sebagai Anggota BPK, calon harus memenuhi syarat- syarat sebagai berikut: g. tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidanayang diancam dengan hukuman 5 (lima) tahun atau lebih;
Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD	Pasal 12 huruf g Persyaratan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 ayat (2): g. tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih; Pasal 50 ayat (1) huruf g Bakal calon Anggota DPR, DPRD provinsi, dan DPRD kabupaten/kota harus memenuhi persyaratan: g. tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan Pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih;

<b>Undang-Undang</b>	<b>Persyaratan</b>
Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat	Pasal 3 ayat (1): Untuk dapat diangkat menjadi Advokat harus memenuhi persyaratan sebagai berikut: h. Tidak pernah dipidana karena melakukan tindak pidana kejahatan yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih;
Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian RI	Pasal 21 (1) Untuk diangkat menjadi anggota Kepolisian Negara Republik Indonesia seorang calon harus memenuhi syarat sekurang-kurangnya sebagai berikut: g. Tidak pernah dipidana karena melakukan suatu kejahatan. h. berwibawa, jujur, adil, dan berkelakuan tidak tercela;
Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial.	Pasal 26 f. memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela; g. tidak pernah dijatuhi pidana karena melakukan tindak pidana kejahatan;
Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2002 tentang Pengadilan Pajak	Pasal 9 setiap calon harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut: e. tidak pernah dipidana karena melakukan tindak pidana kejahatan;
Undang-Undang Nomor 34 Tahun 2004 tentang TNI	Pasal 28 Persyaratan umum untuk menjadi prajurit adalah: a. tidak memiliki catatan kriminalitas yang dikeluarkan secara tertulis oleh Kepolisian Negara Republik Indonesia;

<b>Undang-Undang</b>	<b>Persyaratan</b>
Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2002 tentang Tindak Pidana Pencucian Uang	Pasal 21 Untuk dapat diangkat sebagai kepala atau wakil kepala PPATK, calon yang bersangkutan harus memenuhi syarat sebagai berikut: g. Tidak pernah dijatuhi pidana penjara
Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1997 tentang Peradilan Militer	Pasal 19 Untuk dapat diangkat menjadi Hakim Militer Tinggi, seorang Prajurit harus memenuhi syarat: f. berwibawa, jujur, adil, dan berkelakuan tidak tercela.
Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM	Pasal 29 Untuk dapat diangkat menjadi Hakim ad hoc harus memenuhi syarat: 6. berwibawa, jujur, adil, dan berkelakuan tidak tercela;
Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan RI	Pasal 20: Syarat-syarat untuk dapat diangkat menjadi Jaksa Agung adalah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 huruf a, huruf b, huruf c, huruf d, huruf f, dan huruf g. Pasal 9 huruf g: g. berwibawa, jujur, adil, dan berkelakuan tidak tercela; dan
Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi	Pasal 29 Untuk dapat diangkat sebagai Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi harus memenuhi persyaratan sebagai berikut: 6. tidak pernah melakukan perbuatan tercela; 7. cakap, jujur, memiliki integritas moral yang tinggi, dan memiliki reputasi yang baik;



<b>Undang-Undang</b>	<b>Persyaratan</b>
Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2002 tentang Komisi Penyiaran Indonesia	Pasal 10: (1) Untuk dapat diangkat menjadi anggota KPI harus dipenuhi syarat sbb: e. berwibawa, jujur, adil, dan berkelakuan tidak tercela.
Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (KPK)	Pasal 57 (1) Untuk dapat ditetapkan sebagai Hakim Pengadilan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 56 harus memenuhi persyaratan sebagai berikut: d. tidak pernah dijatuhi hukuman disiplin. (2) Untuk dapat dlusulkan sebagai hakim ad hoc Pengadilan Pidana Korupsi dimaksud dalam Pasal 5 harus memenuhi sebagaimana persyaratan sebagai berikut: e. tidak pernah melakukan perbuatan tercela; f. cakap, jujur, memiliki integritas moral yang tinggi, dan memiliki reputasi yang baik;
Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Peradilan Tata Usaha Negara.	Pasal 14. (1) Untuk dapat diangkat menjadi Hakim Pada Pengadilan Tata Usaha Negara, seorang calon harus memenuhi syarat-syarat sbb: h. berwibawa, jujur, adil, dan berkelakuan tidak tercela.
Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum.	Pasal 14 Untuk dapat diangkat menjadi Hakim Pengadilan Negeri, seorang calon harus memenuhi syarat-syarat sbb: g. berwibawa, jujur, adil, dan berkelakuan tidak tercela.

<b>Undang-Undang</b>	<b>Persyaratan</b>
Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007 tentang Dewan Pertimbangan Presiden	Pasal 8 Untuk dapat diangkat menjadi anggota Dewan Pertimbangan Presiden, seseorang harus memenuhi persyaratan: f. Jujur, adil, dan berkelakuan tidak tercela.
Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum.	Pasal 11. Syarat untuk menjadi calon anggota KPU, KPU provinsi dan KPU kabupaten/kota: j. tidak pernah dipidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih.  Pasal 86. Syarat untuk menjadi calon anggota Bawaslu, Panwaslu, Provinsi dan Panwaslu kabupaten/kota, dan Panwaslu kecamatan, serta Pengawas Pemilu Lapangan: j. tidak pernah dipidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih.

**Sumber** : Penulis, diolah dari regulasi yang mengatur mengenai syarat-syarat untuk menduduki jabatan publik.

Di antara banyak aturan yang mengatur syarat-syarat menduduki jabatan publik tersebut, Pemohon dalam perkara 14-17/PUU-V/2007 mengajukan pengujian terhadap 5 undang-undang yaitu UU Pemerintah Daerah, UU Pemilu Presiden dan Wakil Presiden, UU Mahkamah Konstitusi, UU Mahkamah Agung, dan UU Badan Pemeriksaan Keuangan. Meskipun Mahkamah menolak permohonan Pemohon, pertimbangan hukum Mahkamah menyatakan bahwa ketentuan persyaratan yang melarang mantan narapidana menduduki jabatan publik sebagaimana disebutkan dalam 5 (lima) undang-undang

tersebut di atas adalah konstitusional sepanjang memenuhi dua persyaratan.<sup>16</sup> Yang secara lebih rinci disebutkan dalam pertimbangan hukum Mahkamah yang berbunyi:<sup>17</sup>

- a. tidak mencakup tindak pidana yang timbul karena kealpaan ringan (*culpa levis*) meskipun ancaman pidananya 5 tahun atau lebih.
- b. tidak mencakup kejahatan politik, adapun yang dimaksud kejahatan karena alasan politik dalam hubungan ini terbatas pada perbuatan yang sesungguhnya merupakan ekspresi pandangan atau sikap politik (*politieke overtuiging*) seorang yang dijamin dalam sebuah negara hukum yang demokratis namun oleh hukum positif yang berlaku pada saat itu dirumuskan sebagai tindak pidana semata-mata karena berbeda dengan pandangan politik yang dianut oleh rezim yang sedang berkuasa.

Putusan MK selanjutnya yang terkait dengan hak dipilih mantan narapidana yaitu Nomor 4/PUU-VII/2009. Perkara ini menguji konstitusionalitas Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g Undang-Undang Nomor 10 tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah dan Pasal 58 huruf f Undang-Undang Nomor 32 tahun 2004 sebagaimana telah direvisi dengan Undang-Undang Nomor 12 tahun 2008 tentang Pemerintahan Daerah. Sejalan dengan putusan sebelumnya, MK kembali menyatakan bahwa pembatasan tersebut tetap diperkenankan. Namun demikian, dengan formulasi yang berbeda, Mahkamah kembali menentukan persyaratan-persyaratan atas konstitusionalitas norma tersebut dengan lebih lengkap.<sup>18</sup>

Norma hukum tersebut adalah inkonstitusional apabila tidak dipenuhi syarat-syarat sebagai berikut:<sup>19</sup>

- a. Berlaku bukan untuk jabatan-jabatan publik yang dipilih (*elected officials*) sepanjang tidak dijatuhi pidana tambahan berupa pencabutan hak pilih oleh putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap;
- b. Berlaku terbatas untuk jangka waktu 5 (lima) tahun setelah mantan terpidana selesai menjalani pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap;

<sup>16</sup> Muhammad Anwar Tanjung, dan Retno Saraswati. "Demokrasi dan Legalitas Mantan Narapidana dalam Pemilihan Kepala Daerah dan Pemilihan Umum." *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum* 25, no. 2 (2018): 379-399.

<sup>17</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan MK No. 14-17/PUU-V/2007, 130-131.

<sup>18</sup> Kholifatul Maghfiroh, Lita Tyesta ALW, and Retno Saraswati. "Perkembangan Putusan Mahkamah Konstitusi Mengenai Pencalonan Mantan Narapidana Sebagai Anggota DPR, DPD dan DPRD Serta Sebagai Kepala Daerah Dan Wakil Kepala Daerah." *Diponegoro Law Journal* 7, no. 2 (2018): 104-121.

<sup>19</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan MK No. 4/PUU-VII/2009, 84.

