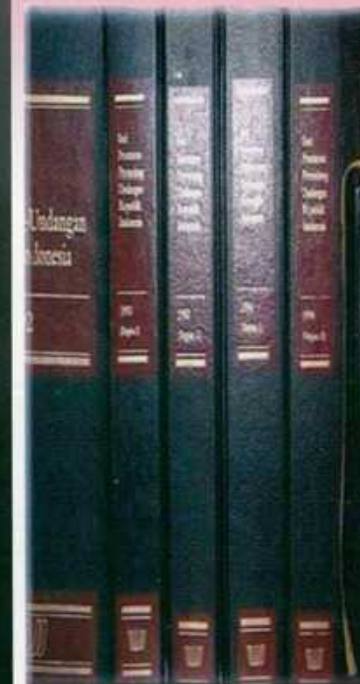


ISBN : 978-979-9052-51-3

ANALISIS TERHADAP PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI

Penyunting :

Dr. Taufiqurrohman
Syahuri, S.H., M. H.



Perpustakaan DPR RI



13200154

ISBN : 978-979-9052-51-3

PUSAT PENGKAJIAN PENGOLAHAN DATA DAN INFORMASI (P3DI)
SEKRETARIAT JENDERAL DPR RI

PUSAT PENGKAJIAN PENGOLAHAN DATA DAN INFORMASI (P3DI)
SEKRETARIAT JENDERAL DPR RI
2009

ANALISIS TERHADAP PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI

Penyunting :
Dr. Taufiqurrohman Syahuri, S.H., M. H.



ANALISIS TERHADAP PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI

Dicetak oleh :
CV. Aghrino Abadi

Hak Cipta dilindungi undang-undang

**ANALISIS TERHADAP
PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI**
Jakarta, P3DI Setjen DPR - RI, November 2009
xiii, 218 hal. 17 x 24 cm
ISBN : 978 - 979 - 9052 - 51 - 3

ANALISIS TERHADAP PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI

Bagian Pertama:
**Sudut Pandang Hukum Tata Negara/
Hukum Konstitusi**

Buku Kesatu:
Analisis Hukum terhadap Pertimbangan Hukum
Mahkamah Konstitusi dalam Memberikan Putusan
tentang Anggaran Pendidikan dalam UU APBN
(Ronny Sautma Hotma Bako)

Buku Kedua:
Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi terhadap
Pengujian Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008
tentang Pemilihan Umum
Anggota DPR, DPD, dan DPRD
(Novianto M. Hantoro)

Bagian Kedua:
Sudut Pandang Hukum Ekonomi

Buku Kesatu:
Analisis Implikasi Yuridis Putusan Mahkamah Konstitusi
Pengujian terhadap UU No. 22 Tahun 2001
tentang Minyak dan Gas Bumi
(Inosentius Samsul)

Buku Kedua:
Konstitusionalitas Bersyarat dan Implikasinya:
Analisis mengenai Putusan Mahkamah Konstitusi
terhadap Pengujian
Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004
tentang Sumber Daya Air
(Sulasi Rongiyati)

Buku Ketiga:

Implikasi Yuridis Putusan Mahkamah Konstitusi atas
Pengujian UU No. 40 Tahun 2004
tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional
(Dian Cahyaningrum)

Bagian Ketiga:

Sudut Pandang Hukum Pidana

Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi terhadap
Pengujian Pasal 53 UU No. 30 Tahun 2002
tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi
mengenai Pembentukan Pengadilan Tindak Pidana Korupsi
(Puteri Hikmawati)

Bagian Keempat:

Sudut Pandang Hukum Internasional

Putusan Mahkamah Konstitusi tentang Uji Materi
terhadap Pidana Mati dalam UU No. 22 Tahun 1997
tentang Narkotika:
Perspektif Hukum Internasional tentang Hak Asasi Manusia
(Novianti)

PENYUNTING:

DR. Taufiqurrohman Syahuri, S.H., M.H.
(Staf Ahli Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia
Tahun 2003-2007)

**PUSAT PENGKAJIAN PENGOLAHAN DATA DAN INFORMASI
SEKRETARIAT JENDERAL DPR RI**

JAKARTA

2009

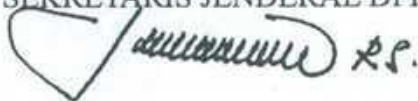
KATA PENGANTAR

Puji syukur kita panjatkan kehadiran Allah SWT., yang atas perkenanNya, para peneliti bidang hukum Pusat Pengkajian Pengolahan Data dan Informasi (P3DI) Setjen DPR RI dapat menyelesaikan tulisan ilmiahnya. Oleh karena itu, saya menyambut baik diterbitkannya buku tentang “Analisis terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi”, yang merupakan hasil analisis dari beberapa putusan Mahkamah Konstitusi, yang merupakan lembaga negara baru yang terbentuk pasca perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Putusan Mahkamah Konstitusi membawa pengaruh yang besar bagi pembangunan hukum nasional.

Analisis terhadap beberapa putusan Mahkamah Konstitusi yang ditulis dalam buku ini merupakan hasil pemikiran ilmiah atau akademis dari berbagai aspek hukum, meliputi aspek hukum tata negara/hukum konstitusi, hukum ekonomi, hukum pidana, dan hukum internasional. Hal ini dimaksudkan sebagai pengembangan keahlian diri dan karir masing-masing peneliti. Di samping itu, buku ini diharapkan dapat bermanfaat bagi Anggota Dewan pada khususnya dalam melaksanakan fungsi legislasi atau pembentukan undang-undang, terkait dengan masalah konstiusionalitas suatu rumusan, dan masyarakat pada umumnya untuk dapat memahami lebih jauh berbagai aspek hukum dan implikasi dari putusan-putusan Mahkamah Konstitusi.

Akhir kata, saya mengucapkan terima kasih kepada para peneliti bidang hukum yang telah berupaya menuangkan pemikirannya dalam buku ini dan mendorong agar di masa mendatang dapat menghasilkan buku-buku lain.

Jakarta, November 2009
SEKRETARIS JENDERAL DPR RI,



Dra. Hj. NINING INDRA SHALEH, MSi.

Pengantar Penyunting

DR. Taufiqurrohman Syahuri, S.H., M.H.

(Staf Ahli Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Tahun 2003 - 2007)

Salah satu substansi penting hasil amandemen UUD 1945 adalah keberadaan Mahkamah Konstitusi (MK) sebagai lembaga yang berfungsi sebagai pengawal konstitusi (*the guardian of the constitution*). Keberadaan MK sekaligus untuk menjaga terselenggaranya pemerintahan negara yang stabil dan juga merupakan koreksi terhadap pengalaman kehidupan ketatanegaraan di masa lalu yang ditimbulkan oleh tafsir ganda terhadap konstitusi. Sebagai pengawal konstitusi, MK memiliki empat kewenangan dan satu kewajiban. Kewenangan tersebut yaitu: (1) menguji undang-undang terhadap UUD (*judicial review*); (2) memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD (*disputes regarding state institution's authority*); (3) memutus pembubaran partai politik (*political party's dissolution*); dan (4) memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum (*disputes regarding general election's result*). Sedangkan kewajibannya adalah memberikan putusan atas pendapat DPR mengenai dugaan atas pelanggaran Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut UUD.

Implementasi kewenangan MK telah tertuang dalam berbagai putusan MK, terutama yang terkait dengan pengujian undang-undang, sengketa kewenangan lembaga negara, dan sengketa hasil pemilu. Di antara putusan MK tersebut terdapat beberapa putusan MK yang mendapat sorotan luas di masyarakat karena dinilai kontroversial. Putusan kontroversial terjadi dalam perkara-perkara yang terkait dengan asas *ultra petita*, *conditionally unconstitutionally*, pembatalan undang-undang yang diberi batas waktu, pencabutan hak dipilih peserta pemilu kepala daerah, serta Putusan MK yang langsung mengatur persyaratan KTP dan Kartu Keluarga sebagai bukti bagi pemilih dalam pemilu presiden. Buku yang berjudul "**Analisis terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi**" ini mengupas beberapa putusan MK ditinjau dari beberapa sudut pandang bidang hukum yaitu: hukum tata negara/hukum konstitusi, hukum ekonomi, hukum pidana, dan hukum internasional.

Tulisan pertama dan kedua merupakan analisis putusan MK dilihat dari perspektif hukum tata negara/hukum konstitusi.

Ronny Sautma Hotma Bako menulis **"Analisis Hukum terhadap Pertimbangan Hukum Mahkamah Konstitusi dalam Memberikan Putusan tentang Anggaran Pendidikan dalam UU APBN"**. Dalam sejumlah putusan, MK mengakui bahwa selama anggaran pendidikan belum mencapai persentase 20% sebagaimana ditentukan dalam Pasal 31 ayat (4) UUD Tahun 1945, maka UU APBN akan selalu bertentangan dengan UUD Tahun 1945. Namun dalam implementasinya, MK akan mempertimbangkan akibat hukumnya secara tersendiri melalui penilaian yang seksama terhadap keseluruhan kondisi ekonomi nasional dan global maupun dasar pilihan kebijakan yang dilakukan oleh Pemerintah dan DPR pada tahun anggaran yang bersangkutan. Dalam kasus pengujian UU terhadap UUD Tahun 1945, mulai dikenal pendapat hukum yang berbeda dan alasan hukum yang berbeda yang dilakukan oleh sejumlah para hakim konstitusi. Adanya pendapat hukum yang berbeda dalam amar putusan juga diatur dalam UU No. 24 Tahun 2003, tetapi mengenai alasan hukum yang berbeda tidak dikenal dalam UU No. 24 Tahun 2003.

Tulisan kedua **"Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi terhadap Pengujian Undang-Undang No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD"**, ditulis oleh Novianto Murti Hantoro. Putusan MK terhadap permohonan pengujian Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD telah memunculkan adanya kewenangan baru atau preseden dalam hukum beracara di MK, antara lain: MK dapat menguji ketiadaan norma dalam undang-undang dan MK dapat menafsirkan rumusan pasal dalam undang-undang. Jadi kewenangan MK tidak lagi hanya sebatas menyatakan suatu undang-undang atau bagian dari undang-undang bertentangan dengan undang-undang dasar. Dalam konteks Undang-Undang Pemilu, apa yang dilakukan oleh MK tersebut relatif tidak dikeluhkan oleh masyarakat, bahkan MK dianggap telah memberikan jalan tengah atau kepastian hukum atas multitafsir rumusan dalam undang-undang. Namun hal ini bukan berarti membiarkan MK selalu berinovasi, sementara kekurangan-kekurangan di tempat lain tidak dibenahi. Apabila tidak, maka mekanisme *checks and balances* antarlembaga tidak akan terwujud.

Selanjutnya buku ini memuat tiga tulisan mengenai putusan MK yang dianalisis dari perspektif hukum ekonomi. Inosentius Samsul

menulis “**Analisis Implikasi Yuridis Putusan Mahkamah Konstitusi Pengujian Terhadap UU No. 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi**”. Analisis penulis terhadap putusan ini adalah mengenai implikasi dan dampak dari putusan MK tersebut, sebagai berikut: *Pertama*, Putusan Mahkamah Konstitusi belum secara tuntas memberikan jawaban atau solusi terhadap regim pengelolaan Minyak dan Gas Bumi di Indonesia. Pemerintah dan DPR masih berbeda pandangan terhadap makna dari putusan MK. *Kedua*, isi Putusan MK dalam pengujian terhadap UU No. 22 Tahun 2001 ada yang tidak memiliki makna yang signifikan, namun ada yang sangat signifikan, misalnya pembatalan terhadap Pasal 28 ayat (2) UU No. 22 Tahun 2001 dan penolakan terhadap permohonan DPR untuk mencabut Pasal 11 ayat (2) UU No. 22 Tahun 2001. *Ketiga*, karena arena putusan MK akan ditindaklanjuti dengan *legislative review* oleh Pemerintah dan DPR, maka tidaklah mudah untuk mencari titik temu dan menyamakan persepsi dalam UU baru yang akan menggantikan UU No. 22 Tahun 2001. Kesulitan untuk mencapai titik temu, karena perbedaan cara pandang terhadap beberapa masalah penting misalnya mengenai penguasaan oleh negara apakah oleh Pemerintah sebagai eksekutif saja atau bersama-sama dengan DPR. Demikian pula soal konsep mekanisme berdasarkan persaingan usaha yang sehat, apakah konsep tersebut berarti liberalisasi ataupun terdapat intervensi negara di dalamnya.

Tulisan berikutnya mengenai **Konstitusionalitas Bersyarat dan Implikasinya: Analisis Atas Putusan MK Terhadap Pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 Tentang Sumber Daya Air** ditulis oleh Sulasi Rongiyati. Putusan konstitusional bersyarat pada dasarnya bukan jenis putusan yang ditentukan secara limitatif dalam UU MK, namun dalam upaya memberikan putusan yang memenuhi rasa keadilan MK menggunakan prinsip kebebasan hakim dalam memutus perkara yang didasarkan pada keyakinan hakim dan alat bukti yang tersedia. Dalam kasus UU SDA, MK berpendapat perkara yang diperiksa baik secara formil maupun materiil tidak bertentangan dengan konstitusi, namun ada potensi implementasi undang-undang tersebut bertentangan dengan apa yang ditafsirkan oleh MK sehingga terhadap UU SDA tidak dapat diputus dengan jenis putusan tidak diterima, mengabulkan, atau menerima seperti diatur dalam ketentuan Pasal 56 UU MK. UU SDA dinyatakan konstitusional sepanjang pelaksanaannya

mengacu pada tafsir MK sebagaimana tertuang dalam pertimbangan putusan MK. Dalam perjalanannya, implementasi UU SDA melalui beberapa Peraturan Pemerintah yang sudah terbentuk sebagai peraturan pelaksana UU SDA belum sepenuhnya mencerminkan tafsir MK atas UU SDA sehingga sesuai dengan sifat putusan konstitusional bersyarat maka terhadap UU SDA dapat diajukan pengujian kembali (*rejudicial review*).

Dian Cahyaningrum dalam tulisannya **“Implikasi Yuridis Putusan Mahkamah Konstitusi atas Pengujian UU No. 40 Tahun 2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional”** menggarisbawahi jaminan sosial sebagai hak asasi manusia yang diakui dan dijamin baik dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia maupun dalam UUD 1945. UU No. 40 Tahun 2004 dianggap telah menutup peluang daerah untuk menyelenggarakan jaminan sosial, dan karenanya Pasal 5 ayat (1), ayat (3), dan ayat (4), serta Pasal 52 UU No. 40 Tahun 2004 diajukan permohonan pengujian (*judicial review*) ke MK. Berdasarkan pada berbagai pertimbangan, MK mengabulkan permohonan Pemohon untuk sebagian. Pasal 5 ayat (2), ayat (3), dan ayat (4) UU No. 40 Tahun 2004 dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945, dan karenanya ketentuan tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Dengan adanya keputusan MK, maka di tingkat pusat badan penyelenggara dibentuk dengan UU dan di tingkat daerah dibentuk dengan Pemda. Terkait dengan keputusan tersebut maka perlu ada pemikiran apakah 4 BUMN badan penyelenggara perlu dilebur menjadi satu badan penyelenggara ataukah tetap berdiri sendiri-sendiri. Selain itu juga perlu dipikirkan apa bentuk badan hukum yang tepat dari badan penyelenggara jaminan sosial mengingat bentuk badan hukum BUMN dianggap kurang tepat dan tidak sesuai dengan rasa keadilan

Selanjutnya dari perspektif hukum pidana, Puteri Hikmawati dalam tulisan yang berjudul **“Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi terhadap Pengujian Pasal 53 Undang-Undang No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi mengenai Pembentukan Pengadilan Tindak Pidana Korupsi”** menganalisis dasar pertimbangan Hakim Konstitusi dalam menetapkan putusan terhadap permohonan pengujian Pasal 53 UU KPK terhadap UUD Tahun 1945 dan bagaimana seharusnya putusan tersebut dikaitkan dengan

sistem peradilan pidana di Indonesia. MK memutuskan bahwa Pasal 53 UU KPK bertentangan dengan UUD Tahun 1945 dan memberikan tenggang waktu kepada Pembentuk UU untuk membuat UU tersendiri tentang Pengadilan Tindak Pidana Korupsi. Adapun dasar pertimbangan yang diberikan oleh MK karena adanya standar ganda peradilan korupsi antara peradilan umum yang dilakukan oleh Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tipikor. Putusan MK telah ditindaklanjuti dengan pembentukan UU tentang Pengadilan Tindak Pidana Korupsi. Namun, dualisme proses penanganan perkara masih terjadi dalam proses penyidikan dan penuntutan, sehingga menimbulkan ketidakadilan. Penulis menggambarkan hal itu dalam tulisannya.