- c. Kejujuran atau keterbukaan mengenai latar belakang jati dirinya sebagai mantan terpidana;
- d. Bukan sebagai pelaku kejahatan yang berulang-ulang.

Syarat-syarat tersebut berlaku secara kumulatif. Salah satu catatan penting dalam perkara tersebut menurut penulis adalah pendapat Mahkamah yang menyatakan bahwa tidaklah tepat untuk menyerahkan sepenuhnya kepada rakyat dalam pengisian jabatan publik tanpa ada persyaratan sama sekali, dan semata-mata atas dasar alasan bahwa rakyatlah yang akan memikul sendiri resiko pilihannya. Sebab, jabatan haruslah dipangku oleh orang yang kualitas dan integritas tinggi.

Ketika Undang-Undang Pemilihan Kepala Daerah dipisahkan dari Undang-Undang Pemerintahan Daerah, pembentuk undang-undang memasukkan kembali persyaratan "*tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih*" dalam Pasal 7 huruf g dan Pasal 45 ayat (2) huruf k Undang-Undang Nomor 8 tahun 2015 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 1 tahun 2014 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota menjadi Undang-Undang. Persoalan ini kemudian diajukan pengujiannya ke Mahkamah Konstitusi dengan Perkara Nomor 42/PUU-XIII/2015.

Mahkamah Konstitusi memberikan pertimbangan dalam putusan tersebut antara lain bahwa pencabutan hak politik mantan narapidana menurut mahkamah tidak boleh dilakukan oleh pembentuk UU tetapi harus oleh hakim. Pertimbangan ini menyiratkan bahwa mahkamah telah menyamakan antara pembatasan dengan syarat-syarat objektif melalui undang-undang, dengan pencabutan hak tertentu oleh pengadilan. Disamping itu pula, selain mengaktifasi kembali 4 syarat yang diatur dalam putusan sebelumnya, mahkamah memberikan tafsir baru mengenai keberlakuan keempat syarat tersebut dari kumulatif menjadi alternatif.<sup>20</sup> Terlihat dalam pertimbangannya, Mahkamah berpendapat bahwa syarat ketiga dalam Putusan Mahkamah Nomor 4/PUU-VII/2009, yaitu "Dikecualikan bagi mantan narapidana yang secara terbuka dan jujur mengemukakan pada publik bahwa yang bersangkutan adalah mantan narapidana" adalah bertujuan untuk membuat publik atau masyarakat mengetahui bahwa pasangan calon yang akan dipilih pernah dijatuhi pidana. Dengan pernyataan jujur dan terbuka dari mantan narapidana yang diketahui masyarakat umum (*notoیر feiten*) tersebut maka masyarakat atau rakyat sebagai pemilih menentukan apakah akan memberikan suaranya atau tidak memberi suaranya kepada calon tersebut.

<sup>20</sup> Muhammad Lutfi Hardiyanto, Shalahudin Serba Bagus, and Ahmad Munir. "Hak Politik Mantan Narapidana Untuk Mencalonkan Diri Sebagai Calon Kepala Daerah (Analisis terhadap Putusan MK. No. 42/PUU-XIII/2015)." *Mimbar Yustitia* 1, no. 2 (2017): 106-122.

Selanjutnya, Mahkamah berpendapat bahwa kata “dikecualikan” yang terdapat dalam syarat ketiga dalam amar Putusan Mahkamah Nomor 4/PUUVII/2009, bertanggal 24 Maret 2009, memiliki arti bahwa seseorang yang secara terbuka dan jujur mengemukakan kepada publik bahwa dia adalah seorang mantan narapidana maka syarat kedua dan keempat dalam amar Putusan Mahkamah Nomor 4/PUU-VII/2009, bertanggal 24 Maret 2009 tidak diperlukan lagi karena yang bersangkutan secara berani dan terbuka mengakui status dirinya sebagai mantan narapidana. Dengan demikian maka yang bersangkutan bisa mencalonkan diri sebagai calon Kepala Daerah atau jabatan publik atau jabatan politik yang pemilihannya melalui pemilihan (*elected officials*). Pada akhirnya, masyarakatlah yang berdaulat yang menentukan pilihannya, tetapi apabila mantan narapidana tidak menyatakan kepada publik tentang statusnya sebagai mantan narapidana, maka kedua syarat dalam amar Putusan Mahkamah Nomor 4/PUU-VII/2009, bertanggal 24 Maret 2009 berlaku kepada orang tersebut, yaitu menunggu lima tahun sejak terpidana selesai menjalani hukumannya. Dalam Putusan ini, Mahkamah mengubah pendiriannya tentang keberadaan masa tunggu yang semula wajib, menjadi alternatif saja dari pengakuan secara jujur dan terbuka.<sup>21</sup>

Putusan terakhir yang mempengaruhi dinamika hak dipilih mantan terpidana adalah Putusan Nomor 56/PUU- XVII/2019. MK memberikan penafsiran bahwa adanya norma tersebut telah memberikan hukuman tambahan kepada narapidana. Persyaratan tidak pernah sebagai terpidana berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap (*inkracht*) dan bias mencalonkan diri setelah 5 Tahun menjalani masa jeda sejak dibebaskan. tahanannya setahun atau lebih maka sama artinya seseorang yang pernah dijatuhi pidana penjara karena melakukan tindak pidana yang diancam pidana penjara 5 (lima) atau lebih dicabut haknya untuk dipilih dalam pemilihan kepala daerah.

Sepanjang berkenaan dengan syarat menjadi calon kepala daerah/wakil kepala daerah, sebagaimana diatur dalam Pasal 7 ayat (2) huruf g UU 10/2016, ternyata terdapat dua kepentingan konstitusional yang keduanya berkait langsung dengan kebutuhan untuk membangun demokrasi yang sehat, yaitu kepentingan orang perseorangan warga negara yang hak konstitusionalnya untuk dipilih dalam suatu jabatan publik (dalam hal ini untuk mencalonkan diri sebagai kepala daerah atau wakil kepala daerah) dijamin oleh Konstitusi dan kepentingan masyarakat secara kolektif untuk mendapatkan calon pemimpin yang berintegritas (dalam hal ini calon kepala daerah atau wakil kepala daerah) yang diharapkan mampu menjamin pemenuhan hak konstitusionalnya atas pelayanan publik yang baik serta kesejahteraan, sebagaimana

<sup>21</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan MK No. 42/PUU-XIII/2015, 72-73.

dijanjiikan oleh demokrasi, juga dilindungi oleh Konstitusi. Dengan demikian, Mahkamah dihadapkan pada dua pilihan yang sama-sama bertolak dari gagasan perlindungan hak konstitusional, yaitu apakah Mahkamah akan mengutamakan pemenuhan hak konstitusional perseorangan warga negara atau pemenuhan hak konstitusional masyarakat secara kolektif.

Mahkamah Konstitusi rupanya memilih untuk pemenuhan hak konstitusional masyarakat secara kolektif dengan dasar pertimbangan bahwa hakikat demokrasi yang sesungguhnya tidaklah semata-mata terletak pada pemenuhan kondisi “siapa yang memperoleh suara terbanyak dialah yang memerintah” melainkan lebih kepada tujuan akhir yang hendak diwujudkan yaitu hadirnya pemerintahan yang mampu memberikan pelayanan publik yang baik kepada masyarakat sehingga memungkinkan hadirnya kesejahteraan.<sup>22</sup> Ada hal yang lebih penting sebelum “siapa yang memperoleh suara terbanyak dialah yang memerintah” yang musti diselesaikan dulu yaitu “siapa yang memenuhi kualifikasi atau persyaratan sehingga layak untuk dikontestasikan guna mendapatkan dukungan suara terbanyak rakyat.<sup>23</sup> Harapannya tentu agar mencegah agar demokrasi tidak bertumbuh menjadi *mobocracy* atau *ochlocracy*.<sup>24</sup> Sehingga MK menegaskan kembali bahwa sepanjang berkenaan dengan syarat mantan terpidana/narapidana jika hendak mencalonkan diri sebagai kepala daerah atau wakil kepala daerah, sebagaimana diatur dalam Pasal 7 ayat (2) huruf g UU Nomor 10 Tahun 2016, secara tegas menegaskan kembali syarat kumulatif yang pernah dipertimbangkan dalam beberapa putusan Mahkamah sebelumnya.<sup>25</sup> Ditambah pendirian Mahkamah dalam Putusan Nomor 71/PUU-XIV/2016 sepanjang berkenaan dengan syarat bukan terpidana yang melakukan tidak pidana kealpaan dan tidak pidana politik masih relevan untuk dipertahankan.<sup>26</sup>

## **2. Diskualifikasi Calon Kepala Daerah Mantan Terpidana Dalam Putusan Perselisihan Hasil Pemilihan Kepala Daerah**

Sementara itu, terdapat pula perkara perselisihan hasil pemilihan kepala daerah yang bersifat kontensiosa/adversarial,<sup>27</sup> dimana Mahkamah Konstitusi sudah beberapa

<sup>22</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan MK No. 56/PUUXVII/2019, 61.

<sup>23</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan MK No. 56/PUUXVII/2019, 62.

<sup>24</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan MK No. 56/PUUXVII/2019, 62.

<sup>25</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan MK No. 56/PUUXVII/2019, 62.

<sup>26</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan MK No. 56/PUUXVII/2019, 61.

<sup>27</sup> Menurut Hakim Konstitusi Suhartoyo, Kewenangan MK selain dari pengujian undang-undang (*judicial review*) merupakan perkara yang bersifat ada kepentingan para pihak disana, artinya kosekuensi dari putusan tersebut hanya berlaku untuk para pihak saja. Sangat berbeda dengan pengujian Undang-undang, dimana sifat putusan MK adalah *erga Omnes*, dimana ketika sebuah undang-undang dinyatakan inkonstitusional oleh MK, Maka keberlakuan putusan tersebut tidak hanya kepada para pihak yang terkait dengan permohonan tersebut.



kali mendiskualifikasi pasangan calon kepala daerah dikarenakan melanggar asas kejujuran dalam pemilihan yaitu diketahui bahwa calon kepala daerah tersebut pernah menjadi narapidana yang diancam hukuman pidana penjara lebih dari 5 (lima) tahun atau lebih. Untuk lebih memudahkan, penulis menjabarkan dalam tabel perkara-perkara perselisihan pemilihan kepala daerah dimana MK mendiskualifikasi pasangan calon kepala daerah.

**Tabel 2.** Perselisihan Hasil Pemilihan Kepala Daerah dan Putusan Mahkamah Konstitusi yang “mendiskualifikasi” pasangan calon kepala daerah

<b>Perselisihan Hasil Pemilihan Kepala Daerah</b>	<b>Putusan Mahkamah Konstitusi</b>
<b>Kabupaten Bengkulu Selatan Tahun 2008</b>	<p><b>Dalam Pertimbangan Hukum:</b></p> <ul style="list-style-type: none"><li>• Ketidakjujuran H. Dirwan Mahmud atas status mantan narapidana telah menciderai UUD 1945;</li><li>• Sehubungan dengan kebohongan publik yang dilakukan oleh H. Dirwan Mahmud juga melanggar asas kejujuran sebagai salah satu asas pemilu termasuk pemilukada</li><li>• Fakta hukum pelanggaran administratif oleh Dirwan Mahmud telah mengakibatkan pemilukada Bengkulu Selatan cacat yuridis sejak awal.</li></ul> <p><b>Amar Putusan:</b></p> <ul style="list-style-type: none"><li>• Menyatakan batal demi hukum (<i>void ab initio</i>) Pemilukada Kabupaten Bengkulu Selatan untuk periode 2008-2013;</li><li>• Memerintahkan kepada Komisi Pemilihan Umum Kabupaten Bengkulu Selatan untuk menyelenggarakan Pemungutan Suara Ulang yang diikuti oleh seluruh pasangan calon kepala daerah dan wakil kepala daerah kecuali Pasangan Calon Nomor Urut 7 (H. Dirwan Mahmud dan H. Hartawan, S.H.) selambat-lambatnya satu tahun sejak putusan ini diucapkan</li></ul>

**Perselisihan Hasil  
Pemilihan Kepala  
Daerah**

**Putusan Mahkamah Konstitusi**

---

**Kabupaten Boven Digoel  
Tahun 2020**

**Dalam Pertimbangan Hukum :**

- Calon Bupati Nomor Urut 4 (Yusak Yaluwo, S.H., M.Si) tidak memenuhi syarat pencalonan dan oleh karenanya terhadap yang bersangkutan harus didiskualifikasi dari pencalonan sebagai Peserta Pemilihan Bupati dan Wakil Bupati Kabupaten Boven Digoel Tahun 2020;
- Adapun bagi calon Wakil Bupati Nomor Urut 4 (Yakob Weremba, S.PAK) sekalipun memenuhi syarat sebagai calon wakil bupati namun dikarenakan penetapan dalam Keputusan KPU Boven Digoel Nomor 34/PL.02.3-Kpt/9116/KPU-Kab/XII/2020 yang ditetapkan adalah Pasangan Calon Yusak Yaluwo, S.H., M.Si., dan Yakob Weremba, S.PAK., maka dengan sendirinya pencalonan wakil bupati menjadi gugur sebagai Pasangan Calon Peserta Pemilihan Bupati dan Wakil Bupati Kabupaten Boven Digoel Tahun 2020

**Amar Putusan:**

- Menyatakan batal berlakunya Keputusan Komisi Pemilihan Umum Kabupaten Boven Digoel Nomor 1/PL.02.06-Kpt/9116/KPU-Kab/I/2021 tentang Penetapan Rekapitulasi Hasil Penghitungan Suara Pemilihan Bupati dan Wakil Bupati Kabupaten Boven Digoel Tahun 2020, bertanggal 3 Januari 2021;
- Menyatakan diskualifikasi Pasangan Calon Nomor Urut 4 atas nama Yusak Yaluwo, S.H., M.Si., dan Yakob Weremba, S.PAK;
- Memerintahkan kepada Komisi Pemilihan Umum Provinsi Papua selaku Komisi Pemilihan Umum Kabupaten Boven Digoel untuk melakukan

---

**Perselisihan Hasil  
Pemilihan Kepala  
Daerah**

---

**Putusan Mahkamah Konstitusi**

---

pemungutan suara ulang Bupati dan Wakil Bupati Boven Digoel tanpa mengikutsertakan Pasangan Calon Yusak Yaluwo, S.H., M.Si., dan Yakob Weremba, S.PAK

---

**Kabupaten Yalimo Tahun  
2020**

**Dalam Pertimbangan Hukum:**

- Erdi Dabi sebagai calon Bupati Kabupaten Yalimo dari Pasangan Calon Nomor Urut 1 tidak lagi memenuhi syarat sebagai calon Bupati karena telah terbukti melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara lebih dari 5 (lima) tahun dan belum memenuhi ketentuan masa jeda 5 (lima) tahun setelah selesai menjalani masa pidana, serta yang bersangkutan telah melakukan perbuatan tercela.
- Oleh karena itu, terhadap Erdi Dabi harus dinyatakan tidak lagi memenuhi syarat sebagai pasangan calon sehingga kepadanya harus didiskualifikasi dari kontestasi Pemilihan Bupati dan Wakil Bupati Kabupaten Yalimo Tahun 2020;
- ketidakterpenuhan syarat Pasangan Calon Nomor Urut 1 karena kesalahan personal yang dilakukan calon Bupati Erdi Dabi, sehingga ketidakterpenuhan syarat tersebut tidak dapat dibebankan kepada calon Wakil Bupati dari Pasangan Calon Nomor Urut 1 (John W. Wilil), maka John W. Wilil dapat mengajukan diri atau diajukan sebagai pasangan calon (baik sebagai calon Bupati maupun calon Wakil Bupati) tanpa seleksi ulang

**Amar Putusan:**

- Menyatakan diskualifikasi Calon Bupati Erdi Dabi dari Pasangan Calon Bupati dan Wakil Bupati Kabupaten Yalimo Nomor Urut 1 karena tidak lagi

---

**Perselisihan Hasil  
Pemilihan Kepala  
Daerah**

---

**Putusan Mahkamah Konstitusi**

memenuhi syarat sebagai pasangan calon peserta Pemilihan Bupati dan Wakil Bupati Kabupaten Yalimo Tahun 2020;

- Memerintahkan Termohon untuk melaksanakan pemungutan suara ulang dalam Pemilihan Bupati dan Wakil Bupati Kabupaten Yalimo Tahun 2020 dengan diikuti oleh Pasangan Calon Nomor Urut 2 (Lakius Peyon, SST.Par. dan Nahum Mabel, S.H.) sepanjang tetap memenuhi syarat pencalonan, dan membuka kesempatan bagi pasangan calon baru termasuk memberikan kesempatan bagi John W. Wilil sepanjang memenuhi persyaratan

---

*Sumber: Penulis, disusun berdasarkan Putusan MK yang terkait dengan diskualifikasi calon kepala daerah yang menyanggah status "mantan narapidana"*

### **3. Analisis Peran Mahkamah Konstitusi dalam Perlindungan Hak Dipilih Mantan Terpidana**

Pembatasan hak bagi mantan terpidana untuk mencalonkan diri dalam pemilu dan pemilihan kepala daerah menjadi isu yang cukup problematik bagi Mahkamah Konstitusi. Setidaknya dikarenakan permasalahan ini secara diametral mempertentangkan dua kutub hak asasi manusia yaitu hak individual dan hak komunal. Sebagai negara demokrasi, hak politik rakyat tersebut tidak hanya berupa hak memilih, namun juga hak dipilih.