Tulisan terakhir dalam perspektif hukum internasional berjudul **"Putusan Mahkamah Konstitusi tentang Uji Materiil Terhadap Pidana Mati dalam UU No. 22 Tahun 1997 tentang Narkotika: Perspektif Hukum Internasional Hak Azasi Manusia"** ditulis oleh Novianti. Hak hidup bersifat tidak mutlak mendasarkan pada argumen bahwa instrumen internasional memuat pula ketidakmutlakan hak hidup di antaranya Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik yang memuat ketentuan tentang pelaksanaan hukuman mati namun dengan pembatasan-pembatasan tertentu. Dengan demikian, pemberlakuan hukuman mati terhadap kejahatan narkotika tidak menyalahi ketentuan pembatasan dalam Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik mengenai pemberlakuan hukuman mati yang diperuntukkan hanya pada kejahatan yang paling serius (*the most serious crimes*). MK berpendapat bahwa frasa 'kejahatan yang paling serius' haruslah dibaca dengan frasa berikutnya "sesuai dengan hukum yang berlaku pada saat kejahatan dilakukan (*in accordance with the law in force at the time of the commission of the crime*)". Dengan mendasarkan pada ketentuan konvensi bahwa kejahatan narkotika yang dinyatakan sebagai kejahatan yang sangat serius (*particularly serious*) dalam konvensi tersebut dapat 'disetarakan' dengan kejahatan yang paling serius (*the most serious crimes*) menurut ketentuan Pasal 6 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik.

Dari berbagai tulisan tersebut terlihat bahwa telah terjadi perkembangan hukum ketatanegaraan di Indonesia. MK nampaknya menyadari benar bahwa ia tidak boleh hanya terpaku pada bunyi formal

ketentuan peraturan perundang-undangan, namun ingin melihat dari keadilan substantif sehingga MK lebih memosisikan dirinya sebagai penjaga konstitusi. Sebagai penafsir konstitusi, MK dapat memberikan catatan-catatan penting pada undang-undang sebagai tafsir norma hukum agar sesuai dengan jiwa konstitusi. Diharapkan buku ini akan memperkaya pengetahuan khalayak mengenai pelaksanaan kewenangan MK dengan berbagai terobosan yang telah dilakukannya, sebagai upaya menegakkan konstitusi.



DR. Taufiqurrohman Syahuri, S.H., M.H.

DAFTAR ISI

| | |
|---|-----|
| Kata Pengantar Sekretaris Jenderal DPR RI | iii |
| Pengantar Penyunting (DR. Taufiqurrohman Syahuri, S.H., M.H). | v |
| Daftar Isi | xi |

Bagian Pertama: Sudut Pandang Hukum Tata Negara/

Hukum Konstitusi

| | |
|--|----|
| Buku Kesatu : Analisis Hukum terhadap Pertimbangan Hukum Mahkamah Konstitusi dalam Memberikan Putusan tentang Anggaran Pendidikan dalam UU APBN (Ronny Sautma Hotma Bako) | |
| BAB I Pendahuluan | 1 |
| BAB II Kerangka Pemikiran | 4 |
| BAB III Analisis Hukum terhadap Pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam Memberikan Putusan | 15 |
| BAB IV Penutup | 27 |
| Daftar Pustaka | 29 |
| Buku Kedua : Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi terhadap Pengujian Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 Tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD (Novianto M. Hantoro) | |
| BAB I Pendahuluan | 33 |
| BAB II Kerangka Pemikiran | 36 |
| BAB III Analisis | 40 |
| BAB IV Penutup | 71 |
| Daftar Pustaka | 74 |

Bagian Kedua : Sudut Pandang Hukum Ekonomi

Buku Kesatu : Analisis Implikasi Yuridis Putusan Mahkamah Konstitusi Pengujian terhadap UU No. 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi (Inosentius Samsul)

| | | |
|----------------------|---|-----|
| BAB I | Pendahuluan | 77 |
| BAB II | Gambaran Umum Pengaturan Pengelolaan Minyak Dan Gas Bumi Dalam UU No. 22 Tahun 2001 ... | 83 |
| BAB III | Pengujian terhadap Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 | 94 |
| BAB IV | Kesimpulan | 105 |
| Daftar Pustaka | | 106 |

Buku Kedua : Konstitusionalitas Bersyarat dan Implikasinya: Analisis mengenai Putusan Mahkamah Konstitusi terhadap Pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 Tentang Sumber Daya Air (Sulasi Rongiyati)

| | | |
|----------------------|--------------------------|-----|
| BAB I | Pendahuluan | 107 |
| BAB II | Kerangka Pemikiran | 109 |
| BAB III | Analisis | 114 |
| BAB IV | Penutup | 135 |
| Daftar Pustaka | | 136 |

Buku Ketiga : Implikasi Yuridis Putusan Mahkamah Konstitusi atas Pengujian Undang-Undang No. 40 Tahun 2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional (Dian Cahyaningrum)

| | | |
|----------------------|--------------------------|-----|
| BAB I | Pendahuluan | 139 |
| BAB II | Kerangka Pemikiran | 142 |
| BAB III | Analisis | 148 |
| BAB IV | Penutup | 168 |
| Daftar Pustaka | | 171 |

Bagian Ketiga: Sudut Pandang Hukum Pidana

Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi terhadap
Pengujian Pasal 53 UU No. 30 Tahun 2002
tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi
mengenai Pembentukan Pengadilan Tindak Pidana Korupsi
(Puteri Hikmawati)

| | | |
|----------------------|--------------------------|-----|
| BAB I | Pendahuluan | 173 |
| BAB II | Kerangka Pemikiran | 175 |
| BAB III | Analisis | 179 |
| BAB IV | Penutup | 190 |
| Daftar Pustaka | | 192 |

Bagian Keempat: Sudut Pandang Hukum Internasional

Putusan Mahkamah Konstitusi tentang Uji Materi
terhadap Pidana Mati dalam UU No. 22 Tahun 1997
tentang Narkotika:
Perspektif Hukum Internasional tentang Hak Asasi Manusia
(Novianti)

| | | |
|-------------------------------|---|-----|
| BAB I | Pendahuluan | 195 |
| BAB II | Kerangka Pemikiran | 198 |
| BAB III | Analisis Putusan MK tentang Uji Materi Hukuman Mati dalam UU No. 22 Tahun 1997 tentang Narkotika dari Aspek Hukum Internasional | 201 |
| BAB IV | Penutup | 212 |
| Daftar Pustaka | | 214 |
| Sekilas Tentang Penulis | | 215 |

Bagian Pertama:
**Sudut Pandang Hukum Tata Negara/
Hukum Konstitusi**

Buku Kesatu:
**ANALISIS HUKUM TERHADAP
PERTIMBANGAN HUKUM
MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM MEMBERIKAN
PUTUSAN TENTANG
ANGGARAN PENDIDIKAN DALAM UU APBN**

Ronny Sautma Hotma Bako*

* Peneliti Utama Bidang Hukum Konsentrasi Hukum Konstitusi pada P3DI Setjen DPR-RI dan Staf Pengajar pada Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan.

BAB I

PENDAHULUAN

UUD Negara RI Tahun 1945 (selanjutnya disebut UUD Tahun 1945) pada Pasal 31 ayat (1) menyatakan “*setiap warga negara berhak mendapat pendidikan*”, sedangkan pada ayat (2) dalam pasal yang sama menyatakan “*setiap warga negara wajib mengikuti pendidikan dan pemerintah wajib membiayainya*”. Dengan demikian menurut UUD Tahun 1945, di satu pihak pendidikan merupakan hak dari setiap warga negara, dan di pihak lain merupakan kewajiban negara untuk memenuhi hak dimaksud terlebih lagi karena negara mewajibkan setiap warga negara untuk mengikuti pendidikan dan mewajibkan setiap warga negara untuk mengikuti pendidikan dan mewajibkan pemerintah untuk membiayainya.

Sementara itu aturan normatif yang terkandung dalam UUD Tahun 1945 juga membuat beberapa tonggak baru dalam sistem ketatanegaraan di Indonesia. Adapun tonggak baru dimaksud antara lain dibentuknya suatu lembaga negara yaitu Mahkamah Konstitusi (MK), yang kemudian lembaga MK diatur dalam UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Tonggak baru lainnya yang diamanatkan dalam UUD Tahun 1945 terdapat dalam Pasal 31 ayat (4) yang berbunyi “*Negara memprioritaskan anggaran pendidikan sekurang-kurangnya dua puluh persen dari anggaran pendapatan dan belanja negara serta anggaran pendapatan dan belanja daerah untuk memenuhi kebutuhan penyelenggaraan pendidikan nasional*”.

Kaitan erat antara lembaga negara MK dengan kewajiban anggaran pendidikan 20% dalam APBN dan APBD saling berkaitan. Keterkaitan antara dua hal ini dimungkinkan karena *pertama*, MK mempunyai beberapa kewenangan dan salah satu kewenangannya adalah menguji UU terhadap UUD Tahun 1945, dan *kedua*, adanya amanat UUD Tahun 1945 tentang anggaran pendidikan sebesar 20% dalam UU APBN, menunjukkan keterkaitan tersebut, apalagi sejak UUD Tahun 1945 diundangkan, ternyata Pemerintah dan DPR belum berhasil mengalokasikan anggaran pendidikan sebesar 20% dalam UU APBN. Hal inilah yang membuat UU APBN pasca tahun 2005 dilakukan pengujiannya oleh Pemohon.

Oleh sebab itu wajar kalau ada sejumlah masyarakat atau kelompok masyarakat merasa dirugikan hak konstitusionalnya karena UU APBN belum bisa mengalokasikan anggaran pendidikan sebesar 20% dalam UU APBN. Berdasarkan hal ini menunjukkan hak konstitusional Pemohon untuk memperoleh jaminan diterapkannya Pasal 31 UUD Tahun 1945. Sikap masyarakat yang merasa hak konstitusionalnya dirugikan dengan diundangkannya UU APBN, tidak dapat dipersalahkan begitu saja. Justru kita harus bisa mengapresiasi sikap masyarakat tersebut yang memandang bahwa negara dalam hal ini Pemerintah dan DPR belum dapat mengalokasikan anggaran pendidikan sebesar 20% dalam UU APBN. Selain itu dalam sistem hukum yang ada, sikap masyarakat tersebut juga didukung secara sistem, baik pengaturan dalam UUD Tahun 1945 maupun dalam UU No. 24 Tahun 2003. Oleh sebab itu wajar saja kegiatan pengujian UU APBN di MK sebagai suatu tindakan yang mencerminkan sikap sadar hukum dari masyarakat tersebut.

Berdasarkan sudut pandang hak asasi manusia, hak untuk mendapatkan pendidikan termasuk dalam hak asasi di luar hak sipil dan politik dan termasuk dalam hak sosial, ekonomi, dan budaya. Kewajiban negara untuk menghormati (*to respect*) dan memenuhi (*to fulfil*), hak sosial, ekonomi, politik merupakan kewajiban atas hasil (*obligation result*) dan bukan merupakan kewajiban untuk bertindak (*obligation to conduct*) sebagaimana pada hak sipil dan politik. Kewajiban negara dalam arti *obligation to result* telah dipenuhi apabila Negara dengan itikad baik telah memanfaatkan sumber daya maksimal yang tersedia (*maximum available resources*) dan telah melakukan realisasi progresif (*progressive to realization*)¹.

Ketertarikan penulis atas putusan MK terhadap pengujian UU yang berhubungan dengan APBN, karena dalam sejumlah putusan MK, MK mengakui bahwa selama anggaran pendidikan belum mencapai persentase 20% sebagaimana ditentukan dalam Pasal 31 ayat (4) UUD Tahun 1945, maka UU APBN akan selalu bertentangan dengan UUD Tahun 1945. Namun dalam implementasinya, MK akan mempertimbangkan akibat hukumnya secara tersendiri melalui penilaian yang seksama terhadap keseluruhan kondisi ekonomi nasional dan global maupun dasar pilihan kebijakan yang dilakukan oleh Pemerintah dan DPR pada tahun anggaran yang bersangkutan.

¹ Putusan MK No 26/PUU-III/2005, hal. 64.

Adapun alasan penulis memfokuskan pada dasar pertimbangan putusan MK, mengingat bahwa secara sistem hukum, hal yang berhubungan dengan proses pengajuan pengujian UU terhadap UUD Tahun 1945 telah diatur baik dalam UU No. 24 Tahun 2003 ataupun hukum acara yang mengatur tentang pengujian UU tersebut. Jadi secara prosedural, semua calon Pemohon tinggal mengikuti prosedur yang telah ditetapkan dalam hal pengujian suatu UU terhadap UUD Tahun 1945.

Selain itu yang membuat ketertarikan penulis menganalisis dasar pertimbangan putusan ini, ada hipotesa sementara dari penulis, bahwa terjadi ketidakkonsistenan para hakim dalam melihat permasalahan hukum yang melingkupi kasus-kasus pengujian UU terhadap UUD Tahun 1945. Di sisi lain ketidakkonsistenan para hakim sebenarnya tidak dapat dipersalahkan begitu saja kepada para hakim, mengingat secara dogmatik hukum tugas hakim adalah melakukan pencarian hukum (*rechtfinding*). Sehingga dasar pertimbangan putusan para hakim hanya sebatas kepada hal yang dimohonkan dalam hal pengujian UU terhadap UUD Tahun 1945. Penulis juga melihat justru dalam kasus pengujian UU terhadap UUD Tahun 1945, mulai dikenal pendapat hukum yang berbeda dan alasan hukum yang berbeda yang dilakukan oleh sejumlah para hakim konstitusi. Adanya pendapat hukum yang berbeda dalam amar putusan juga diatur dalam UU No. 24 Tahun 2003, tetapi mengenai alasan hukum yang berbeda tidak dikenal dalam UU No. 24 Tahun 2003. Mungkin, ketika hakim konstitusi memberikan alasan berbeda dari suatu amar putusan, hal ini dikaitkan dengan sikap *rechtfinding* dari seorang hakim konstitusi, sehingga wajar saja dalam sejumlah kasus pengujian UU terhadap UUD Tahun 1945, kita bisa membaca adanya alasan berbeda dari sejumlah hakim konstitusi, termasuk dalam kasus pengujian UU terhadap UUD Tahun 1945.

BAB II

KERANGKA PEMIKIRAN

Asas hukum merupakan tiang utama bagi setiap pembentuk undang-undang untuk membentuk suatu Undang-undang. Menurut Satjipto Rahardjo, asas hukum dapat diartikan sebagai suatu hal yang dianggap oleh masyarakat hukum yang bersangkutan sebagai *basic truth* atau kebenaran asasi, sebab melalui asas-asas hukum itulah pertimbangan etis dan sosial masyarakat masuk ke dalam hukum. Dengan demikian asas hukum ini menjadi semacam sumber untuk menghidupi tata hukumnya dengan nilai-nilai etis, moral dan sosial masyarakatnya². Betapa pentingnya asas hukum dalam pembentukan suatu Undang-Undang menurut Satjipto Rahardjo, asas hukum diibaratkan sebagai jantung tata hukum yang memompakan darah ke sekujur tubuh tatanan tersebut. Asas hukumlah yang dapat merubah kualitas tata hukum sebagai bangunan peraturan yang tersusun secara logis rasional menjadi suatu bangunan hukum yang juga berkualitas etis, moral dan sosial³. Asas hukum merupakan landasan yang paling luas bagi lahirnya suatu peraturan hukum. Ini berarti bahwa peraturan-peraturan hukum pada akhirnya bisa dikembalikan kepada asas-asas tersebut⁴.

Dukungan terhadap pentingnya suatu asas hukum dalam pembentukan suatu Undang-undang dikemukakan oleh Niewenhuis yang mengatakan bahwa asas-asas hukum saling membentuk suatu sistem *checks and balances*. Asas hukum seringkali menunjuk ke arah yang berlawanan. Tetapi yang dalam hal peraturan hukum merupakan suatu larangan, justru merupakan hikmah bagi asas-asas hukum itu (menunjuk ke arah yang saling berlawanan), maka mereka saling mengendalikan dan dengan demikian memelihara keseimbangan⁵.

² Satjipto Rahardjo, "Peranan dan Kedudukan Asas-asas Hukum Dalam Kerangka Hukum Nasional (Pembahasan Terhadap Makalah Sunaryati Hartono)", Seminar dan Lokakarya Ketentuan Umum Peraturan Perundang-undangan, Jakarta 19-20 Oktober 1988.

³ *Ibid.*

⁴ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Alumni Bandung, 1986. hal.85.

⁵ Sunaryati Hartono, "Asas-asas Hukum Pembentukan Peraturan Perundang-undangan", Seminar dan Lokakarya Ketentuan Umum Peraturan Perundang-undangan, Jakarta 19-20 Oktober 1988.

Asas hukum juga mengandung tuntutan etis, maka asas merupakan jembatan antara peraturan-peraturan hukum dengan cita-cita sosial dan pandangan etis masyarakatnya. Melalui asas hukum, peraturan-peraturan hukum berubah sifatnya menjadi bagian dari suatu tatanan etis⁶.

Berdasarkan pendapat para pakar tentang perlunya asas-asas hukum dalam pembentukan hukum, maka dapat ditarik benang merah bahwa asas hukum dalam suatu Undang-undang akan memberikan pengarahan terhadap perilaku manusia di dalam masyarakat terhadap peristiwa-peristiwa yang tidak/belum diatur di dalam pergaulan masyarakat.

Hal yang juga perlu diperhatikan tentang asas hukum ini, bahwa asas-asas hukum dalam pembentukan suatu undang-undang tidak hanya mempengaruhi sistem hukum positif Indonesia, tapi asas-asas hukum bahkan akan menciptakan suatu sistem dalam hukum nasional. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa tanpa adanya asas-asas hukum, maka tidak akan mungkin akan tercipta suatu sistem hukum.

Menurut Padmo Wahjono⁷, asas hukum terdiri atas 1) Asas pembentukan peraturan perundang-undangan dan 2) Asas materi hukum. Menurut asas pembentukan peraturan perundang-undangan, bahwa dalam membentuk peraturan perundang-undangan wajib didasarkan pada asas pembentukan peraturan perundang-undangan sebagai berikut:

- a. Pengayoman dan perdamaian;
- b. Perikemanusiaan yang bertaqwa kepada Tuhan Yang Maha Esa;
- c. Keadilan yang merata;
- d. Keseimbangan, keserasian dan keselarasan;
- e. Ketertiban dan kepastian hukum;
- f. Kenusantaraaan atau unifikasi;
- g. Interdependensi nasional atau gotong royong

⁶ *Log cit*, hal 85.

⁷ Padmo Wahjono, "Rancangan Undang-Undang tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Peraturan Perundang-undangan", Proyek Pusat Perencanaan Hukum dan Kodifikasi BPHN Departemen Kehakiman RI, 1985, hal..6.

Sedangkan asas materi hukum, dapat digolongkan atas:

- a. asas hukum penyelenggaraan kehidupan negara harus berdasarkan pada asas Negara Hukum Pancasila dengan unsur-unsur:
 - 1) bersumber pada Pancasila;
 - 2) berdasar atas hukum;
 - 3) semua warganegara bersamaan kedudukannya dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan tanpa kecuali;
 - 4) berdasar atas sistem konstitusional;
 - 5) kekuasaan kehakiman yang terlepas dari pengaruh kekuasaan pemerintahan dan kekuasaan lainnya.
- b. asas hukum penyelenggaraan kesejahteraan sosial harus didasarkan kepada:
 - 1) ketertiban dan kepastian hukum dalam pemerintahan;
 - 2) perencanaan dalam pembangunan;
 - 3) pertanggungjawaban baik oleh para pejabat maupun oleh pemerintah;
 - 4) pengabdian pada kepentingan masyarakat;
 - 5) pengendalian yang meliputi kegiatan pengawasan, pemeriksaan, penelitian dan penganalisaan;
 - 6) keadilan tata usaha/administrasi negara;
 - 7) kekeluargaan dalam tata perekonomian; dan
 - 8) untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.
- c. asas hukum keuangan negara terdiri dari:
 - 1) legalitas perbendaharaan;
 - 2) kelembagaan konstitusional;
 - 3) perhitungan anggaran.
- d. asas hukum pidana, terdiri dari:
 - 1) asas hukum tertulis dan dikodifikasikan dengan mengusahakan seminimal mungkin pidana di luar kodifikasi;

- 2) asas unifikasi/wawasan nusantara;
 - 3) perbuatan yang dilarang harus didasarkan pada:
 - a) legalitas;
 - b) kesalahan;
 - c) keseimbangan dan perikemanusiaan serta memasyarakatkan dalam pemidanaan.
 - 2) pada dasarnya hanya undang-undang yang dapat memuat ketentuan pidana;
 - 3) peraturan pemerintah dapat memuat ketentuan pidana apabila:
 - a) berdasarkan pendelegasian oleh undang-undang;
 - b) tidak berdasarkan pendelegasian, tetapi tidak boleh melebihi ketentuan dalam undang-undang;
 - c) undang-undang tidak mengatur ketentuan pidana, Peraturan Pemerintah dapat mengatur ketentuan pidana maksimum 1 (satu) tahun penjara dan/atau denda sepuluh juta rupiah.
- e. asas hukum perdata, terdiri dari:
- 1) asas keseragaman dalam hukum perdata nasional;
 - 2) asas konsensualisme dalam hukum Perikatan;
 - 3) asas terbuka dan kebebasan dalam berkontrak;
 - 4) asas horizontal dalam hukum benda;
 - 5) asas itikad baik dalam pelaksanaan perjanjian.
- f. asas hukum perdata Internasional, terdiri dari:
- 1) asas nasionalitas atau prinsip domisili untuk status personil.
 - 2) asas manfaat bagi warganegara Indonesia dalam hukum perdata Internasional di bidang hukum keluarga, hukum benda dan hukum perikatan;
 - 3) asas wawasan nusantara dalam hal hukum laut;
 - 4) asas kepentingan hukum nasional dalam hukum angkasa;
 - 5) asas keselarasan dengan kepentingan nasional dan keselarasan dalam hal Penanaman Modal Asing.

Menurut penulis⁸, asas hukum yang dapat diklasifikasikan berdasarkan: 1) asas hukum terhadap pembentukan peraturan perundang-undangan; dan 2) asas hukum terhadap materi muatan.

Menurut asas hukum terhadap pembentukan peraturan perundang-undangan, pembentukan peraturan perundang-undangan dibagi lagi atas:

- a) Undang-Undang yang bersifat khusus mengesampingkan Undang-undang yang bersifat umum. UU yang bersifat umum adalah UU yang mengatur persoalan-persoalan pokok secara umum dan berlaku secara umum pula. UU yang bersifat khusus adalah UU yang mengatur persoalan-persoalan pokok, tetapi mengaturnya secara khusus. UU yang bersifat khusus bisa terjadi karena sifat hakekat dari masalah atau persoalannya sendiri, atau bisa juga karena adanya kepentingan yang hendak diatur mempunyai nilai intrinsik yang khusus, sehingga perlu pengaturan secara khusus.
- b) Undang-undang tidak dapat berlaku surut. Asas undang-undang tidak berlaku surut berkaitan dengan lingkungan kuasa waktu yaitu yang menunjukkan sejak kapan dan sampai kapan berlakunya sesuatu ketentuan hukum atau perundang-undangan. Ketentuan asas ini dapat dikecualikan untuk hal-hal yang secara khusus berdasarkan kepada ketentuan-ketentuan UU pula.
- c) Undang-Undang baru mengesampingkan ketentuan undang-undang lama. Asas UU baru mengesampingkan ketentuan yang diatur dalam UU yang lama bisa dilakukan apabila ada sesuatu masalah yang diatur dalam suatu UU yang lama, telah diatur dalam UU yang baru, dan otomatis yang berlaku adalah UU yang baru tersebut. Asas ini dikecualikan untuk hal-hal yang khusus berdasarkan kepada ketentuan-ketentuan UU pula (lihat KUHP Pasal 1 ayat (2)).

Menurut asas hukum terhadap materi muatan dapat digolongkan menjadi:

- a) Asas tingkatan hirarkhi, yang terdiri atas:
 - 1) Perundang-undangan yang rendah tingkatnya tidak dapat mengubah atau mengesampingkan ketentuan-ketentuan perundang-undangan yang lebih tinggi tingkatnya.

⁸ Ronny Sautma Hotma Bako, *Pengantar Pembentukan Undang-Undang Republik Indonesia*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1991, hal.61.

- 2) Perundang-undangan hanya dapat dicabut, diubah atau ditambah oleh atau dengan perundang-undangan yang sederajat atau yang lebih tinggi tingkatnya.
 - 3) Ketentuan-ketentuan perundang-undangan yang lebih rendah tingkatnya tidak mempunyai kekuatan hukum dan tidak mengikat, apabila bertentangan dengan perundang-undangan yang lebih tinggi tingkatnya. Ketentuan perundang-undangan yang lebih tinggi tingkatnya tetap berlaku dan mempunyai kekuatan hukum serta mengikat, walaupun diubah, ditambah, diganti atau dicabut oleh perundang-undangan yang lebih rendah.
 - 4) Materi yang seharusnya diatur oleh perundang-undangan yang lebih tingkatnya tidak dapat diatur oleh peraturan perundang-undangan yang lebih rendah, tetapi yang sebaliknya dapat.
- b) Undang-undang tidak dapat diganggu gugat. Berdasarkan asas ini dikenal adanya 2 (dua) macam hak menguji perundang-undangan, yaitu:
- 1) Hak menguji secara materil, yaitu hak menguji materi atau isi perundangan-undangan, apakah bertentangan dengan ketentuan perundang-undangan yang lebih tinggi tingkatnya.
 - 2) Hak menguji secara formil, yaitu hak menguji apakah semua formalitas atau tata cara pembentukannya sudah terpenuhi.

Rousseau⁹ mengatakan bahwa UU diciptakan harus dibentuk oleh kehendak umum, dalam hal ini adalah seluruh rakyat yang secara langsung akan mengambil bagian dalam pembentukan aturan masyarakat tanpa perantara wakil-wakil. Hamid S Attamimi¹⁰ mengatakan bahwa secara garis besar setiap undang-undang Republik Indonesia merupakan wadah bagi sekumpulan materi yang meliputi:

1. Hal-hal yang oleh hukum dasar (Batang tubuh UUD 1945 dan Ketetapan MPR), diminta secara tegas-tegas ataupun tidak secara tegas-tegas untuk ditetapkan dengan suatu undang-undang.

⁹ Rousseau, *The Social Contract and Discourses*, Everyman Library, 1917, hal. 57.

¹⁰ Hamid, Attamimi, *Hukum tentang Peraturan Perundang-undangan dan Peraturan Kebijakan (Hukum Tata Pengaturan)*, Pidato Pengukuhan Purnabakti Guru Besar Tetap FHUI, 1993, hal. 9.

2. Hal-hal yang menurut asas yang dianut oleh Negara Republik Indonesia sebagai negara berdasar atas hukum (*rechtstaats*), diminta untuk diatur dengan suatu undang-undang.
3. Hal-hal yang menurut asas yang dianut Pemerintah Negara Republik Indonesia, yaitu sistem konstitusi diminta untuk diatur dengan suatu undang-undang.

Dalam kepustakaan hukum dikenal adanya 2 (dua) macam hak menguji, *pertama*, hak menguji formil dan *kedua*, hak menguji materiil. Hak menguji formil adalah wewenang untuk menilai apakah suatu produk legislatif seperti undang-undang, misalnya terjelma melalui cara-cara (prosedur) sebagaimana telah ditentukan/diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku atau tidak¹¹. Hak menguji materiil adalah suatu wewenang untuk menyelidiki dan kemudian menilai, apakah suatu peraturan perundang-undangan isinya sesuai atau bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi derajatnya, serta apakah suatu kekuasaan tertentu berhak mengeluarkan suatu peraturan tertentu¹².

Ph Kleintjes¹³ menyebutkan di dalam kepustakaan maupun dalam praktek, dikenal adanya dua macam hak menguji, yaitu:

1. Hak menguji formil yaitu wewenang untuk menilai apakah suatu produk legislatif, seperti undang-undang terjelma melalui suatu cara-cara atau prosedur sebagaimana telah ditentukan atau diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku atau tidak.
2. Hak menguji materiil yaitu wewenang untuk menyelidiki dan kemudian menilai apakah suatu peraturan perundang-undangan isinya sesuai atau bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi tingkatnya, serta apakah suatu kekuasaan tertentu berhak mengeluarkan suatu peraturan tertentu.

Di Indonesia, kewenangan untuk menguji secara materiil suatu peraturan perundang-undangan di bawah UU, menjadi kewenangan dari Mahkamah Agung, dalam UU No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, sebagaimana telah diubah dengan UU No. 5 Tahun

¹¹ Sri Soemantri, *Hak Uji Materiil Di Indonesia*, Bandung, Alumni, 1982, hal. 6.

¹² *Ibid*, hal. 11.

¹³ Kleintjes Ph, *Staatssinstellingen van Nederlandsch Indie*, Eerste Deel, Amsterdam, SH, de Bussy, 1917, hal. 326-327.

2004, dan UU No. 3 Tahun 2009 yang pada Pasal 31 disebutkan bahwa *Mahkamah Agung mempunyai kewenangan menguji peraturan perundang-undangan di bawah UU*. Ketentuan lebih lanjut tentang kewenangan MA dalam melakukan pengujian peraturan perundang-undangan telah diatur dalam Peraturan Mahkamah Agung, baik Perma No. 1 Tahun 1993, yang diubah dengan Perma No. 1 Tahun 1999 dan terakhir dengan Perma No. 1 Tahun 2004 tentang Hak Uji Materiil. Dalam Perma tersebut disebutkan bahwa *hak uji materiil adalah hak Mahkamah Agung untuk menilai materi muatan peraturan perundang-undangan di bawah UU terhadap peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi tingkatnya*.