Dalam kondisi yang demikian, Mahkamah memulai pendapatnya dengan menjelaskan bahwa jabatan publik adalah jabatan kepercayaan (*vertrouwenlijk-ambt*). Sehingga kepadanya dapat diberikan syarat-syarat tertentu yang ditetapkan dengan undang-undang dengan tetap mempertimbangkan Pasal 28J Ayat (2) UUD 1945. Dalam pendapat awalnya di Putusan Nomor 14-17/PUU-V/2007, Mahkamah menetapkan 2 syarat konstitusionalitas aturan tersebut sebagaimana dijelaskan sebelumnya. Mahkamah kemudian menyempurnakan persyaratan tersebut dalam rincian 4 syarat yang diberlakukan secara kumulatif, yaitu:

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

Mahkamah kemudian terlihat merubah pendiriannya dalam Putusan Nomor 42/PUU-XIII/2015. Alasannya adalah bahwa kata “dikecualikan” dalam syarat ketiga yakni “dikecualikan bagi mantan terpidana yang secara terbuka dan jujur mengemukakan kepada publik bahwa yang bersangkutan mantan terpidana”, menurut MK telah mewakili seluruh syarat administratif yang ditetapkan sebelumnya dan telah merepresentasikan kejujuran dari mantan narapidana yang mencalonkan diri menjadi kepala daerah, sehingga tidak diperlukannya syarat yang lainnya. Maka meskipun Mahkamah tetap mengakui adanya 4 syarat yang telah ditetapkan sebelumnya, Mahkamah menggeser keberlakuannya yang semula kumulatif menjadi alternatif.

Mahkamah menggunakan penafsiran fungsional, yaitu penafsiran yang tidak mengikatkan diri sepenuhnya kepada kalimat dan kata-kata peraturan, dengan demikian penafsiran ini mencoba untuk memahami maksud sebenarnya dari sebuah peraturan dengan menggunakan berbagai sumber lain yang dianggap dapat memberikan penjelasan yang lebih memuaskan.<sup>28</sup> Persyaratan tidak pernah dijatuhi pidana penjara lima tahun atau lebih maka sama artinya seseorang yang pernah dijatuhi pidana penjara karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara lima tahun atau lebih dicabut haknya untuk dipilih dalam pemilihan kepala daerah. Sehingga persyaratan demikian dialternatifkan dengan syarat terbuka dan jujur mengemukakan kepada publik bahwa yang bersangkutan mantan terpidana. Putusan yang cukup kontroversial ini, diwarnai oleh dissenting opinion dua hakim Konstitusi yaitu, Maria Farida Indrati dan I Dewa Gede Palguna.

Pada tahun 2019, pasal yang mengatur pencalonan mantan narapidana dalam Pilkada kembali diajukan ke Mahkamah Konstitusi dengan Nomor Perkara 56/PUU-XVII/2019. Salah satu alasan pentingnya adalah bahwa syarat yang memerintahkan calon kepala daerah yang pernah dipidana untuk mengumumkan kepada masyarakat

<sup>28</sup> Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2006), 95.

secara terbuka, ternyata secara praktik hal ini sangat sulit mencapai tujuannya, tidak memiliki alat ukur yang jelas, bahkan cenderung dilakukan dengan asal-asalan. Sehingga syarat-syarat lain yang disusun guna mewujudkan politik elektoral yang berintegritas menjadi seakan tidak memiliki daya guna. Melalui putusan tersebut, Mahkamah menegaskan perannya dalam menjaga demokrasi yang konstitusional dan berintegritas, karena Mahkamah kembali menegaskan syarat yang telah diatur sebelumnya.

Alasan perubahan pendapat Mahkamah tersebut dapat dilihat dalam tiga argumentasi. *Pertama*, Mahkamah menegaskan pendiriaanya berkenaan dengan norma yang dimaksud dengan pendapat Mahkamah dalam putusan-putusan sebelumnya, bahwa norma Undang-Undang yang materi/muatannya seperti yang termuat dalam Pasal 7 huruf g UU 8/2015 adalah inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*). *Kedua*, Mahkamah berpendapat bahwa demokrasi bukan semata-mata berbicara tentang perlindungan hak-hak individual tetapi juga ditopang oleh nilai-nilai dan moralitas. *Ketiga*, Mahkamah berpendapat bahwa secara konstitusional karena hak politik bukanlah merupakan hak asasi yang tidak dapat dibatasi (*non-derogable rights*) sesuai dengan ketentuan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, pembatasan dengan memberikan tenggang waktu bagi mereka yang pernah dipidana bukanlah sesuatu yang bertentangan dengan konstitusi, *in casu* UUD 1945.

### C. PENUTUP

Keberadaan Mahkamah Konstitusi menjadi sangat penting dalam negara hukum yang demokratis, Mahkamah Konstitusi sebagai *guardion of democracy* diperhadapkan dengan persoalan empiris yang sangat dinamis. Mahkamah Konstitusi sangat menyadari bahwa hak dipilih dan memilih merupakan hak asasi sebagai warga negara. Disisi lain, pembuat regulasi (DPR dan Pemerintah) kadangkala dengan niat baik mencoba memberikan rambu-rambu pelaksanaan tersebut bagi mantan terpidana, khususnya hak untuk dipilih demi menghasilkan pejabat publik yang mempunyai moralitas dan integritas tinggi. Melalui putusan-putusannya, Mahkamah telah berperan sebagai pelindung terhadap hak dipilih dalam penyelenggaraan pemilihan umum maupun pemilihan kepala daerah. Secara dinamis Mahkamah telah mempertimbangkan konstitusionalitas pengaturan hak dipilih mantan terpidana dengan beberapa persyaratan konstitusionalnya.



## DAFTAR PUSTAKA

### Buku

- Asshidiqie, Jimly, *Konstitusi dan Kostitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2004.
- Asshiddiqie, Jimly, *Hukum Tata Negara dan Pilar- Pilar Demokrasi*, Jakarta: Konstitusi Press, 2005.
- Budi Prayitno (penj), *Apakah demokrasi itu*, Abdullah Alamudi (Ed), Jakarta: Dinas Penerangan Amerika USIS. 1999.
- Dahl, Robert A., *Perihal Demokrasi Menjelajahi Teori dan Praktik demokrasi Secara Singkat*, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2001.
- Fahmi, Khairul, *Pemilihan Umum dan Kedaulatan Rakyat*, Jakarta, PT Rajagrafindo, 2011.
- Harjono, *Tranformasi Demokrasi*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2009.
- Kusnardi, Moh. dan Ibrahim, Harmaily, *Pengantar Hukum Tata Negara*, Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara, Fakultas Hukum Universitas Indonesia dan CV "Sinar Bakti", 1981.
- Purnama, Eddy, *Negara kedaulatan Rakyat: Analisis Terhadap Sistem Pemerintahan Indonesia dan Perbandingan Dengan Negara Negara lain* Bandung: Nusa Media, 2007.
- Rahardjo, Satjipto, *Ilmu Hukum*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2006.
- Soekanto, Soerjono dan Mamudji, Sri, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, Jakarta: Rajawali, 1986.
- Soemantri, Sri, *Bunga Rampai Hukum Tata Negara Indonesia* Bandung: Alumni, 1992.
- Sorensen, Georg, *Demokrasi dan Demokratisasi Proses dan Prospek dalam Sebuah Dunia yang Sedang Berubah*, terj. I. Made Krisna Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2003.

### Jurnal

- Aryani, Nyoman Mas, dan Hermanto, Bagus, "Justifikasi Hak Politik Mantan Narapidana: Perspektif Hak Asasi Manusia dan Perundang-Undangan." *Jurnal Konstitusi* 17, no. 2 (Maret 2020): 413-436.
- Krisnapati, Bayu, "Kodrat Manusia Mendapatkan Access To Justice," *Jurnal Hukum Justitia et Pax* 34, no. 2 (Desember 2018): 219-236.

Maghfiroh Kholifatul; ALW, Lita Tyesta, and Saraswati, Retno, "Perkembangan Putusan Mahkamah Konstitusi Mengenai Pencalonan Mantan Narapidana Sebagai Anggota DPR, DPD dan DPRD Serta Sebagai Kepala Daerah Dan Wakil Kepala Daerah." *Diponegoro Law Journal* 7, no. 2 (2018): 104-121.

Tanjung, Muhammad Anwar, dan Saraswati, Retno, "Demokrasi dan Legalitas Mantan Narapidana dalam Pemilihan Kepala Daerah dan Pemilihan Umum." *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum* 25, no. 2 (2018): 379-399.

### **Putusan-Putusan**

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 14-17/PUU-V/2007.

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 4/PUU-VII/2009.

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 42/PUU-XIII/2015.

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 56/PUU-XVII/2019.

## **Biodata**

**Aan Efendi** adalah dosen Bagian Hukum Tata Negara FH Universitas Jember. Memperoleh Sarjana Hukum dari FH Universitas Putra Bangsa Surabaya dan Magister Hukum serta Doktor Ilmu Hukum diperoleh dari FH Universitas Airlangga.

**Freddy Poernomo** adalah anggota Komisi A DPRD Jawa Timur 2019-2024 dan dosen FH Universitas Wijaya Kusuma Surabaya. Memperoleh Sarjana Hukum dari FH Universitas Surabaya dan Magister Hukum serta Doktor Ilmu Hukum diperoleh dari FH Universitas Airlangga.