Kewenangan menguji undang-undang yang dimiliki oleh MK sebagai konsekwensi dari dibentuknya lembaga ini berdasarkan Perubahan Ketiga UUD 1945, yang salah satu kewenangannya yaitu memberikan putusan terhadap pengujian undang-undang terhadap UUD Tahun 1945. Permohonan pengujian undang-undang meliputi pengujian formil dan/atau pengujian materiil. Pengujian formil adalah pengujian undang-undang berkenaan dengan bentuk dan pembentukan undang-undang berdasarkan UUD Tahun 1945, yang meliputi pembahasan, pengundangan dan pemberlakuan¹⁴, pengujian materiil adalah pengujian undang-undang berkenaan dengan materi muatan dalam ayat, pasal dan/atau bagian undang-undang yang dianggap bertentangan dengan UUD Tahun 1945¹⁵. Di sisi lain hak uji formil merupakan wewenang untuk menilai apakah produk legislatif terjelma melalui cara-cara (prosedur) sebagaimana telah ditentukan oleh suatu peraturan perundang-undangan. Prosedur dimaksud terkait dengan kekuasaan yang dimiliki oleh suatu lembaga untuk membentuk suatu peraturan. Di Indonesia pasca amandemen UUD Tahun 1945, maka kekuasaan pembentukan UU berada di DPR.

Jimly Asshiddiqie¹⁶. mengatakan dari sudut hukum tata negara, Putusan MK termasuk keputusan negara yang mengandung norma

¹⁴ Pasal 4 ayat (2) Peraturan Mahkamah Konstitusi No. 01/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

¹⁵ *Ibid*.

¹⁶ Jimly Asshiddiqie, *Mahkamah Konstitusi: Kompilasi Konstitusi Undang-Undang dan Peraturan di 78 Negara*, Pusat Studi Hukum Tata Negara: Universitas Indonesia, tanpa tahun, hal. 1.

hukum sama halnya dengan putusan pembentuk UU yang bersifat pengaturan (*regeling*). Bedanya dalam Putusan MK, MK dapat membatalkan suatu UU atau materi muatan dalam UU, sedangkan pembentuk UU menciptakan norma hukum dalam bentuk materi muatan dalam suatu UU

Menurut Arifin P Soeria Atmadja¹⁷, istilah anggaran pendidikan dan dana pendidikan merupakan dua istilah yang berbeda, baik dari sisi substansial yang terkandung di dalamnya, maupun dari sisi estimologi. Anggaran budget atau *begroting* merupakan istilah yang diterima umum dan mempunyai pengertian baku, yakni rencana pendapatan dan belanja negara/daerah dalam kurun waktu satu tahun dalam bentuk pendapatan dan belanja serta pembiayaan berupa setiap penerimaan yang perlu dibayar kembali. Dana diartikan sebagai akibat realisasi anggaran, sehingga dana tidak mungkin dikeluarkan sebelum dianggarkan terlebih dahulu dalam APBN/APBD. Dana yang bersumber dari yang dianggarkan adalah riil dan bersifat sementara atau insidentil.

Hakim Roestandi mengungkapkan bahwa anggaran pendidikan yang belum mencapai 20% dari APBN serta APBD tidak serta merta bertentangan dengan Pasal 31 ayat (4) UUD Tahun 1945, tetapi harus dimaknai sebagai ketertinggalan yang secara bertahap harus terus ditingkatkan dalam APBN berikutnya, sehingga pada gilirannya angka 20% akan tercapai. Peningkatan anggaran pendidikan secara bertahap itu telah menjadi kesepakatan antara Pemerintah dan DPR, dan persentase sebesar 20% harus tercapai dalam APBN Tahun 2009 Roestandi mengungkapkan bahwa materi muatan Pasal 31 ayat (4) UUD Tahun 1945 bersifat normatif, tetapi adalah tidak realistis (tidak membumi), jika ketentuan normatif itu diterapkan tanpa memperhitungkan kondisi obyektif pendapatan negara. Bertolak dari ketentuan normatif yang dikaitkan dengan kondisi obyektif pendapatan negara itu, hakim Roestandi berpendapat bahwa walaupun anggaran pendidikan belum mencapai angka 20%, hal itu tidak berarti bertentangan dengan UUD Tahun 1945, sepanjang persentase anggaran pendidikan pada tahun berjalan lebih tinggi daripada persentase anggaran pendidikan dalam APBN tahun sebelumnya¹⁸.

¹⁷ Lihat Keterangan Ahli Pemohon dalam Putusan Nomor 24/PUU-V/2007.

¹⁸ Lihat Putusan MK No. 26/PUU-III/2005 tentang Pengujian UU No. 13 Tahun 2005 tentang APBN TA 2006 Terhadap UUD Negara RI Tahun 1945.

Hakim Natabaya¹⁹ mengatakan untuk menjawab persoalan pertama, maka harus diingat pendapat BF Belleforid yang membedakan antara UU dalam arti formil dan UU dalam arti materiil. UU dalam arti formil adalah Keputusan Pemerintah yang memperoleh nama UU karena bentuknya ditetapkan oleh organ pembentuknya sesuai UUD, sedangkan UU dalam arti materiil adalah suatu Keputusan Pemerintah yang dilihat dari isinya disebut UU karena Keputusan Pemerintah tersebut mengingat secara umum.

Sehubungan dengan dua pengertian UU dan dalam kaitannya dengan penetapan APBN, Buijs berpendapat bahwa penetapan Anggaran Belanja adalah tindakan Pemerintah. Anggaran belanja hanya dapat ditetapkan oleh Pemerintah, kecuali UUD menentukan lain dan pada dirinya sendiri Anggaran Belanja tidak termasuk dalam ketentuan yang mengikat rakyat.

Sehubungan dengan APBN yang ditetapkan dengan UU, IC van der Viles²⁰ menyatakan bahwa menurut Pasal 105 *Gronwet* Belanda, APBN ditetapkan dengan UU, akan tetapi kenyataan bahwa suatu mata anggaran tertentu tercantum dalam APBN tidak mempunyai pengaruh yang sama seperti pengaruh tercantumnya suatu pasal dalam suatu UU jenis lainnya. Berdasarkan sifatnya, UU APBN semata-mata suatu UU pemberian kuasa. Bahwa UU itu semata-mata suatu pemberian kuasa kepada Menteri, berarti Menteri pun tidak dapat menggunakan ketiadaan suatu mata anggaran dalam APBN sebagai suatu dalih untuk melepaskan diri dari kewajiban-kewajibannya. APBN itu secara formal adalah suatu UU, tetapi dilihat dari sifatnya yang tidak mengikat Menteri maupun masyarakat.

Untuk mengetahui adanya sifat khusus dari materi muatan suatu UU APBN haruslah dikaitkan dengan UU tentang Keuangan Negara. Anggaran merupakan instrumen alokasi faktor-faktor produksi. Sebagai bagian dari keuangan negara, anggaran merupakan aspek yang paling kompleks dalam kebijakan ekonomi keuangan. Oleh sebab itu, penyusunan anggaran Negara harus juga memperhatikan dasar-dasar dan faktor-faktor perekonomian nasional secara menyeluruh.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

UU No.17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara Pasal 3 ayat (5) menyatakan bahwa APBN mempunyai beberapa fungsi, yaitu fungsi otorisasi, perencanaan, alokasi, distribusi dan stabilisasi. Ini berarti fungsi-fungsi tersebut akan memperkuat dasar dari dan tujuan anggaran dalam suatu negara. Melalui anggaran tersebut kebijakan negara (*state policy*) dalam pembangunan diarahkan untuk meningkatkan atau mengurangi APBN sebagai kebijakan negara dalam bentuk rencana kerja dan kebijakan yang berisi angka-angka yang dinyatakan dalam bentuk UU. Walaupun UU APBN sama dengan UU lainnya, namun karena UU APBN memiliki sifat khusus dari sudut materiil UU APBN tidak mengikat masyarakat umum.

BAB III

ANALISIS HUKUM TERHADAP PERTIMBANGAN MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM MEMBERIKAN PUTUSAN

A. Pengantar

Pasal 31 ayat (4) UUD Tahun 1945 tidak membuka adanya kemungkinan penafsiran lain selain bahwa a) negara wajib memprioritaskan anggaran pendidikan dalam APBN (serta APBD) dan b) prioritas dimaksud haruslah sekurang-kurangnya 20% dari APBN (serta APBD). Namun MK dalam menjatuhkan putusannya mempertimbangkan banyak aspek yang dapat ditimbulkan dari putusannya. Hal ini sesuai dengan predikat MK sebagai pengawal konstitusi haruslah dimaknai dalam pengertian hukum, artinya harus dengan cara-cara dan dibatasi oleh hukum, utamanya oleh UUD Tahun 1945. Dalam sebuah sistem demokrasi, pemangku kepentingan mempunyai tempat yang sangat luas untuk berpartisipasi dalam pengambilan keputusan, lebih-lebih lagi untuk menegakkan keputusan yang diamanatkan oleh konstitusi, artinya melaksanakan amanat konstitusi dapat dilakukan secara demokratis melalui lembaga perwakilan dalam bentuk *legislative review*.

MK pernah memutus perkara pengujian UU terhadap UUD Tahun 1945 yang berkaitan dengan besaran (persentase) anggaran pendidikan dalam UU No.13 Tahun 2005 tentang APBN Tahun Anggaran 2006 terhadap Pasal 31 ayat (4) UUD Tahun 1945 dalam Perkara No. 012/PUU-III/2005 dan Perkara No. 026/PUU-III/2005. Dalam dua perkara tersebut, MK telah menggunakan formula atau rumus yang telah disetujui oleh DPR dan Presiden untuk menentukan komponen anggaran pendidikan yang dimaksudkan oleh Pasal 31 ayat (4) UUD Tahun 1945 yaitu sebagaimana tertuang dalam Pasal 49 ayat (1) UU No. 30 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional, yang terdiri atas dana untuk pendidikan selain gaji pendidikan dan biaya pendidikan kedinasan. Formula atau rumusan tersebut dilatarbelakangi niat untuk dapat terlaksananya ketentuan konstitusional dengan baik, karena dalam formula tersebut kemudian dimasukkan di dalamnya

komponen gaji pendidik dan pendidikan kedinasan, hal demikian akan menjadikan jumlah nominal anggaran pendidikan yang cukup besar sehingga jumlahnya menjadi mendekati angka 20%, namun penghitungan yang demikian tidak banyak artinya secara langsung dalam memperbaiki dunia pendidikan nasional.

MK juga telah memutus perkara atas pengujian UU No. 20 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional yang bertentangan dengan UUD Tahun 1945 dalam perkara No. 011/PUU-III/2005 yang pada amar putusannya menyatakan bahwa Penjelasan Pasal 49 ayat (1) UU Sistem Pendidikan Nasional tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat karena memuat norma baru yang berbeda dengan norma Pasal 49 ayat (1) UU No. 20 Tahun 2003. Putusan MK ini selanjutnya dijadikan dasar oleh MK untuk memutus Perkara No. 026/PUU-III/2005 yang menyangkut soal persentase anggaran pendidikan dalam UU APBN TA 2005 dan TA 2006. Dengan adanya putusan tersebut, maka alokasi anggaran pendidikan nasional sebesar 20% tidak dapat dilakukan secara bertahap tetapi harus dipenuhi untuk setiap tahun anggaran.

Di antara Putusan MK tersebut yang dianalisis oleh penulis akan terfokus kepada hal:

1. Pembatalan Penjelasan Pasal 49 ayat (1) UU No. 20 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional; dan
2. Pentahapan anggaran pendidikan dalam UU APBN.

B. Analisis tentang Pembatalan Penjelasan Pasal 49 ayat (1) UU No. 20 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional

Dalam putusan MK No. 011/PUU-III/2005 tentang Pengujian UU No. 20 Tahun 2003 terhadap UUD Negara RI Tahun 1945, MK mengabulkan permohonan para pemohon untuk sebagian, yang menyatakan bahwa Penjelasan Pasal 49 ayat (1) UU No. 20 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional *bertentangan* dengan UUD Negara RI Tahun 1945, dan menyatakan Penjelasan Pasal 49 ayat (1) UU No. 20 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Adapun alasan MK mengabulkan permohonan Pemohon untuk menyatakan Penjelasan Pasal 49 ayat (1) UU No. 20 Tahun 2003 bertentangan

dengan UUD Tahun 1945, MK berpendapat bahwa Penjelasan Pasal 49 ayat (1) telah membentuk norma baru yang mengaburkan norma yang terkandung dalam Pasal 49 ayat (1) UU No. 20 Tahun 2003.

MK dalam pertimbangan hukumnya menyatakan bahwa untuk dikatakan sebagai bertentangan dengan UUD Tahun 1945 tidak selalu harus dalam posisi bertentangan secara *diametrical* atau *conflict*, tetapi dapat saja tidak konsisten, atau tidak sesuai dengan UUD Tahun 1945. Alokasi anggaran pendidikan yang kurang dari 20% adalah bertentangan dengan UUD Tahun 1945, namun MK tidak secara serta merta dalam putusannya menyatakan UU APBN TA 2005 dan TA 2006 tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat karena adanya pertimbangan khusus sebagaimana telah dinyatakan dalam pertimbangan putusan perkara tersebut.

Dalam putusan ini, terdapat pendapat berbeda (*dissenting opinion*) yang dilakukan oleh 3 hakim MK, yaitu HAS Natabaya, Achmad Roestand dan Soedarsono. Ketiga hakim ini menyatakan pendapat berbeda mengacu pada Putusan MK No. 006/PUU-III/2005, tanggal 31 Mei 2005, bahwa adanya kerugian konstitusional yang timbul karena berlakunya suatu UU. Menurut 3 hakim ini, bahwa dana anggaran untuk pendidikan berkait dengan APBN dan APBD, maka UU No. 20 Tahun 2003, khususnya penjelasan Pasal 49 ayat (1) mengatur pemenuhan dana 20% dilakukan secara bertahap. Kata "bertahap" tidak bermakna sebagai bertentangan, karena pentahapan menunjukkan bahwa setiap tahap secara berangsur bergerak sejalan ke depan untuk mencapai sasaran yang ditentukan. Sedangkan bertentangan harus dimaknai terjadinya benturan (kontradiksi) antara dua hal yang datang dari arah yang berlawanan. Dengan demikian pengaturan tersebut bukanlah pelanggaran konstitusi. Sehingga ketiga hakim berpendapat bahwa Penjelasan Pasal 49 ayat (1) hanya merupakan upaya negara untuk memenuhi ketentuan Pasal 49 UU No. 20 Tahun 2003, dengan memperhatikan keadaan keuangan Negara, sehingga Penjelasan Pasal 49 ayat (1) tidak bertentangan dengan Pasal 31 ayat (4) UUD Tahun 1945.

Bila putusan ini dianalisis, bahwa hal tentang pembatalan Penjelasan Pasal 49 ayat (1) UU No. 20 Tahun 2003 yang bertentangan dengan Pasal 31 ayat (4) UUD Tahun 1945 sudah sesuai dengan

permohonan dari pemohon. Jadi apa yang diputuskan oleh MK sudah sesuai dengan kewenangan MK untuk memberikan putusan sesuai dengan permohonan Pemohon. Walaupun bila dilihat dari sejumlah permohonan yang diajukan oleh Pemohon, tidak semua permohonan tersebut diterima oleh MK. Hal ini mengingat sesuai dengan ketentuan Pasal 45 ayat (1) UU No. 24 Tahun 2003, "*MK memutus perkara berdasarkan UUD Negara RI Tahun 1945 sesuai dengan alat bukti dan keyakinan hakim*".