**Endang Pratiwi**, Lahir di Bandung 16 Januari 1986, memperoleh gelar Sarjana Ilmu Hukum dari Universitas Pasundan Bandung. Saat ini sedang menempuh Pendidikan Program Pascasarjana Magister Kenotariatan di Universitas Pasundan Bandung.

**Theo Negoro**, Lahir di Bandung 21 Agustus 1998, memperoleh gelar Sarjana Ilmu Hukum dari Universitas Kristen Maranatha Bandung. Saat ini bekerja sebagai Advokat dan sedang menempuh Pendidikan Program Pascasarjana Magister Ilmu Hukum dengan konsentrasi bidang Filsafat Hukum dan Teori Hukum di Universitas Katolik Parahyangan Bandung.

**Hassanain Haykal**, Lahir di Cianjur tanggal 1 Juli 1979, memperoleh gelar Sarjana Ilmu Hukum dari Universitas Pasundan Bandung, gelar Magister Ilmu Hukum di Universitas Katolik Parahyangan Bandung, gelar Doktor Ilmu Hukum di Universitas Katolik Parahyangan Bandung, serta menempuh Program Pendidikan Reguler Angkatan 55 tahun 2016. Saat ini merupakan Dosen Tetap di Universitas Kristen Maranatha Bandung Spesialisasi Hukum Perbankan, Advokat, dan Auditor Hukum Bersertifikasi.

**Nurhidayatulloh**, merupakan dosen Bagian Hukum Internasional di Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya. Saat ini penulis juga merupakan Sekretaris Bagian Hukum Internasional di kampus tersebut sekaligus sebagai Managing Editor Sriwijaya Law Review. Penulis juga merupakan editor dan reviewer tetap di berbagai jurnal hukum di Indonesia baik jurnal yang telah terakreditasi di Sinta maupun jurnal internasional bereputasi yang terindeks di Scopus.

**Akhmad Idris** adalah dosen di Bagian Hukum Internasional Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya. Program pendidikan sarjana dan magister penulis ditempuh di Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya. Saat ini penulis juga sedang merampungkan program Doktor Ilmu Hukum di kampus yang sama.

**Rizka Nurliyantika** adalah dosen tetap di Bagian Hukum Internasional Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya. Menempuh studi sarjana (SH) di Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya, kemudian penulis melanjutkan program studi magisternya di Fakultas Undang-Undang Universitas Kebangsaan Malaysia (UKM) dengan predikat *cum laude*.

**Fatimatuz Zuhro** adalah mahasiswa Program Studi Magister Ilmu Hukum di Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya. Saat ini penulis sedang menyelesaikan riset akhirnya pada bidang hukum bisnis di kampus tersebut. Selain itu, penulis juga merupakan dosen tetap di Fakultas Ekonomi dan Bisnis Islam (FEBI) Universitas Islam Negeri Raden Fatah Palembang.

**Dian Ayu Widya Ningrum**, merupakan lulusan Sarjana Hukum dari Fakultas Hukum Universitas Jember dan saat ini melanjutkan studi Magister Hukum di Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada.

**Al Khanif**, merupakan lulusan Fakultas Hukum dari Fakultas Hukum Universitas Jember pada tahun 2003. Ia kemudian melanjutkan studi pada program Magister pada Pusat Kajian Agama dan Lintas Budaya Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta. Ia juga pernah meraih beasiswa *Chevening Scholarship* dari FCO United Kingdom untuk melanjutkan studi Magister Hukum (LL.M) pada International Human Rights Law and Humanitarian Law di Lancaster University. Ia memperoleh gelar PhD dari School of Oriental and African Studies (SOAS) University of London. Dia juga ditunjuk sebagai anggota *The Indonesian Consortium for Human Rights Lecturers (SEPAHAM) Indonesia* sejak tahun 2017 hingga tahun 2019.

**Antikowati** merupakan lulusan Sarjana Hukum yang memperoleh gelar Sarjana Hukum dari Fakultas Hukum Universitas Jember, Jawa Timur. Ia kemudian melanjutkan studi dan menyelesaikan studi pada program Magister Hukum pada tahun 2003 di Fakultas Hukum Universitas Airlangga. Saat ini ia aktif mengajar sebagai Dosen Tetap pada bidang hukum Tata Negara di Fakultas Hukum Universitas Jember sejak tahun 2009.

**Bagus Surya Prabowo**, menyelesaikan studi Sarjana Hukum pada tahun 2018 di Universitas Islam As-Syafiiyah dan memperoleh gelar Magister Hukum pada tahun 2021 di universitas yang sama. Saat ini penulis berprofesi sebagai legal consultant di salah satu perusahaan swasta namun masih aktif dalam menulis Jurnal dan buku.

**Wiryanto** merupakan dosen Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam As-Syafi'iyah tahun 2017 hingga sekarang. Saat ini penulis juga menjabat sebagai Panitera Muda di Mahkamah Konstitusi. Penulis menamatkan gelar S1 tahun 1995 dan S2 tahun 2002 di Universitas Diponegoro (UNDIP) Semarang. Kemudian Penulis memperoleh S3 dari Universitas Brawijaya (UNIBRAW) Malang tahun 2017.

**Faiz Rahman**, merupakan lulusan Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dan kemudian melanjutkan studi Magister Hukum pada bidang Hukum Media dan Teknologi di Fakultas Hukum Universitas New South Wales, Australia. Saat ini ia aktif mengajar pada Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada pada Departemen Hukum Tata Negara dengan fokus keahlian pada bidang Hukum Tata Negara (*Constitutional Law*), Hukum Acara, *Digital Governance*, Perlindungan Data Pribadi serta Hukum Legislasi.

**Ismail Hasani** merupakan dosen di Fakultas Syariah dan Hukum UIN Syarif Hidayatullah, Jakarta sejak 2003. Selain sebagai dosen Hukum Tata Negara, penulis juga aktivis di Perhimpunan Bantuan Hukum dan HAM (PBHI) sejak 2001 sebagai Pengurus hingga kini sebagai Ketua Majelis Nasional. Di tahun 2005, bersama 28 tokoh, pemikir, dan aktivis mendirikan SETARA Institute for Democracy and Peace, sebuah organisasi riset dan advokasi kebijakan yang menaruh perhatian pada bidang HAM, *rule of law*, pluralisme, demokrasi dan perdamaian. Berbagai buku riset telah ditulis dan disuntingnya, termasuk menulis untuk media massa dan jurnal ilmiah. Beberapa kontribusi karyanya antara lain *Dinamika Perlindungan Hak Konstitusional Warga (2013)*, *Masa Depan Mahkamah Konstitusi (2013)* dan *The Decreasing Space for Non-Religious Expression in Indonesia* dalam Tim Lindsey & Helen Pausacker, *Religion, Law and Intolerance in Indonesia*, Routledge, London and New York (2016). Buku terbarunya berjudul *Pengujian Konstitusionalitas Perda* (Gramedia, 2020).

**Halili** merupakan dosen Hak Asasi Manusia (HAM) dan Ilmu Politik di Jurusan Pendidikan Kewarganegaraan dan Hukum, Universitas Negeri Yogyakarta (2006-sekarang), juga Direktur Riset SETARA Institute for Democracy and Peace (2017-sekarang). Penulis menulis di media massa, buku, jurnal ilmiah, dan artikel untuk forum-forum ilmiah. Beberapa opininya dimuat di berbagai media cetak, seperti *KOMPAS*, *Media Indonesia*, *Jawa Pos*, *Kedaulatan Rakyat*, *Radar Jogja*, *Harian Jogja*, dan *Tribun Jogja*, dan media daring, seperti *Detik.com* dan *Geotimes*. Beberapa penghargaan nasional dan internasional diraihnya, seperti *Satyalancana Karyasatya 10 Tahun* dari Presiden RI (2016), *Best Presentation Prize* dari Direktur Atsumi International Foundation pada the 4<sup>th</sup> Asia Future Conference di Korea (2018), *Adikarya Pustaka* dari Rektor Universitas Negeri Yogyakarta (2019), dan *Best Presentation Award* dari Direktur Atsumi International Foundation pada the 5<sup>th</sup> AFC di Filipina (2020).

**Paulus Rudy Calvin Sinaga**, menyelesaikan studi Sarjana Hukum pada tahun 2016 di Universitas Brawijaya. Saat ini penulis bekerja sebagai Analis Hukum di Mahkamah Konstitusi dan sedang menempuh pendidikan Magister Ilmu Hukum 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), Kemenkominfo (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 dan Kebudayaan (2015 – 2018).

**Ahmad Yani**, lahir di Desa Waji pada 15 Mei 1996. Menamatkan Pendidikan pada Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin tahun 2018. Merupakan mahasiswa Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta tahun 2022 melalui Beasiswa LPDP Kementerian Keuangan RI. Saat ini Penulis bekerja sebagai pegawai tetap pada Komisi Pemilihan Umum Provinsi Sulawesi Selatan tahun 2020 s/d sekarang.

**Agusniwan Etra**, Lahir di Solok, 08-08-1984, lulus Strata 1 (S-1) Jurusan Hukum Tata Negara Hukum Universitas Andalas pada tahun 2007, Lulus Strata 2 (S-2) Magister Hukum Tata Negara Universitas Indonesia tahun 2013. Saat ini sebagai Mahasiswa Doktoral (S-3) pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, semasa kuliah aktif di organisasi Himpunan Mahasiswa Islam (HMI) Komisariat Hukum Universitas Andalas, Perhimpunan Mahasiswa Tata Negara (PMTN) Fakultas Hukum Universitas Andalas, Badan Anti Korupsi (BaKO) Sumbar. Saat ini penulis bekerja di Mahkamah Konstitusi sebagai Pengolah Data Perkara Konstitusi pada Hakim Konstitusi Dr. Suhartoyo, S.H., M.H.



## **PEDOMAN PENULISAN JURNAL KONSTITUSI**

**Jurnal Konstitusi** merupakan media triwulanan guna penyebarluasan (diseminasi) hasil penelitian atau kajian konseptual tentang konstitusi dan putusan Mahkamah Konstitusi. Jurnal Konstitusi terbit empat nomor dalam setahun (Maret, Juni, September, dan Desember). Jurnal Konstitusi ditujukan untuk kalangan pakar, akademisi, praktisi, penyelenggara negara, LSM, serta pemerhati hukum konstitusi dan ketatanegaraan.

**Sejak edisi Maret tahun 2022**, tata cara penulisan dan penyerahan naskah dalam Jurnal Konstitusi adalah sebagai berikut:

1. Naskah yang diserahkan merupakan karya ilmiah asli dan tidak mengandung unsur plagiarisme.
2. Naskah ditulis dalam Bahasa Indonesia atau Inggris, Font Cambria, Ukuran font 12, ukuran kertas A4, dan spasi 1,5.
3. Penulis yang bukan penutur asli bahasa Inggris perlu meminta bantuan penutur asli untuk mengoreksi artikel mereka sebelum mengirimkannya ke panitia jika menggunakan bahasa Inggris.
4. Bagian pembuka naskah meliputi: Judul Artikel, Nama Penulis, Institusi Penulis, Alamat Institusi Penulis, Alamat Email Penulis, Abstrak, dan Kata Kunci.
5. Abstrak ditulis dengan jelas dan lengkap menggambarkan isi artikel dalam Bahasa Indonesia dan Bahasa Inggris.
6. Kata kunci berisi antara 3-5 istilah dalam Bahasa Indonesia dan Bahasa Inggris.

### **7. Artikel Penelitian**

Pedoman artikel penelitian adalah sebagai berikut:

- A. Pendahuluan
  1. Latar Belakang
  2. Pertanyaan Penelitian
  3. Metode
- B. Hasil dan Pembahasan
- C. Kesimpulan
- D. Daftar Pustaka

## 8. Artikel Konseptual

Pedoman artikel konseptual adalah sebagai berikut:

- A. Pendahuluan
  - 1. Latar Belakang
  - 2. Pertanyaan Penelitian
- B. Hasil dan Pembahasan
- C. Kesimpulan
- D. Referensi

## 9. Cara merujuk dan mengutip menggunakan Model Catatan Kaki (*Chicago Manual of Style* Ke-17 edisi (catatan lengkap))

**Buku Satu Penulis:** Nama Depan Nama Belakang, *Judul Buku: Subtitle Buku*, edisi, trans./ed. Nama Depan Nama Belakang (Tempat Terbit: Penerbit, Tahun Terbit), nomor halaman

Jimly Asshidiqie, *Peradilan Etik Dan Etika Konstitusi*, 1st ed (Jakarta: Sinar Grafika, 2014), 12-15.

**Buku Dua sampai Tiga Pengarang:** Nama depan Nama belakang dan Nama depan Nama belakang, *Judul buku: Subjudul buku* (Kota penerbitan: Penerbit, Tahun), nomor halaman. Contohnya sebagai berikut:

Stanley J. Grenz and Roger E. Olson, *20th Century Theology: God and the World in a Transitional Age* (Downers Grove: Intervarsity Press, 1992), 191.

**eBuku:** Nama depan Nama belakang, *Judul buku: Subjudul buku* (Kota penerbitan: Penerbit, Tahun), nomor halaman, format. Contohnya sebagai berikut:

Alistair McGrath, *Theology: The Basics* (Malden: Wiley-Blackwell, 2011), 176, Kindle.

**Jurnal:** Nama Depan Nama Belakang, "Judul Artikel," *Judul Jurnal* volume#, no. Edisi# (Tanggal Publikasi): nomor halaman, URL jika ditemukan online. Contohnya sebagai berikut:

Pan Mohamad Faiz, "Perlindungan Terhadap Lingkungan Dalam Perspektif Konstitusi," *Jurnal Konstitusi* 13, no. 4 (December 20, 2016): 766, <https://doi.org/10.31078/jk1344>.

**Makalah Konferensi:** Nama depan Nama belakang, "Judul makalah konferensi," (makalah dipresentasikan pada Nama Konferensi, Tempat Konferensi, Tahun Bulan), nomor halaman. Contohnya sebagai berikut:

Gary Templin, "Creation stories of the Middle East," (paper presented at Northwestern Annual Conference, Evanston, IL, April 26, 2000), 17.

**Internet:** Nama Depan Nama Belakang, "Judul Halaman Web" atau Deskripsi Halaman Web (situs web) , Judul atau Deskripsi Situs sebagai Keseluruhan, Pemilik atau Sponsor Situs, tanggal diperbarui/terakhir diubah/diakses, URL. Contohnya sebagai berikut:

Richard G. Heck, Jr., "About the Philosophical Gourmet Report," Last modified August 5, 2016, <http://rgheck.frege.org/philosophy/aboutpgr.php>

**Koran/Majalah:** Nama depan Nama belakang, "Judul artikel surat kabar: Subjudul,"*Judul surat kabar*, Tanggal Bulan, Tahun, nomor halaman. Contohnya sebagai berikut:

Jim Yardley and Simon Romero, "Liberation Theology gets Second Look in Pope Francis' focus on Poor," *Sydney Morning Herald*, May 30, 2015, 54.

**Catatan Kuliah/ Materi Tutorial:** Nama Depan Nama Belakang, "Judul Kuliah," (Jenis Pekerjaan, Lokasi Kuliah, Bulan Hari, Tahun). Contohnya sebagai berikut:

Timothy MacBride, "Jesus' Ethical Teaching," (Lecture Notes, Morling College, May 20, 2014).

**Media Audio-Visual:** *Judul sumber*, disutradarai oleh Nama depan Nama belakang (Tempat publikasi: Studio, Tahun). Contohnya sebagai berikut:

*The Passion of the Christ*, directed by Mel Gibson (Pyrmont, NSW: Warner Home Video, 2004).

**Kutipan singkat:** Ini adalah kutipan selanjutnya dari sumber yang sudah diberikan secara lengkap, terdiri dari nama belakang penulis dan judul utama karya, biasanya disingkat jika lebih dari empat kata, dan nomor halaman. Contohnya sebagai berikut:

Asshidiqie, "Peradilan Etik," 12-15

## 10. Daftar Pustaka

Sejak edisi Maret tahun 2022, referensi harus ditulis dalam *Chicago Manual of Style ke-17 edisi (catatan lengkap)* menggunakan Reference Manager **Mendeley**. Semua publikasi yang dikutip dalam teks harus dicantumkan sebagai Daftar Pustaka, dan cara penulisannya terlebih dahulu dikategorikan dan kemudian diurutkan menurut abjad oleh penulisnya. Referensi yang dapat dirujuk adalah semua publikasi dalam 10 (sepuluh) tahun terakhir, kecuali referensi unik yang

belum pernah diterbitkan kembali. Contoh penulisan daftar pustaka dapat dilihat di bawah ini:

**Buku Satu Penulis:** Nama Belakang, Nama Depan. *Judul buku: Subjudul buku*. Kota terbit: Penerbit, Tahun. Contohnya sebagai berikut:

Asshidiqie, Jimly. *Peradilan Etik Dan Etika Konstitusi*. edisi pertama Jakarta: Sinar Grafika, 2014.

**Buku Dua-Tiga Penulis:** Nama Belakang, Nama Depan., dan Nama Depan Nama Belakang. *Judul buku: Subjudul buku*. Kota terbit: Penerbit, Tahun. Contohnya sebagai berikut:

Grenz, Stanley J., and Roger E. Olson. *20th Century Theology: God and the World in a Transitional Age*. Downers Grove: Intervarsity Press, 1992.

**eBook:** Nama keluarga, Nama depan. *Judul buku: Subjudul buku*. Kota terbit: Penerbit, Tahun. Format. Contohnya sebagai berikut:

McGrath, Alister. *Theology: The Basics*. Malden: Wiley-Blackwell, 2011. Kindle.