Selain itu adanya permohonan pembatalan Penjelasan Pasal 49 ayat (1) UU No. 20 Tahun 2003 yang diajukan oleh Pemohon dan dikabulkan oleh MK, karena MK menyatakan bahwa permohonan tersebut beralasan (sesuai dengan ketentuan Pasal 56 ayat (2) UU No. 24 Tahun 2003). Adapun alasan yang dibenarkan dan diterima oleh MK berdasarkan proses persidangan yang dilakukan oleh MK melalui serangkaian pembuktian di depan sidang MK.

MK menyatakan sesuai dengan kewenangan yang diatur dalam Pasal 56 ayat (3) bahwa materi muatan Pasal 49 ayat (1) dalam UU No. 20 Tahun 2003 bertentangan dengan UUD Tahun 1945 dan dalam Putusannya, MK dengan tegas menyatakan bahwa Penjelasan Pasal 49 ayat (1) bertentangan dengan UUD Tahun 1945 dan Penjelasan Pasal 49 ayat (1) UU No. 20 Tahun 2003 tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat (Pasal 57 ayat (1) UU No. 24 Tahun 2003).

Penulis berpendapat bahwa dari sudut ilmu hukum, norma yang disebut kaedah adalah patokan, asas yang diatur sebagai materi muatan dalam suatu peraturan perundang-undangan, sedangkan dari sudut ilmu perundang-undangan, materi muatan dalam suatu peraturan perundang-undangan adalah suatu norma dan norma tersebut diletakkan dalam batang tubuh suatu UU. Di sisi lain apabila materi muatan itu akan diperjelas, maka bisa dibuat penjelasannya dalam penjelasan UU, dengan syarat bahwa penjelasan dalam UU tersebut, tidak boleh menciptakan suatu norma baru. Jadi tindakan MK yang menyatakan bahwa Penjelasan Pasal 49 ayat (1) UU No. 20 Tahun 2003 bertentangan dengan UUD dapat dibenarkan. Walaupun pembenaran terhadap pertentangan antara Penjelasan UU dengan UU tersebut masih dapat diperdebatkan. Sebaliknya menurut

Taufiqurrohmaan Syahuri²¹ dalam makalahnya mengatakan bahwa MK dimungkinkan membuat putusan bersyarat (*conditionally unconstitutional*). Pengakuan adanya putusan MK sebagai putusan bersyarat dapat dilihat dalam Putusan MK dalam Perkara No. 4/PUU-VII/2009 tentang Pengujian Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g UU No. 10 Tahun 2008 serta Pasal 58 huruf f UU No. 12 Tahun 2008 jo Putusan MK No. 102/PUU-VII/2009.

Penulis berpandangan bahwa apabila Penjelasan UU bertentangan dengan batang UU, bila dari sudut ilmu hukum dan ilmu perundang-undangan masih dapat diterima. Tapi kalau pertentangan antara Penjelasan UU bertentangan dengan batang tubuh UU di sandingkan dengan bertentangan dengan UUD Tahun 1945, penulis berpendapat hal ini tidak tepat. Seharusnya MK berpendapat bahwa adanya pertentangan antara Penjelasan Pasal 49 ayat (1) UU No. 20 Tahun 2003 dengan batang tubuh Pasal 49 ayat (1) UU No. 20 Tahun 2003, dan pertentangan ini bila dilihat dari sudut ilmu hukum dan ilmu perundang-undangan, tetapi bila pertentangan ini *vis a vis* dengan bertentangan dengan UUD Tahun 1945, maka seharusnya dapat dibuktikan bahwa telah terjadi kerugian konstitusional dari para pemohon. Bila para pemohon tidak bisa membuktikan terjadinya kerugian konstitusional dari berlakunya Penjelasan Pasal 49 ayat (1) UU No. 20 Tahun 2003, maka seharusnya MK memberikan putusan yaitu menolak permohonan Pemohon pengujian Penjelasan Pasal 49 ayat (1) UU No. 20 Tahun 2003. Tapi bila dilihat dari sudut sifat hakim untuk menemukan hukum (*rechtsvinding*), maka apa yang diputuskan MK dapat dibenarkan menurut doktrin hukum.

C. Analisis terhadap Putusan MK tentang Alokasi Anggaran Pendidikan Dalam UU APBN

Dalam hal putusan MK tentang Alokasi Anggaran Pendidikan dalam UU APBN, terdapat beberapa permohonan pengujian antara lain:

1. Putusan MK No. 26/PUU-III/2005 tentang Pengujian UU No. 13 Tahun 2005 tentang APBN Tahun Anggaran 2006 Terhadap UUD Negara RI Tahun 1945.

²¹ Lihat makalah Mahkamah Konstitusi dan Analisis Putusannya, yang disampaikan dalam Seminar Mahkamah Konstitusi dan Teknik Analisisnya, Jakarta 23 Oktober 2009, P3DI Setjen DPR-RI.

2. Putusan MK No. 26/PUU-IV/2006 tentang Pengujian UU No. 18 Tahun 2006 tentang APBN Tahun Anggaran 2007 Terhadap UUD Negara RI Tahun 1945.

Dalam Putusan MK No. 26/PUU-III/2005 tentang Pengujian UU No. 13 Tahun 2005 tentang APBN Tahun Anggaran 2006 Terhadap UUD Negara RI Tahun 1945, MK menyatakan bahwa UU No. 13 Tahun 2005 tentang APBN Tahun Anggaran 2006, sepanjang menyangkut anggaran pendidikan sebesar 9,1% sebagai batas tertinggi, bertentangan dengan UUD Negara RI tahun 1945, dan menyatakan UU No. 13 Tahun 2005 tentang APBN Tahun Anggaran 2006, sepanjang menyangkut anggaran pendidikan sebesar 9,1% sebagai batas tertinggi, tidak mempunyai kekuatan mengikat.

Dalam putusan MK terdapat 2 orang hakim yaitu I Dewa Gede Palguna dan Soedarsono mempunyai alasan berbeda (*concurring opinions*), sedangkan dua orang hakim, Roestand dan HAS Natabaya mempunyai pendapat yang berbeda (*dissenting opinion*). Adapun alasan berbeda yang disampaikan Palguna dan Soedarsono terhadap cara penghitungan anggaran pendidikan dalam APBN 2005 sudah sesuai dengan jalan pikiran pada saat Pasal 31 ayat (4) UUD Tahun 1945 disusun adalah dengan cara penghitungan di mana anggaran pada seluruh fungsi pendidikan (dikurangi anggaran pendidikan untuk pendidikan kedinasan) ditambah dengan anggaran untuk gaji pendidik dibagi jumlah seluruh anggaran belanja negara, dengan catatan "pendidik" dalam hubungan ini adanya hanya mencakup pengertian guru dan dosen, bukan pendidik yang mencakup keseluruhan pengertian pendidik menurut Pasal 1 angka 6 UU No. 20 Tahun 2003. Bahwa dengan cara demikian dengan mengikuti cara perhitungan yang dilakukan oleh Pemerintah, ternyata didapatkan angka 16,8%. Terlepas dari cara penghitungannya, yang menurut kedua hakim telah sesuai dengan maksud Pasal 31 ayat (4) UUD Tahun 1945, hasil berupa persentase sebesar 16,8% tersebut masih dapat dipersoalkan. Hal itu dikarenakan komponen "gaji pendidik" yang dimasukkan sebagai bagian dari ruang lingkup anggaran pendidikan dalam keterangan Pemerintah tersebut belum terang benar apakah pengertian "pendidik" dimaksud hanya dalam arti guru dan dosen ataukah termasuk pula tutor, instruktur dan lain-lain yang menurut Pasal 1 angka 6 UU No. 20 Tahun 2003 juga termasuk dalam pengertian pendidik. Namun seandainya pun hasil

perhitungan sebesar 16,8% tersebut benar (yang berarti pengertian “gaji pendidik” yang dimasukkan dalam perhitungan anggaran pendidikan hanya diartikan sebagai gaji guru dan dosen), perhitungan demikian tetap masih berada di bawah persentase yang diamanatkan oleh Pasal 31 ayat (4) UUD Tahun 1945, yaitu sekurang-kurangnya 20% dari APBN dan APBD, sehingga tetap pula harus dinilai tidak sesuai dengan UUD Tahun 1945.

Bila dilihat sejarah perumusan Pasal 31 ayat (4) UUD Tahun 1945 dapat disimpulkan bahwa pendidikan kedinasan dikecualikan dari pengertian pendidikan Pasal 31 UUD Tahun 1945, sehingga dengan demikian anggaran pendidikan kedinasan juga harus dikecualikan dari pengertian anggaran pendidikan dalam APBN. Sementara itu tidak terdapat catatan yang menunjukkan dikecualikannya anggaran untuk gaji, dari pengertian anggaran pendidikan. Oleh karena itu, sekalipun Pasal 49 ayat (1) UU No. 20 Tahun 2003 ternyata telah mengeluarkan anggaran untuk gaji (dan anggaran pendidikan kedinasan) dari perhitungan dana pendidikan, namun secara konstitusional yang dijadikan acuan dalam menilai konstitusionalitas anggaran pendidikan dalam APBN 2006 haruslah Pasal 31 ayat (4) UUD Tahun 1945. Selain itu, apabila anggaran untuk gaji guru dikecualikan atau dikeluarkan dari penghitungan anggaran pendidikan dalam APBN, *in casu* APBN 2006 maka cara penghitungan demikian mengakibatkan guru harus dianggap tidak memiliki kualifikasi untuk mengajukan permohonan pengujian UU APBN yang berkait dengan anggaran pendidikan, yang konsekwensi selanjutnya adalah bahwa Pemohon V harus dianggap tidak memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan permohonan pengujian UU APBN. Kesimpulan demikian jelas bertentangan dengan hakikat pendidikan di mana guru dan dosen merupakan unsure melekat di dalamnya.

Kedua hakim yang memiliki alasan yang berbeda menyatakan bahwa meskipun berdasarkan pertimbangan di atas telah nyata bahwa anggaran pendidikan pada APBN 2006 belum memenuhi amanat Pasal 31 ayat (4) UUD Tahun 1945 dan dengan demikian telah pula merugikan para Pemohon yang memenuhi kualifikasi sebagaimana telah diuraikan di atas, tidaklah berarti bahwa seluruh ketentuan dalam UU APBN bertentangan dengan UUD Tahun

1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat. Demikian pula, tidaklah berarti bahwa anggaran pendidikan sebagaimana termuat dalam APBN Tahun 2006 (dalam pengertian yang sesuai dengan cara penghitungan sebagaimana telah diuraikan di atas yaitu yang menghasilkan persentase sebesar 16,8% dari APBN) harus dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat untuk seluruhnya, melainkan bahwa yang harus dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat adalah apabila jumlah tersebut dinyatakan final sebagai anggaran pendidikan untuk tahun 2006. Artinya, melalui mekanisme pembahasan APBN Perubahan, Presiden bersama DPR berkewajiban untuk menambah jumlah anggaran pendidikan Tahun 2006 sebagaimana yang tertera dalam Lampiran UU APBN yang merupakan bagian tak terpisahkan dari UU *a qua*.

Terhadap pendapat yang berbeda, Hakim Roestandi mengungkapkan bahwa anggaran pendidikan yang belum mencapai 20% dari APBN serta APBD tidak serta merta bertentangan dengan Pasal 31 ayat (4) UUD Tahun 1945, tetapi harus dimaknai sebagai ketertinggalan yang secara bertahap harus terus ditingkatkan dalam APBN berikutnya, sehingga pada gilirannya angka 20% akan tercapai. Peningkatan anggaran pendidikan secara bertahap itu telah menjadi kesepakatan antara Pemerintah dan DPR, dan persentase sebesar 20% harus tercapai dalam APBN Tahun 2009.

Roestandi mengungkapkan bahwa materi muatan Pasal 31 ayat (4) UUD Tahun 1945 bersifat normatif, tetapi adalah tidak realistik (tidak membumi), jika ketentuan normative itu diterapkan tanpa memperhitungkan kondisi obyektif pendapatan negara. Bertolak dari ketentuan normatif yang dikaitkan dengan kondisi obyektif pendapatan negara itu, hakim Roestandi berpendapat bahwa walaupun anggaran pendidikan belum mencapai angka 20%, hal itu tidak berarti bertentangan dengan UUD Tahun 1945, sepanjang persentase anggaran pendidikan pada tahun berjalan lebih tinggi daripada persentase anggaran pendidikan dalam APBN tahun sebelumnya.

Hakim Natabaya²² memberikan pendapat berbeda, untuk mengetahui apakah para Pemohon telah mengalami kerugian hak

²² *Log cit.*

konstitusional sebagai akibat diundangkannya UU APBN, maka perlu dahulu dijawab 2 persoalan hukum, yaitu:

1. Apakah UU APBN dapat dijadikan obyek permohonan sebagaimana UU yang dimaksud oleh Pasal 51 ayat (1) UU MK, mengingat sifat khusus dari suatu UU APBN.
2. Apakah sifat khusus dari materi muatan dari UU APBN, sehingga UU APBN dikualifikasikan berbeda dengan UU lainnya.

Hakim Natabaya mengatakan untuk menjawab persoalan pertama, maka harus diingat pendapat BF Belleforid yang membedakan antara UU dalam arti formil dan UU dalam arti materiil. UU dalam arti formil adalah Keputusan Pemerintah yang memperoleh nama UU karena bentuknya ditetapkan oleh organ pembentuknya sesuai UUD, sedangkan UU dalam arti materiil adalah suatu Keputusan Pemerintah yang dilihat dari isinya disebut UU karena Keputusan Pemerintah tersebut mengikat secara umum.

Sehubungan dengan dua pengertian UU dan dalam kaitannya dengan penetapan APBN, Buijs²³ berpendapat bahwa penetapan Anggaran Belanja adalah tindakan Pemerintah. Anggaran belanja hanya dapat ditetapkan oleh Pemerintah, kecuali UUD menentukan lain dan pada dirinya sendiri Anggaran Belanja tidak termasuk dalam ketentuan yang mengikat rakyat.

Sehubungan dengan APBN yang ditetapkan dengan UU, IC van der Viles²⁴ menyatakan bahwa menurut Pasal 105 *Gronwet* Belanda, APBN ditetapkan dengan UU, akan tetapi kenyataan bahwa suatu mata anggaran tertentu tercantum dalam APBN tidak mempunyai pengaruh yang sama seperti pengaruh tercantumnya suatu pasal dalam suatu UU jenis lainnya. Berdasarkan sifatnya, UU APBN semata-mata suatu UU pemberian kuasa. Bahwa UU itu semata-mata suatu pemberian kuasa kepada Menteri, berarti Menteri pun tidak dapat menggunakan ketiadaan suatu mata anggaran dalam APBN sebagai suatu dalih untuk melepaskan diri dari kewajiban-kewajibannya. APBN itu secara formal adalah suatu UU, tetapi dilihat dari sifatnya yang tidak mengikat Menteri maupun masyarakat.

²³ *op cit.*

²⁴ *op cit.*

Untuk mengetahui adanya sifat khusus dari materi muatan suatu UU APBN haruslah dikaitkan dengan UU tentang Keuangan Negara. Anggaran merupakan instrumen alokasi faktor-faktor produksi. Sebagai bagian dari keuangan negara, anggaran merupakan aspek yang paling kompleks dalam kebijakan ekonomi keuangan. Oleh sebab itu, penyusunan anggaran negara harus juga memperhatikan dasar-dasar dan faktor-faktor perekonomian nasional secara menyeluruh.