**Jurnal:** Nama keluarga, Nama depan. "Judul artikel jurnal: Subjudul." *Judul jurnal* Nomor volume, Nomor terbitan (Tahun): rentang halaman seluruh artikel. Contohnya sebagai berikut:

Faiz, Pan Mohamad. "Perlindungan Terhadap Lingkungan Dalam Perspektif Konstitusi." *Jurnal Konstitusi* 13, no. 4 (December 20, 2016): 766. <https://doi.org/10.31078/jk1344>.

**Makalah Konferensi:** Nama Keluarga, Nama Depan. "Judul makalah konferensi." Makalah dipresentasikan pada Nama Konferensi, Tempat Konferensi, Bulan Tahun. Contohnya sebagai berikut:

Templin, Gary. "Creation stories of the Middle East." Paper presented at Northwestern Annual Conference, Evanston, IL, April 26 2000.

**Essays in a Book of Composes:** Nama belakang penulis asli, Nama depan. "Judul Dokumen Utama, Tahun Terbit." Dalam *Judul karya yang dikumpulkan: Subtitle*, ed. Nama depan Nama belakang, nomor halaman seluruh dokumen. Kota terbit: Penerbit, Tahun. Contohnya sebagai berikut:

Gould, Glen. "Streisand as Schwarzkopf." In *The Glenn Gould Reader*, edited by Tim Page, 308-11. New York: Vintage Books, 1984.

**Internet:** Penulis konten atau pemilik/sponsor situs. "Judul halaman web." Publikasi/Terakhir diubah/Tanggal akses Bulan Tanggal, Tahun. URL. Contohnya sebagai berikut:

Heck, Jr., Richard G. "About the Philosophical Gourmet Report." Last modified August 5, 2016. <http://rgheck.frege.org/philosophy/aboutpgr.php>

**Newspaper/Magazines:** Nama belakang, Nama depan. "Judul artikel surat kabar: Subtitle." *Judul Koran*, Tanggal Bulan, Tahun. Contohnya sebagai berikut:

Yardley Jim, and Simon Romero. "Liberation Theology gets Second Look in Pope Francis' focus on Poor." *Sydney Morning Herald*, May 30, 2015.

**Catatan Kuliah/ Materi Tutorial:** Nama Keluarga, Nama Depan. "Judul Kuliah." Jenis Pekerjaan, Lokasi Kuliah, Hari Bulan, Tahun Kuliah. Contohnya sebagai berikut: MacBride, Timothy. "Jesus' Ethical Teaching." Lecture Notes, Morling College. May 20, 2014.

**Media Audio-Visual:** Nama belakang, Nama depan, peran. *Judul sumber daya*. Tempat publikasi: Studio, Tahun. Contohnya sebagai berikut:

Gibson, Mel, dir. *The Passion of the Christ*. Pyrmont, NSW: Warner Home Video, 2004.

11. Gambar dan Tabel harus dapat dibaca dan setidaknya memiliki resolusi 300 DPI (*Dots Per Inch*) untuk kualitas pencetakan yang baik. Tabel dibuat dengan model terbuka (tanpa garis vertikal)
12. Naskah dalam file dokumen (.doc) dikirimkan melalui *open journal system* (OJS): [jurnalkonstitusi.mkri.id](http://jurnalkonstitusi.mkri.id)
13. Calon penulis harus mengirimkan naskah hanya melalui: [jurnalkonstitusi.mkri.id](http://jurnalkonstitusi.mkri.id) Kami tidak menerima kiriman apa pun melalui email.
14. Dewan redaksi memilih dan mengedit naskah yang dikirimkan tanpa mengubah substansi. Naskah yang diterbitkan menerima honorarium, dan naskah yang tidak diterbitkan akan dikembalikan atau diberitahukan kepada penulis.

# Indeks

## A

Abuse De Droit 438  
 A Contrario 389  
 A Core Element of British  
 Legal Tradition 250  
 Adressat 334, 335, 338,  
 339, 341-352, 389  
 Aliran  
 Hukum Alam 270-272,  
 276, 287, 288  
 Positivisme Hukum 270,  
 271, 273, 287-291  
 Arithmetical Equality 256  
 Asas  
 Erga Omnes 339, 342,  
 343, 346, 352  
 Non-Retroaktif 295, 298,  
 299, 300, 302-304,  
 306-311

## B

Balance 256, 418  
 Blasphemy Law 410-412,  
 424, 426  
 Brown v. Board of  
 Education 372

## C

Cacat Formil 395  
 Civil  
 Law 277, 364  
 Union Act 350  
 Common  
 Good 257  
 Law 262, 276, 277, 350,  
 361, 364, 371, 372  
 Conditionally  
 Clause 382  
 Unconstitutional 382,  
 480, 500  
 Conseil D'etat 443, 444

## Constitutional

Court 335  
 Court's 334  
 Rights 367, 408, 409,  
 417  
 Cour De Cassation 443, 444  
 Cours Administratives  
 D'appel 444  
 Crimes of Genocide 296  
 Customary International  
 Law 308, 310

## D

Daya  
 Ikat 272, 345, 348, 349,  
 398  
 Laku 393, 398  
 De Facto 343, 347  
 Demokrasi  
 Electoral 483  
 Konstitusional 337

Demokratisasi Desa 458-  
 460, 462, 469

Derogation 295, 302, 304,  
 305

Derogasi 307

Detournment de Pouvoir 438

Dicey 261, 262, 263, 264

Dietmar Von Der Pfordten  
 250

Distribution Of Power 482

Dixon 349

Doelmatigheid 435

Dualisme 258, 341

Due Process of Law 248, 461

Dumont 277

Dworkin 261

## E

Eksekusi 281, 282, 284,  
 342, 345

Equality Before the Law  
 248-253, 256, 263

of Laws to All Manner of  
 Persons 249

of Rights 248, 249

of Social-Political-  
 Economic Statutes  
 256

Equal Opportunity Principle  
 483

Equilibrium 256, 345

Equity Supplementing Law  
 256

Erga Omnes 334, 335, 339,  
 342, 343, 346, 347, 352,  
 360

## F

Fair Mean 257

Fair Trial 249

Fallon 261

Final and Binding 283

Formal

Constitutional 381, 382

Review 381, 382

Review 382

Forum

Externum 419, 420

Internum 416, 419, 420,  
 426

Freedom Before 248

## G

General Principle of Law 308,  
 310

Genosida 294-300, 302, 310,  
 311

Geometrical Equality 256

Guardion of Democracy 500

## H

Hak Dipilih 484, 498

Hakim Konstitusi 307, 340,  
 345, 349, 351, 365, 367,  
 370, 384, 499



- Hak Konstitusional 400, 401, 402  
Hak Politik 483
- I
- Imperium Legum 261  
Independensi 340, 475  
Inkonstitusional 381, 382, 385-390, 392-394, 396-403  
    Bersyarat 381, 382, 385-390, 393, 396-403, 479, 500  
Inkracht 493  
International  
    Crimes 295, 296  
    Delict 296  
    Infraction 296  
ius cogens 296, 308
- J
- Jabatan Publik 485, 490, 491, 492, 493, 498, 499  
Judge Made Law 375  
Judicial  
    Activism 359, 360-363, 365, 367, 370, 372-374, 376, 377, 383  
    Deferral 335, 346, 348-351, 353  
    Law-Making 383  
    'Legislation 383  
    Review 335-338, 342, 343, 345-347, 353, 359, 360, 365, 407  
jus Cogens 296  
Justice Under The Law 256
- K
- Kejahatan Genosida 296, 297, 298, 299, 308, 311  
Kekosongan Hukum 343, 362, 375, 376, 383, 387, 393, 403, 474  
Kepastian Hukum 396, 403  
Kerugian Konstitusional 400
- Klausul  
    Bersyarat 381, 387-389, 394, 397, 401-403  
Inkonstitusional  
    Bersyarat 381, 397, 398, 400, 401
- Komisi  
    Pemberantasan Korupsi 390, 392  
    Yudisial 395
- Konstitusional 335, 337, 348, 349, 352, 382, 387-389, 396-402, 458, 460, 467, 479, 491, 493, 494, 500
- Konstitusionalitas 336, 341, 360, 382, 383, 389, 406, 491, 498, 500
- Konvensi  
    Genosida 297-300, 311  
    Internasional 299, 301
- Kovenan Hak Sipil dan Politik 298, 299, 301, 304-307
- L
- Law As A Tool of Social Engineering 377
- Legal  
    Equality 262  
    Utilitarianism 278
- Legislative Review 389, 470, 471
- Limitation 295, 304, 305, 309, 416, 424
- Literature 298, 302  
    Review 298
- Living Constitution 459, 462, 464, 465
- M
- Mahkamah  
    Agung 345, 347, 371, 372, 394, 395, 433-435, 438, 439, 443, 449, 450, 452, 484, 485, 490
- Konstitusi 259, 260, 281, 295, 298, 299, 303, 304, 306, 307, 311, 334, 335, 339, 341, 346, 351, 359, 360, 363-366, 370-377, 381, 382, 384, 386, 394, 395, 406, 431, 433, 446, 452, 460, 463, 466, 479, 483, 484, 490, 492, 494, 495, 498-500  
    Pidana Internasional 296
- Majority Rule 345
- Mantan  
    Narapidana 484, 490-493, 495, 498, 499  
    Terpidana 479, 483, 484, 491-494, 498-500
- Margin of Tolerance 350, 351  
mobocracy 494  
Money Politic 461, 462, 471-474, 476
- N
- Natural Justice 257, 262  
Negative Legislator 359, 382
- Non-  
    Derogable 298  
    Rights 500  
    Implementing 338, 351  
    Self Implementing 346, 347
- Norma  
    Baru 337, 351, 359, 367, 370, 372-378, 382, 383, 387, 397, 402  
    Hukum Baru 347, 359, 360-362, 364-366, 370, 373, 374, 378
- Notoir Feiten 492
- O
- Ochlocracy 494  
Omnibus Law 396  
Onrechmatige Overheidsdaad 434, 438, 449, 452