UU No. 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara Pasal 3 ayat (5) menyatakan bahwa APBN mempunyai beberapa fungsi, yaitu fungsi otorisasi, perencanaan, alokasi, distribusi dan stabilisasi. Ini berarti fungsi-fungsi tersebut akan memperkuat dasar dari dan tujuan anggaran dalam suatu negara. Melalui anggaran tersebut kebijakan negara (*state policy*) dalam pembangunan diarahkan untuk meningkatkan atau mengurangi APBN sebagai kebijakan negara dalam bentuk rencana kerja dan kebijakan yang berisi angka-angka yang dinyatakan dalam bentuk UU. Walaupun UU APBN sama dengan UU lainnya, namun karena UU APBN memiliki sifat khusus dari sudut materi UU APBN tidak mengikat masyarakat umum.

Menurut penulis, pendapat berbeda yang diungkapkan oleh hakim Roestandi sebenarnya sudah sesuai dengan pandangan MK akan mempertimbangkan keadaan-keadaan yang meliputi penyusunan APBN tersebut, antara lain ²⁵:

1. APBN masih akan menghadapi banyak tantangan dan kendala berkaitan dengan adanya kecenderungan inflasi yang terus naik nilai tukar yang berfluktuasi, serta perkembangan harga minyak bumi di pasar internasional yang masih tetap tinggi;
2. Untuk menjaga stabilitas ekonomi makro dan mendukung pertumbuhan ekonomi yang lebih tinggi dalam penyusunan APBN tahun anggaran 2006 diupayakan untuk menurunkan defisit anggaran dan sekaligus mengurangi resiko hutang terhadap PDB dalam rangka menjaga kesinambungan fiskal;
3. Kewajiban pemerintah dalam pembayaran cicilan pokok luar negeri yang sangat besar sehingga harus pula diperhitungkan dalam pengambilan keputusan penyusunan anggaran belanja negara.

²⁵ Lihat Putusan MK No 26/PUU-III/2005, hal. 32.

Selain itu MK juga akan memperhatikan bagian pertimbangan MK dalam putusan terdahulu, tentang beberapa akibat hukum yang harus diperhitungkan antara lain²⁶:

1. Apabila MK menyatakan UU APBN tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, maka sebagai akibat hukumnya seluruh rencana pendapatan dan belanja Negara yang tertuang dalam APBN tidak mengikat lagi kepada Presiden yang sesuai dengan Pasal 6 ayat (1) UU No. 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara, merupakan pemegang kekuasaan pengelolaan keuangan Negara. Akibatnya seluruh realisasi pendapatan dan belanja Negara yang didasarkan atas UU APBN tidak mempunyai dasar hukum lagi;
2. Apabila atas putusan MK menyatakan yang menyatakan UU APBN tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, kemudian Presiden dengan persetujuan DPR harus menyusun kembali alokasi dari pendapatan belanja yang telah direalisasi agar untuk sector pendidikan menjadi sebesar 20% dengan cara mengurangi sector lain, tentunya juga akan menimbulkan ketidakpastian hukum pada realisasi belanja yang telah dikeluarkan oleh sector lain yang anggarannya harus dikurangi, Di samping itu secara administratif pengelolaan hal tersebut sangat sulit dilakukan karena akan mengubah seluruh administrasi keuangan di Indonesia untuk disesuaikan. Hal tersebut memerlukan biaya, tenaga dan waktu yang sangat sulit untuk diperhitungkan.

Dalam Putusan MK No. 26/PUU-IV/2006 tentang Pengujian UU No. 18 Tahun 2006 tentang APBN Tahun Anggaran 2007 Terhadap UUD Negara RI Tahun 1945. MK dalam putusannya menyatakan untuk mengabulkan permohonan para pemohon seluruhnya. MK menyatakan bahwa bahwa UU No. 18 Tahun 2006 tentang APBN TA 2007 sepanjang menyangkut anggaran pendidikan sebesar 11,8% sebagai batas tertinggi bertentangan dengan Pasal 31 ayat (4) UUD Tahun 1945 dan MK menyatakan bahwa UU No. 18 Tahun 2006 tentang APBN TA 2007 sepanjang menyangkut anggaran pendidikan sebesar 11,8% sebagai batas tertinggi, tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

²⁶ Lihat Putusan MK No 26/PUU-III/2005, hal. 84.

Dalam kaitannya dengan pengujian UU APBN karena persentase yang lebih rendah dari yang diamanatkan oleh Pasal 31 ayat (4) UUD Tahun 1945, MK berpendapat bahwa besarnya persentase anggaran pendidikan terhadap APBN adalah fakta yang tidak perlu pembuktian, namun yang masih perlu diputuskan oleh MK adalah konsekwensi dari adanya fakta demikian. UUD Tahun 1945 dan UU MK memberi kewenangan kepada MK untuk menyatakan suatu UU yang bertentangan dengan UUD sebagai tidak mempunyai kekuatan mengikat. Meskipun kewenangan tersebut dapat diterapkan untuk dua perkara sebelumnya yang berkaitan dengan persentase anggaran pendidikan, namun MK dalam menjatuhkan putusannya mempertimbangkan banyak aspek yang dapat ditimbulkan dari putusannya.

Putusan MK dalam perkara No. 026/PUU-III/2004 adalah sebuah alternatif yang proporsional dengan mempertimbangkan akibat hukum yang akan ditimbulkan. Dengan adanya putusan demikian masih membuka kesempatan bagi otoritas penyusun APBN untuk meningkatkan persentase anggaran pendidikan melalui mekanisme APBN P melalui *legislative review*. APBN yang berbentuk UU mempunyai karakteristik yang berbeda dengan UU pada umumnya.

Dalam hal UU pada umumnya, pernyataan "tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat" dalam putusan MK berlaku dengan sendirinya karena ketentuan yang diuji tersebut langsung tidak dapat digunakan sebagai dasar hukum sejak saat putusan MK diucapkan. Hal demikian berbeda dengan dengan UU APBN yang mempunyai akibat hukum yang lebih luas. Pengembalian kepada keadaan yang konstitusional atau tidak melanggar UUD Tahun 1945 pada UU pada umumnya dapat dilakukan hanya dengan menyatakan suatu UU tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Namun tidak demikian dengan UU APBN karena agar menjadi sesuai dengan amanat UUD Tahun 1945, otoritas penyusun APBN harus melakukan aktifitas untuk mengubah APBN tersebut. MK tidak diberi kewenangan untuk memaksa otoritas penyusun APBN melakukan perubahan, namun dengan putusan MK seharusnya otoritas penyusun APBN terdorong untuk melakukan perubahan yang berarti menjalankan amanat UUD Tahun 1945.

BAB IV

PENUTUP

A. Kesimpulan

Amanat UUD Tahun 1945 hal ikhwal alokasi anggaran pendidikan dalam UU APBN tidak mudah untuk dilaksanakan, mengingat untuk pertama kali konstitusi Indonesia mengamanatkan untuk mengatur tujuan negara untuk mensejahterakan masyarakat dalam bentuk anggaran pendidikan dalam UU APBN. Di sisi lain keterbatasan anggaran negara juga menyebabkan tidak mudah untuk mengalokasikan anggaran pendidikan dalam UU APBN. Sepanjang negara melalui Pemerintah dan DPR belum dapat merealisasikan anggaran pendidikan sebesar 20% dalam UU APBN, maka masyarakat sebagai Pemohon akan mengajukan hak konstitusionalnya ke MK.

Selain itu MK sebagai lembaga negara baru yang salah satu kewenangannya untuk melakukan pengujian UU terhadap UUD Tahun 1945, maka apa yang diputuskan harus sesuai dengan kewenangan MK dan MK harus melihat permohonan Pemohon sesuai dengan alat bukti dalam persidangan di MK. Sebelum MK memberikan putusannya, maka MK perlu membuat dasar pertimbangan MK untuk semua permohonan dari Pemohon, dan tidak ada kewajiban MK untuk mengabulkan permohonan Pemohon. Dasar MK untuk membuat putusannya tergambarkan dari dasar pertimbangan MK. Dalam dasar pertimbangan MK tersebut akan tergambarkan fakta yang muncul di persidangan dan alat bukti yang diajukan oleh Pemohon dan Termohon. Berdasarkan hal ini maka MK dapat memberikan putusannya.

Walaupun MK mempunyai kewenangan untuk menguji UU terhadap UUD Tahun 1945, khususnya untuk UU APBN maka MK perlu menyikapi segala hal yang berhubungan dengan UU APBN, karena implikasi dari putusan MK yang terlampau faktual dapat mengganggu berjalannya proses penyelenggaraan negara. Sehingga wajar saja dalam putusannya, ada sikap ketidakkonsistenan MK dalam membuat putusannya. Walaupun ada ketidakkonsistenan MK dalam membuat putusannya, secara dogmatik hukum, hakim MK

diberikan hak untuk menemukan hukum (*rechtsvinding*), sehingga wajar saja ditemukan adanya putusan MK yang tidak bulat, karena adanya pendapat yang berbeda dan alasan berbeda dalam suatu putusan MK.

B. Saran

Walaupun MK telah memberikan sejumlah putusan mengenai anggaran pendidikan, semua pihak harus menerima putusan tersebut dengan baik, mengingat putusan MK adalah putusan yang bersifat final dan mengikat. Oleh sebab itu tindak lanjut dari putusan MK, maka Presiden dan DPR harus segera mengalokasikan anggaran pendidikan sebagaimana diamanatkan dalam UUD Tahun 1945. Di sisi lain juga harus diperhatikan kemampuan keuangan Negara dalam mengalokasikan anggaran pendidikan tersebut.

Mengingat putusan MK adalah bersifat final dan mengikat dan salah satu putusan MK yaitu membatalkan Penjelasan Pasal 49 ayat (1) UU No. 20 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional, maka DPR dan Pemerintah harus segera mengamandemen UU No. 20 Tahun 2003, terutama tentang hal ihwal dari Penjelasan Pasal 49 ayat (1) UU No. 20 Tahun 2003, yang harus diperbaiki sesuai dengan putusan MK tersebut.

Mengingat MK merupakan salah satu lembaga negara baru, maka putusan MK dapat merupakan sebagai *landmark decision* dalam hukum tata negara dan di sisi lain banyak putusan MK dapat memperbaiki khazanah ilmu hukum di Indonesia, khususnya hukum tata negara.

DAFTAR PUSTAKA

Buku Bacaan

1. Asshidiqqie, Jimly. *Mahkamah Konstitusi : Kompilasi Konstitusi, Undang-Undang dan Peraturan di 78 Negara*, Pusat Studi Hukum Tata Negara, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, tanpa tahun.
2. Attamimi, Hamid, *Hukum tentang Peraturan Perundang-undangan dan Peraturan Kebijakan (Hukum Tata Pengaturan)*, Pidato Pengukuhan Purnabakti Guru Besar Tetap, 1993.
3. Bako, Ronny Sautma Hotma. *Pengantar Pembentukan Undang-Undang Republik Indonesia*, Bandung : Citra Aditya Bakti, 1991.
4. Kleintjes, *Staatsinstellingen van Nedelandsch Indie, Eerste Deel*, Amsterdam SH de Bussy, 1917
5. Rahardjo, Satjipto, *Ilmu Hukum*, Bandung : Alumni, 1986.
6. Soemantri, Sri, *Hak Uji Materiil di Indonesia*, Bandung : Alumni, 1982
7. Rousseau, *The Social Contract and Discourses*, Everyman Library, 1917.
8. Wahyono, Padmo, *Rancangan Undang-Undang tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Peraturan Perundang-undangan*, Proyek Pusat Perencanaan Hukum dan Kodifikasi BPHN, Departemen Kehakiman RI, 1995.

Karya Tulis Ilmiah

1. Hartono, Sunaryati. "Asas-asas Hukum Pembentukan Peraturan perundang-undangan", Seminar dan Lokakarya tentang Ketentuan Umum Peraturan Perundang-undangan, Jakarta 19 – 20 Oktober 1988.
2. Rahardjo, Satjipto, "Peranan dan Kedudukan Asas-asas Hukum Dalam Kerangka Hukum Nasional" (Pembahasan Terhadap Makalah Sunaryati Hartono), Seminar dan Lokakarya tentang Ketentuan Umum Peraturan Perundang-undangan, Jakarta 19 – 20 Oktober 1988.

3. Taufiqurrohman Syahuri, "Mahkamah Konstitusi dan Analisa Putusannya", P3DI Setjen DPR-RI, 2009.

Peraturan Perundang-undangan

1. Undang-Undang Dasar Tahun 1945.
2. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
3. Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional.
4. Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.
5. Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2005 tentang APBN Tahun Anggaran 2006.
6. Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 01/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar Negara RI Tahun 1945.

Putusan Mahkamah Konstitusi

1. Putusan MK No. 011/PUU-III/2005 tentang Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 20 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
2. Putusan MK No. 26/PUU-III/2005 tentang Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 13 Tahun 2005 tentang Anggaran Pendapatan Belanja Negara Tahun 2006 Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
3. Putusan MK No. 26/PUU-IV/2006 tentang Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 18 Tahun 2006 tentang Anggaran Pendapatan Belanja Negara Tahun 2007 Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
4. Putusan MK No. 24/PUU-VI/2007 tentang Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 20 Tahun 2003 tentang

Sistem Pendidikan Nasional dan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 18 Tahun 2006 tentang Anggaran Pendapatan Belanja Negara Tahun 2007 Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Buku Kedua:

**ANALISIS PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI
TERHADAP PENGUJIAN
UNDANG-UNDANG NOMOR 10 TAHUN 2008 TENTANG
PEMILIHAN UMUM
ANGGOTA DPR, DPD, DAN DPRD**

Novianto M. Hantoro*

* Peneliti Madya Bidang Hukum Konstitusi pada Pusat Pengkajian, Pengolahan Data dan Informasi (P3DI) Sekretariat Jenderal DPR-RI.

BAB I

PENDAHULUAN

Mahkamah Konstitusi merupakan salah satu lembaga negara pemegang kekuasaan kehakiman yang dibentuk melalui perubahan UUD 1945. Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk:

- a. menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar,
- b. memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar,
- c. memutus pembubaran partai politik,
- d. memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.¹

Selain kewenangan tersebut, Mahkamah Konstitusi mempunyai kewajiban memberikan putusan atas pendapat DPR mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar.²

Dalam pelaksanaan kewenangannya menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, terdapat satu undang-undang yang mendapat perhatian khusus masyarakat dalam kurun waktu 2008-2009, yaitu Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD. Paling tidak terdapat 14 (empat belas) permohonan terkait dengan pengujian undang-undang tersebut. Mahkamah Konstitusi telah mengeluarkan 11 (sebelas) putusan³ terkait dengan keempat belas permohonan tersebut. Substansi pengujian UU No. 10 Tahun 2008, antara lain meliputi:

1. Pasal 12 dan Pasal 67 mengenai ketiadaan syarat domisili dan ketiadaan syarat nonparpol untuk calon anggota DPD.

¹ Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

² Pasal 24C ayat (2) jo. Pasal 7B ayat (4) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

³ Jumlah putusan lebih sedikit dari jumlah permohonan, karena ada dua putusan yang menggabungkan beberapa permohonan, yaitu permohonan No. 22 dan 24 diperiksa bersamaan dan diputuskan dalam satu putusan dan permohonan perkara Nomor 110, 111, 112, dan 113 dalam satu putusan.