- Onrechtmatigedaad 438  
 Open Legal Policy 359, 360, 370, 373, 374, 376, 378  
 Ordre  
   Administratif 443  
   Judiciare 443
- P**
- Pacta Sunt Servanda 308  
 Pandemi Corona Virus  
   Disease 2019 399  
 Pemilihan Kepala Desa 456, 458, 461-475, 477, 478  
 Pemilu 483, 495, 498  
 Penafsiran 337, 340, 343, 383, 384, 389, 401, 431, 463, 493, 499  
 Penafsiran 336, 463  
 Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah 432, 437, 443  
 Pengadilan Nuremberg 309  
 Pengujian  
   Formil 381, 383, 384, 386-390, 394, 395, 396, 397, 398, 401-403  
   Konstitusional 386  
   Materiil 381, 387, 393, 394, 396, 397, 400-402  
 Penodaan Agama 406  
 Peradilan Administrasi 431, 432, 437, 443-445, 447-449, 452  
 Persuasive Precedent 372  
 Pilkadaes 456-478  
 Plessy V. Ferguson 372  
 Positive  
   Legislator 359, 360, 382, 383  
   Legislature 359, 360, 367, 374, 375, 377, 378  
   Positivist 271
- Presidential Threshold 359, 360, 367-370, 372, 376, 378  
 Prinsip Peradilan Cepat dan Sederhana 336  
 Procedural Due Process 262  
 Proportionality 248, 256  
 Putusan  
   Bersyarat 381-384, 386-389, 396, 401  
   Inkonstitusional  
   Bersyarat 381, 386-390, 393, 396, 397, 401-403  
   Mahkamah Konstitusi  
   281, 295, 298, 299, 303, 311, 334, 339, 341, 364, 366, 372, 373, 375, 381, 386, 431, 433, 446, 452  
   Uji Formil 384, 386, 387, 389, 390, 391, 393, 394, 396-398, 400-403
- R**
- Ratio Decidendi 389  
 Rechtmatigheid 435  
 Recours  
   De Plein Contentieux 445  
   En Exces De Pouvoir 445  
   En Plein Contentieux 445  
   Por Exces De Pouvoir 445  
 Religious Minorities 407, 409, 424, 426  
 Retroaktif 294, 295, 298-304, 306-311  
 Rule of Law 247, 248, 250, 251, 261, 262, 264, 363, 408, 417, 418, 422, 426, 427
- S**
- Self Implementing 346, 347  
 Separation of Power 362  
 Siracusa Principle 305  
 Sistem  
   Common Law 350, 364  
   Peradilan 336, 341-343, 443  
   Peradilan Di Indonesia 341  
 Social Good 257  
 Sophist 273  
 Staatrecht Overseer 464  
 Statuta Roma 294, 295, 297
- T**
- Teori Oplossing 431-435, 440-442, 446, 449-452  
 The Empire of Laws and Not of Men 261  
 The Equality of All Persons Before the Law 262  
 The Greatest Number 274  
 The Ordinary Law 250  
 The Rule of Law 248, 250, 261
- U**
- Uji Formil 384, 386, 387, 389, 390, 391, 393, 396, 397, 398, 400-403  
 Ultra Petita 337, 375, 439  
 Unconstrained Institution 345  
 Under Law 248  
 Utilitarianisme 269, 273, 274, 277-279, 287-290
- V**
- Virtue of Birth 253
- W**
- Waldron 261  
 Wetmatig Bestuur 482

# Indeks Pengarang

## A

A'an Efendi 247  
 Adhi Putra Satria 475  
 Agusniwan Etra 479  
 Ahmad Yani 456  
 Akhmad Idris 294  
 Albert Venn Dicey 250, 262  
 Alec Stone 343  
 Anna Erliyana 431, 451  
 Aristoteles 251, 256, 257,  
 258, 259, 272

## B

Bagus Surya Prabowo 359  
 Bentham 269, 270  
 Brian J. Grim 412

## D

David Held 480  
 Dicey 261, 262, 263, 264  
 Dietmar von der Pfordten  
 250  
 Dixon 349  
 Doelmatigheid 435  
 Dumont 277  
 Dworkin 261

## E

Earl Johnson 249  
 Endang Pratiwi 269

## F

Faiz Rahman 381  
 Fatimatuz Zuhro 294  
 Finnis 256, 261  
 Francisco de Victoria 272  
 Francisco Suares 272, 273

Frans Magnis Suseno 412  
 Freddy Poernomo 247  
 Fuller 261

## G

Gayus Limbuun 349  
 George Vanberg 344  
 Gregory Vlastos 248

## H

Halili 406  
 Hamdan Zoelva 335  
 Hans Kelsen 273, 287, 288,  
 309  
 Harmaily Ibrahim 481  
 Hassanain Haykal 269  
 Hayek 261  
 hedonistic calculus 280  
 Hisashi Owada 261  
 H.L.A. Hart 273  
 Holocaust 300  
 Hugo Grotius 272, 273

## I

Irsyad Dhahri S Suhaeb 298  
 Ismail Hasani 406  
 Issacharof 349

## J

James Mill 277  
 Jean-Jacques Rousseau 252  
 Jeremy Bentham 273, 274,  
 275, 276, 277, 278, 279,  
 280, 281, 287, 288, 289,  
 290, 291  
 Jeremy Menchik 408  
 Jeremy Waldron 261  
 Jhon Stuart Mill 482

Jimly Asshiddiqie 248, 344,  
 450, 482

John Austin 273  
 John Ferejohn 344  
 John Finnis 256  
 John Locke 252, 253  
 John Marshall 254  
 John Rawls 252  
 John R.W.D. Jones 310  
 Joseph Priestley 275

## K

Khairul Fahmi 458, 476

## L

Landfried 343  
 Lesmana Rian Andhika 473  
 Locke 261

## M

Made Darma Weda 298  
 Maruarar Siahaan 336, 338,  
 346  
 M. Cherif Bassiouni 296  
 Miriam Budiarjo 457  
 Moh. Kusnardi 481  
 Muchammad Ali Safa'at 349

## N

Ni'matul Huda 459, 465  
 Nurhidayatulloh 294

## O

Oemar Senoadji 426

## P

Paulus Rudy Calvin Sinaga  
 431

Indeks Pengarang

R

Rawls 261  
Raz 261  
Rizka Nurliyantika 294  
Robert A. Dahl 481  
Roscoe Pond 377  
Rousseau 253, 254

S

Saldi Isra 458, 464  
Samuel Pufendorf 272  
Satjipto Rahardjo 362  
Shidarta 289

Sir Ivor Jennings 263  
Sir William Blackstone 276  
Sri Soemantri 482  
Stanley L. Paulson 287, 288,  
291  
Steven Powless 310  
Syukri Asy'ari 338

T

Tamanaha 261  
Tate 343  
Thomas Aquinas 272  
Thomas Hobbes 252, 254,  
273

V

Van Vollenhoven 464

W

Wiliam Schabas 309  
Wirjono Prodjodikoro 250  
Wiryanto 359

Z

Zainal Arifin Hoesein 376

# SERTIFIKAT

Direktorat Jenderal Penguatan Riset dan Pengembangan,  
Kementerian Riset, Teknologi, dan Pendidikan Tinggi



Kutipan dari Keputusan Direktur Jenderal Penguatan Riset dan Pengembangan,  
Kementerian Riset, Teknologi, dan Pendidikan Tinggi Republik Indonesia  
Nomor: 21/E/KPT/2018, Tanggal 9 Juli 2018  
Tentang Hasil Akreditasi Jurnal Ilmiah Periode 1 Tahun 2018

Nama Jurnal Ilmiah

**Jurnal Konstitusi**

E-ISSN: 2548-1657

Penerbit: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan, Mahkamah

Konstitusi Ditetapkan sebagai Jurnal Ilmiah

**TERAKREDITASI PERINGKAT 2**

Akreditasi berlaku selama 5 (lima) tahun, yaitu  
Volume 13 Nomor 1 Tahun 2016 sampai Volume 17 Nomor 4 Tahun 2020

Jakarta, 9 Juli 2018  
Direktur Jenderal Penguatan Riset dan Pengembangan

Dr. Muhammad Dimiyati  
NIP. 195912171984021001





**Visi:**

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