2. Pasal 316 huruf d mengenai pengecualian partai politik yang memiliki kursi di DPR untuk ikut dalam Pemilu 2009, meskipun tidak memenuhi *electoral threshold* (ET).
3. Pasal 50 huruf g terkait dengan syarat untuk menjadi calon anggota DPR dan DPRD, yaitu tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang mempunyai kekuatan hukum tetap, karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih.
4. Pasal 55 ayat (2) tentang dalam setiap 3 (tiga) orang bakal calon terdapat sekurang-kurangnya 1 (satu) orang perempuan bakal calon.
5. Pasal 205 ayat (4), ayat (5), ayat (6), dan ayat (7) tentang penghitungan perolehan jumlah kursi tahap kedua dan ketiga.
6. Pasal 214 huruf a, huruf b, huruf c, huruf d, dan huruf e tentang penentuan calon terpilih.
7. Pasal 98 ayat (2), ayat (3), dan ayat (4) serta Pasal 99 ayat (1) dan ayat (2) tentang sanksi bagi lembaga penyiaran atau media massa cetak.
8. Pasal 202 ayat (1), Pasal 203, Pasal 205, Pasal 206, Pasal 207, Pasal 208, dan Pasal 209 mengenai penetapan perolehan suara dan penetapan perolehan kursi.
9. Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g syarat untuk menjadi calon anggota DPR, DPD, dan DPRD, yaitu tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang mempunyai kekuatan hukum tetap, karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih.
10. Pasal 245 ayat (2), Pasal 245 ayat (3), Pasal 282, dan Pasal 307 terkait dengan larangan mengumumkan hasil survei atau hasil jajak pendapat pada masa tenang dan larangan mengumumkan hasil *quick count* sebelum hari berikutnya setelah hari/tanggal pemungutan suara.
11. Pasal 205 ayat (4), Pasal 211 ayat (3), dan Pasal 212 ayat (3) mengenai penghitungan perolehan kursi tahap kedua.

Terdapat beberapa hal yang menarik untuk dianalisis terkait dengan putusan Mahkamah Konstitusi terhadap pengujian Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tersebut, yaitu mengenai kewenangan Mahkamah Konstitusi dan hubungan antara politik dan hukum. Berdasarkan hal tersebut, maka permasalahan yang hendak dikaji dan dianalisis dalam penulisan ini adalah:

1. Bagaimanakah putusan-putusan Mahkamah Konstitusi terhadap pengujian UU Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD?
2. Bagaimanakah makna dan implikasi putusan Mahkamah Konstitusi tersebut terhadap kewenangan Mahkamah Konstitusi ke depan dan konstruksi hubungan antara politik dan hukum?

BAB II

KERANGKA PEMIKIRAN

Hak untuk menguji undang-undang bukan merupakan pemikiran baru. Pada saat perumusan UUD 1945 oleh BPUPKI, hal ini juga telah dibicarakan. Di dalam usulannya, Mohammad Yamin menghendaki supaya Mahkamah Agung mempunyai hak untuk memutus, bahwa sesuatu undang-undang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar. Namun usulan ini ditentang oleh Soepomo dengan dua alasan, *Pertama*, Supomo menganggap soal hak menguji berkaitan dengan paham demokrasi liberal dan trias politika yang tidak dianut oleh Pembukaan UUD 1945. *Kedua*, merupakan alasan kondisional, karena untuk membentuk pengadilan spesial, *constitutioneelhof*, -sesuatu pengadilan spesifik- yang semata-mata mengerjakan konstitusi, belum banyak ahli hukum tatanegara yang tersedia.⁴

Menurut Jimly Asshiddiqie, di dalam praktek, dikenal adanya tiga norma hukum yang dapat diuji atau yang biasa disebut *norm control mechanism*. Ketiganya sama-sama merupakan bentuk norma hukum sebagai hasil dari proses pengambilan keputusan hukum, yaitu (i) keputusan normatif yang berisi dan bersifat pengaturan (*regeling*); (ii) Keputusan normatif yang berisi dan bersifat penetapan administratif (*beschikking*); (iii) keputusan normatif yang berisi dan bersifat penghakiman (*judgement*) yang biasa disebut vonis.⁵ Ketiga bentuk norma hukum di atas dapat diuji kebenarannya melalui peradilan (*judicial*). Jika pengujian dilakukan oleh lembaga peradilan, maka prosesnya disebut *judicial review*. Namun jika pengujiannya dilakukan oleh bukan lembaga peradilan, maka tidak dapat disebut sebagai *judicial review*. Apabila yang diberikan kewenangan adalah lembaga parlemen maka disebut *legislative review*, sedangkan apabila diberikan kewenangannya kepada eksekutif, maka disebut *executive review*.⁶

⁴ Muhammad Yamin, *Naskah Persiapan Undang-Undang Dasar 1945* (Jakarta: Yayasan Prapanca, Jilid Pertama, 1959), hal. 341-3 dalam Harun Alrasid, *Hak Menguji dalam Teori dan Praktek*, dalam Jurnal Konstitusi, Volume I, Nomor 1, Juli 2004.

⁵ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, (Jakarta: Konstitusi Press, 2006), hal. 1.

⁶ *Ibid.*, hal. 1-2.

Menurut Harun Alrasid, istilah “hak menguji” berbeda dengan “*judicial review*”. Orientasi “hak menguji” ialah ke kontinental Eropa (Belanda), sedangkan “*judicial review*” orientasinya ialah ke Amerika Serikat. Dalam literatur hukum Belanda dan Indonesia, istilah “hak menguji” mencakup dua macam pengertian, yaitu formal dan material. Yang dimaksud dengan “hak menguji formal” (*formele toetsingsrecht*) ialah kewenangan hakim untuk menyelidiki apakah suatu produk legislatif telah dibuat secara sah. Yang dimaksud dengan “hak menguji material” (*materiele toetsingrecht*) ialah kewenangan hakim untuk menyelidiki apakah kekuasaan/organ yang membuat suatu peraturan berwenang untuk mengeluarkan peraturan yang bersangkutan, dan apakah isi peraturan tersebut tidak bertentangan dengan ketentuan yang dikeluarkan oleh pembuat peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.⁷ Menurut Harun Alrasid, kalau kita menyebut *judicial review*, maka kita beralih ke sistem peradilan Amerika Serikat. Hakim berwenang membatalkan tindakan pemerintah pusat yang dianggapnya bertentangan dengan undang-undang dasar, baik itu tindakan presiden (eksekutif) maupun tindakan kongres (legislatif), dan juga tindakan pemerintah negara bagian.⁸ Berbicara tentang *judicial review* tidak bisa dilepaskan dari kajian terhadap kasus yang sangat terkenal dalam dunia hukum Amerika, yaitu “*Marbury versus Madison*” (1803), yang mengorbitkan nama John Marshall, Ketua Mahkamah Agung Amerika Serikat yang diangkat oleh Presiden John Adams (1801). Dalil yang dipakai oleh Mahkamah Agung di bawah pimpinan *Chief Justice* John Marshall untuk memeriksa perkara *Marbury versus Madison* itu, tidak melalui pintu *Judiciary Act* Tahun 1789, melainkan melalui kewenangan yang ditafsirkannya dari konstitusi. Dari sinilah berkembang pengertian bahwa Mahkamah Agung (di Amerika Serikat) pada pokoknya merupakan lembaga pengawal konstitusi (*the Guardian of the Constitution of the United States of America*) yang bertanggung jawab menjamin agar norma dasar yang terkandung di dalamnya benar-benar ditaati dan dilaksanakan. Dengan sendirinya, menurut John Marshall, segala undang-undang buatan Kongres, apabila bertentangan dengan konstitusi sebagai “*the supreme law of the land*” harus dinyatakan “*null and void*”. Kewenangan inilah yang kemudian dikenal sebagai

⁷ Harun Alrasid, *op.cit.*, hal. 96.

⁸ *Ibid.*

doktrin “*judicial review*” sebagai sesuatu yang sama sekali baru dalam perkembangan sejarah hukum di Amerika Serikat sendiri dan juga di dunia.⁹

Banyak model pengujian undang-undang yang berlaku di beberapa negara.¹⁰ Di Indonesia, konsep dan ketentuan mengenai kewenangan Mahkamah Konstitusi -yang tertuang di dalam UUD 1945- untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, selanjutnya dijabarkan di dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Konsep tersebut antara lain:

1. Undang-undang yang dapat dimohonkan untuk diuji adalah undang-undang yang diundangkan setelah perubahan UUD 1945. (Setelah adanya putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 066/PUU-II/2004, tidak ada batasan mengenai hal ini);
2. Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu:
 - a. perorangan warga negara Indonesia;
 - b. kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;
 - c. badan hukum publik atau privat; atau
 - d. lembaga negara.
3. Permohonan terkait dengan:
 - a. pembentukan undang-undang yang dianggap tidak memenuhi ketentuan berdasarkan UUD 1945; dan/atau
 - b. materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang yang dianggap bertentangan dengan UUD 1945.

⁹ Luthfi Widagdo Eddyono, *Catatan Eksploratif Perkembangan Constitutional Review*, dalam Jurnal Konstitusi, Volume 2 Nomor 1 Juli 2005, hal. 149-140.

¹⁰ Menurut Jimly Asshiddiqie terdapat sepuluh model, Jimly Asshiddiqie, *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Jakarta, Konpress, 2005.

4. Putusan:

- a. Dalam hal Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa pemohon dan/atau permohonannya tidak memenuhi syarat, amar putusan menyatakan permohonan tidak dapat diterima.
- b. Dalam hal Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa permohonan beralasan, amar putusan menyatakan permohonan dikabulkan.
- c. Dalam hal permohonan dikabulkan, Mahkamah Konstitusi menyatakan dengan tegas materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari undang-undang yang bertentangan dengan UUD 1945.
- d. Dalam hal pembentukan undang-undang dimaksud tidak memenuhi ketentuan pembentukan undang-undang berdasarkan UUD 1945, amar putusan menyatakan permohonan dikabulkan.
- e. Dalam hal undang-undang dimaksud tidak bertentangan dengan UUD 1945, baik mengenai pembentukan maupun materinya sebagian atau keseluruhan, amar putusan menyatakan permohonan ditolak.

5. Implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi:

- a. Putusan Mahkamah Konstitusi yang amar putusannya menyatakan bahwa materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang bertentangan dengan UUD 1945, materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.
- b. Putusan Mahkamah Konstitusi yang amar putusannya menyatakan bahwa pembentukan undang-undang dimaksud tidak memenuhi ketentuan pembentukan undang-undang berdasarkan UUD 1945, undang-undang tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

BAB III

ANALISIS

A. Putusan Mahkamah Konstitusi terhadap Pengujian Undang-Undang Pemilu

Apabila digambarkan di dalam bentuk tabel, maka permohonan pengujian terhadap Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 berikut putusan Mahkamah Konstitusi adalah sebagai berikut:

| No. | Pemohon | Hari/ Tanggal | No. Putusan | Perkara | Putusan |
|-----|--|---------------------------|--------------------|--|----------------------|
| 1. | Pemohon: DPD RI (I); Anggota DPD RI (II); Warga Daerah (III); Perorangan Warga Negara Indonesia yang memiliki perhatian besar terhadap Pemilu, Parlemen Indonesia, dan penyaluran aspirasi daerah (IV). | Selasa, 01-07- 2008 | 10/PUU- VI/2008 | Pengujian UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Pasal 12 dan Pasal 67) | Mengabulkan sebagian |
| 2. | Para Pemohon: 1. Partai Persatuan Daerah (PPD) 2. Partai Perhimpunan Indonesia Baru (PPIB) 3. Partai Nasional Banteng Kemerdekaan (PNBK) 4. Partai Patriot Pancasila 5. Partai Buruh Sosial Demokrat 6. Partai Serikat 7. Partai Merdeka Kuasa Pemohon: A.Pat. | Kamis, 10-07- 2008 | 12/PUU- VI/2008 | Pengujian UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD (Pasal 316 huruf d) | Mengabulkan |
| 3. | Pemohon: Julius Daniel Elias Kaat Kuasa Pemohon: Hendra K. Hentas, S.H. dkk. | Kamis, 10-07- 2008 | 15/PUU- VI/2008 | Pengujian UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD Pasal 50 ayat (1) huruf g) | Ditolak |

| | | | | | |
|----|--|--------------------|----------------|---|---------------------|
| 4. | Pemohon: Muhammad Sholeh, S.H. Kuasa: Lujianto, S.H. | Selasa, 23-12-2008 | 22/PUU-VI/2008 | Pengujian UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Pasal 55 ayat (2) dan Pasal 214 huruf a, b, c, d, dan e) | Dikabulkan Sebagian |
| 5. | Pemohon 1: Sutjipto, S.H., M.Kn.; Pemohon 2: Septi Notariana, S.H., M.Kn.; Pemohon 3: Jose Dima Satria, S.H., M.Kn. | Selasa, 23-12-2008 | 24/PUU-VI/2008 | Pengujian UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Pasal 205 ayat (4), (5) dan Pasal 208) | Dikabulkan Sebagian |
| 6. | H. Tarman Azzam, dkk Kuasa Pemohon Torozatulo Mendrofa, S.H. LKBH PWI Pusat. | Selasa, 24-02-2009 | 32/PUU-VI/2008 | Pengujian Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 | Dikabulkan |
| 7. | Pemohon 1: Partai Politik Peserta Pemilu 2009 (PDP, PP, PPD, PPRN, PIS, PNBK Indonesia, PPIB, Pakar Pangan, Hanura, PKDI) Pemohon 2: Calon Anggota DPR dari Partai Politik Peserta Pemilu 2009 Pemohon 3: Anggota Partai Politik Peserta Pemilu 2009 | Jumat, 13-02-2009 | 3/PUU-VII/2009 | Pengujian UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD [Pasal 202 ayat (1)] | Ditolak |
| 8. | Pemohon 1: Robertus Kuasa Pemohon Zairin Harahap, S.H., M.Si, dkk (PUSHAM UII). | Selasa, 24-03-2009 | 4/PUU-VII/2009 | Pengujian UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD [Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g] | Dikabulkan Sebagian |

| | | | | | |
|-----|--|-------------------|------------------------------|--|----------------------|
| 9. | Pemohon 1: Denny Yanuar Ali, Ph.D Pemohon 2: Drs. Umar S. Bakry, MA Kuasa Pemohon: Dr. A. Muhammad Asrun, S.H., M.H. Bachtiar Sitanggang, S.H. | Senin, 30-03-2009 | 9/PUU-VII/2009 | Pengujian Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 | Dikabulkan Sebagian |
| 10. | Pemohon 1: DR. H. Andi Jamaro Dulung, M.Si Pemohon 2: Prof. Dr. Hamka Haq, MA Pemohon 3: Edward Tanari. | Kamis, 08-10-2009 | 107/PUU-VII/2009 | Pengujian UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD [Pasal 205 ayat (1)] | Tidak Dapat Diterima |
| 11. | Wiranto dan Yudi Usman Sumanegara (Partai Hanura) Kuasa Pemohon: Dr. Andi M. Asrun, S.H., M.H., dkk, Ahmad Yani H. Zainut Tauhid M. Romahurmuziy Machmud Yunus H. M. Arwani Thomafi (Partai Persatuan Pembangunan) Kuasa Pemohon: AH. Wakil Kamal, S.H., M.H., dkk Suhadi dan Ahmad Muzani (Partai Gerindra) Kuasa Pemohon: H. M. Mahendradatta, S.H., M.H., M.A., Ph.D., dkk Tifatul Sembiring dan Anis Matta (Partai Keadilan Sejahtera) Kuasa Pemohon: Refli Harun, S.H., M.H., L.L.M., dkk. | Jumat, 07-08-2009 | 110-111-112-113/PUU-VII/2009 | Pengujian UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD [Pasal 205 ayat (4)] | Dikabulkan sebagian |

Sumber: <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/> (diolah)

1. Perkara Nomor 10/PUU-VI/2008¹¹

Perkara pertama terkait dengan pengujian Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008, diajukan oleh 4 (empat) Pemohon, salah satunya adalah DPD sebagai lembaga negara. Pemohon mengajukan permohonan untuk menguji ketentuan Pasal 12 dan Pasal 67 UU No. 10 Tahun 2008. Pasal 12 mengatur ketentuan mengenai ketiadaan syarat domisili dan ketiadaan syarat non-parpol bagi calon Anggota DPD. Sementara Pasal 67 mengatur mengenai kelengkapan administratifnya.

Terdapat setidaknya 3 (tiga) substansi yang harus dijawab oleh Mahkamah Konstitusi, yaitu:

Pertama, apakah syarat domisili bagi calon anggota DPD merupakan norma konstitusi yang implisit melekat pada Pasal 22C ayat (1) dan (2) UUD 1945, sehingga menjadi syarat mutlak bagi calon anggota DPD dan seharusnya tercantum dalam Pasal 12 dan Pasal 67 UU Nomor 10 Tahun 2008, hanya karena norma yang demikian pernah tercantum dalam UU Nomor 12 Tahun 2003 dan juga dimuat dalam RUU Pemilu 2008 versi Pemerintah;

Kedua, apakah syarat non-Parpol bagi calon anggota DPD merupakan norma konstitusi yang implisit melekat pada Pasal 22E ayat (4) UUD 1945, sehingga menjadi syarat mutlak bagi calon anggota DPD dan seharusnya tercantum dalam Pasal 12 dan Pasal 67 UU Nomor 10 Tahun 2008, hanya karena norma yang demikian pernah tercantum dalam UU Nomor 12 Tahun 2003 dan juga dimuat dalam RUU Pemilu 2008 versi Pemerintah;

Ketiga, seandainya jawaban atas masalah *Pertama* dan *Kedua* ya dan benar, apakah ketiadaan suatu norma konstitusi yang seharusnya dimuat dalam UU Nomor 10 Tahun 2008 dapat dimohonkan pengujian konstiusionalitasnya; apakah ketiadaan suatu norma yang menurut Pemohon seharusnya ada dalam suatu undang-undang, *in casu* ketiadaan norma syarat domisili dan non-Parpol yang seharusnya dimuat dalam UU Nomor 10 Tahun 2008 dapat dimaknai sebagai materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang yang bersangkutan,

¹¹ Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 10/PUU-VI/2008.

Terhadap ketiga permasalahan tersebut, Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa syarat berdomisili di provinsi yang diwakilinya bagi calon anggota DPD merupakan norma konstitusi yang implisit melekat pada ketentuan Pasal 22C ayat (1) yang berbunyi, "*Anggota Dewan Perwakilan Daerah dipilih dari setiap provinsi melalui pemilihan umum*" dan Pasal 22C ayat (2) yang berbunyi, "*Anggota Dewan Perwakilan Daerah dari setiap provinsi jumlahnya sama dan jumlah seluruh anggota Dewan Perwakilan Daerah itu tidak lebih dari sepertiga jumlah anggota Dewan Perwakilan Rakyat.*" Sehingga, seharusnya norma konstitusi yang bersifat implisit tersebut dicantumkan sebagai norma yang secara eksplisit dirumuskan dalam Pasal 12 dan Pasal 67 UU Nomor 10 Tahun 2008 sebagai syarat bagi calon anggota DPD. Sebagai akibatnya, Pasal 12 dan Pasal 67 UU Nomor 10 Tahun 2008 yang tidak memuat secara eksplisit ketentuan yang demikian, harus dipandang inkonstitusional;

Terhadap permasalahan kedua, Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa syarat non-Parpol bagi calon anggota DPD bukan merupakan norma konstitusi yang implisit melekat pada Pasal 22E ayat (4) UUD 1945 yang berbunyi, "*Peserta pemilihan umum untuk memilih anggota Dewan Perwakilan Daerah adalah perseorangan.*" Kandungan norma yang tercantum dalam Pasal 22E ayat (4) UUD 1945 adalah bahwa untuk mencalonkan diri sebagai calon anggota DPD, perseorangan harus 'mencalonkan' dirinya sendiri sebagai peserta Pemilu, bukan dicalonkan oleh Parpol. Hal itu berbeda dengan calon anggota DPR, perseorangan yang ingin menjadi anggota DPR harus dicalonkan oleh Parpol yang merupakan peserta Pemilu (Pasal 22E ayat (3) UUD 1945). Dalam UU Nomor 12 Tahun 2003 dan draf RUU Pemilu versi Pemerintah yang dijadikan rujukan oleh para Pemohon, juga tidak ada istilah non-Parpol, melainkan hanya bukan pengurus Parpol. Demikian pula, baik dalam pengalaman sejarah praktik di Indonesia pada era Konstitusi RIS 1949 dan era berlakunya kembali UUD 1945 tidak pernah ada syarat non-Parpol bagi keanggotaan Senat RIS dan Utusan Daerah. Sedangkan di berbagai negara lain, sebagai perbandingan, penerapan syarat non-Parpol tersebut juga berbeda-beda dan tidak mutlak

harus ada. Terlebih lagi, dalam perkembangannya, Parpol-parpol di Indonesia juga telah membuka diri dengan merekrut perseorangan-perseorangan yang bukan anggota atau kader Parpol untuk dicalonkan menjadi anggota DPR dan DPRD. Dengan demikian, syarat non-Parpol bagi calon anggota DPD bukanlah norma konstitusi yang bersifat implisit melekat pada istilah “perseorangan” dalam Pasal 22E ayat (4) UUD 1945, sehingga juga tidaklah mutlak harus tercantum dalam Pasal 12 dan Pasal 67 UU Nomor 10 Tahun 2008, sebagaimana pernah dicantumkan dalam UU Nomor 12 Tahun 2003, atau berarti bersifat fakultatif.

Terhadap permasalahan ketiga, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa Mahkamah Konstitusi dapat juga menyatakan bahwa suatu pasal, ayat, dan/atau bagian undang-undang yang tidak memuat suatu norma konstitusi yang implisit melekat pada suatu pasal konstitusi yang seharusnya diderivasi secara eksplisit dalam rumusan pasal, ayat, dan/atau bagian undang-undang, oleh Mahkamah dapat dinyatakan sebagai “konstitusional bersyarat” (*conditionally constitutional*) atau “inkonstitusional bersyarat” (*conditionally unconstitutional*).

Terhadap putusan tersebut, terdapat 4 orang hakim konstitusi yang mengajukan pendapat berbeda (*dissenting opinion*).

2. Perkara Nomor 12/PUU-VI/2008¹²

Perkara kedua diajukan oleh tujuh partai politik, yaitu 1. Partai Persatuan Daerah (PPD) 2. Partai Perhimpunan Indonesia Baru (PPIB) 3. Partai Nasional Banteng Kemerdekaan (PNBK) 4. Partai Patriot Pancasila 5. Partai Buruh Sosial Demokrat 6. Partai Serikat 7. Partai Merdeka. Pasal yang dimintakan untuk diuji adalah Pasal 316 huruf d mengenai pengecualian partai politik yang memiliki kursi di DPR untuk ikut dalam Pemilu 2009, meskipun tidak memenuhi ET.

¹² Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 12/PUU-VI/2008.

Terhadap permohonan tersebut, Mahkamah Konstitusi menyimpulkan:

- a. Pasal 316 huruf d UU 10/2008 tidak jelas *ratio legis* dan konsistensinya sebagai pengaturan masa transisi dari prinsip *electoral threshold* ke prinsip *parliamentary threshold* yang ingin diwujudkan melalui Pasal 202 UU Nomor 10 Tahun 2008;
- b. Parpol-parpol Peserta Pemilu 2004, baik yang memenuhi ketentuan Pasal 316 huruf d UU Nomor 10 Tahun 2008 maupun yang tidak memenuhi, sejatinya mempunyai kedudukan yang sama, yaitu sebagai Parpol Peserta Pemilu 2004 yang tidak memenuhi *electoral threshold*, sebagaimana yang dimaksud, baik oleh Pasal 9 ayat (1) UU 12/2003 maupun oleh Pasal 315 UU Nomor 10 Tahun 2008;
- c. Pasal 316 huruf d UU Nomor 10 Tahun 2008 merupakan ketentuan yang memberikan perlakuan yang tidak sama dan menimbulkan ketidakpastian hukum (*legal uncertainty*) dan ketidakadilan (*injustice*) terhadap sesama Parpol Peserta Pemilu 2004 yang tidak memenuhi ketentuan Pasal 315 UU Nomor 10 Tahun 2008;

Dengan pertimbangan tersebut, Mahkamah Konstitusi mengabulkan permohonan Pemohon.

3. Perkara Nomor 15/PUU-VI/2008¹³

Pasal yang diujikan dalam permohonan ini adalah Pasal 50 huruf g terkait dengan syarat untuk menjadi calon anggota DPR dan DPRD, yaitu tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang mempunyai kekuatan hukum tetap, karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih. Terhadap permohonan ini, Mahkamah berkesimpulan:

- a. Bahwa terhadap permohonan yang substansinya sama dengan permohonan tersebut Mahkamah telah menyatakan pendiriannya, sebagaimana tertuang dalam Putusan Nomor 14-17/PUU-V/2007 tanggal 11 Desember 2007;

¹³ Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 15/PUU-VI/2008.

- b. Bahwa sejalan dengan konklusi pada angka di atas maka Pasal 50 ayat (1) huruf g UU Nomor 10 Tahun 2008 pun harus dinyatakan konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*), yaitu bahwa Pasal 50 ayat (1) huruf g UU Nomor 10 Tahun 2008 dimaksud adalah konstitusional sepanjang tidak mencakup tindak pidana yang timbul karena kealpaan ringan (*culpa levis*) dan kejahatan politik dalam pengertian perbuatan yang sesungguhnya merupakan ekspresi pandangan atau sikap politik (*politieke overtuiging*) yang dijamin dalam 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.

4. Perkara Nomor 22-24/PUU-VI/2008¹⁴

Terhadap dua permohonan tersebut, Mahkamah Konstitusi menggabungkan keduanya dan memeriksa, mengadili serta memutuskan dalam satu putusan. Pasal yang diuji dalam perkara ini adalah:

- a. Pasal 55 ayat (2) tentang dalam setiap 3 (tiga) orang bakal calon terdapat sekurang-kurangnya 1 (satu) orang perempuan bakal calon.
- b. Pasal 205 ayat (4), ayat (5), ayat (6), dan ayat (7) tentang penghitungan perolehan jumlah kursi tahap kedua dan ketiga.
- c. Pasal 214 huruf a, huruf b, huruf c, huruf d, dan huruf e tentang penentuan calon terpilih.

Berdasarkan seluruh penilaian atas fakta dan hukum yang ada, Mahkamah berkesimpulan:

- a. Bahwa Pasal 55 ayat (2) UU Nomor 10 Tahun 2008 meskipun dipandang sebagai suatu yang bersifat diskriminatif secara terbalik atau *reverse discrimination*, akan tetapi tidak melanggar konstitusi karena ketentuan tersebut untuk meletakkan dasar dasar yang adil secara sama bagi laki-

¹⁴ Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 22-24/PUU-VI/2008.

laki dan perempuan, karenanya permohonan Pemohon tidak beralasan;

- b. Bahwa Pasal 205 ayat (4), ayat (5), ayat (6) dan ayat (7) UU Nomor 10 Tahun 2008 tidak bertentangan dengan Pasal 22E ayat (1) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, karenanya permohonan Pemohon tidak beralasan;
- c. Bahwa Pasal 214 huruf a, huruf b, huruf c, huruf d, dan huruf e UU Nomor 10 Tahun 2008 bertentangan dengan Pasal 1 ayat (2), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1) dan ayat (3), dan Pasal 28E ayat (3) UUD 1945, karenanya permohonan Pemohon beralasan dan harus dikabulkan;

Secara teknis administratif Mahkamah Konstitusi meyakini pelaksanaan putusan penetapan calon terpilih berdasarkan suara terbanyak tidak akan menimbulkan hambatan yang pelik karena Pihak Terkait Komisi Pemilihan Umum pada Sidang Pleno di Mahkamah Konstitusi tanggal 12 November 2008 menyatakan siap melaksanakan putusan Mahkamah jika memang harus menetapkan anggota legislatif berdasarkan suara terbanyak. Terhadap putusan tersebut, 1 hakim konstitusi mengajukan *dissenting opinion*.

5. Perkara Nomor 32/PUU-VI/2008¹⁵

Pasal yang dimohonkan untuk diuji adalah Pasal 98 ayat (2), ayat (3), dan ayat (4) serta Pasal 99 ayat (1) dan ayat (2) tentang sanksi bagi lembaga penyiaran atau media massa cetak.

Putusan Mahkamah Konstitusi terhadap perkara ini adalah:

- Mengabulkan permohonan para Pemohon untuk seluruhnya;
- Menyatakan Pasal 98 ayat (2), ayat (3), dan ayat (4) serta Pasal 99 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 51, Tambahan Lembaran

¹⁵ Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 32/PUU-VI/2008.

Negara Republik Indonesia Nomor 4836) **bertentangan** dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

- Menyatakan Pasal 98 ayat (2), ayat (3), dan ayat (4) serta Pasal 99 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 51, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4836) **tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat**;
- Memerintahkan pemuatan Putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya.

5. Perkara Nomor 3/PUU-VII/2009¹⁶

Pasal yang dimohonkan untuk diuji adalah Pasal 202 ayat (1), Pasal 203, Pasal 205, Pasal 206, Pasal 207, Pasal 208, dan Pasal 209 mengenai penetapan perolehan suara dan penetapan perolehan kursi.

Berdasarkan pertimbangan atas fakta dan hukum, Mahkamah berkesimpulan bahwa:

- Pasal 202 ayat (1), Pasal 203, Pasal 205, Pasal 206, Pasal 207, Pasal 208, dan Pasal 209 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 51, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4836) tidak bertentangan dengan Pasal 1 ayat (2) dan ayat (3), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1) dan ayat (3), dan Pasal 28I ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- Dalil-dalil para Pemohon tidak cukup beralasan untuk dikabulkan;

Terhadap putusan tersebut, 2 Hakim Konstitusi mengajukan *dissenting opinion*.

¹⁶ Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 3/PUU-VII/2009.

6. Perkara Nomor 4/PUU-VII/2009¹⁷

Pasal yang diuji adalah Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g syarat untuk menjadi calon anggota DPR, DPD, dan DPRD, yaitu tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang mempunyai kekuatan hukum tetap, karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih.

Terhadap perkara tersebut, Mahkamah Konstitusi memutuskan:

- a. Menyatakan mengabulkan permohonan Pemohon untuk sebagian;
- b. Menyatakan 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 (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 51, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4836) serta Pasal 58 huruf f Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 59, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4844) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 secara bersyarat (*conditionally unconstitutional*);
- c. Menyatakan 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 (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 51, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4836) serta Pasal 58 huruf f Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 59, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor

¹⁷ Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 4/PUU-VII/2009.

4844) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak memenuhi syarat-syarat:

- (i) tidak berlaku untuk jabatan publik yang dipilih (*elected officials*);
 - (ii) berlaku terbatas jangka waktunya hanya selama 5 (lima) tahun sejak terpidana selesai menjalani hukumannya;
 - (iii) dikecualikan bagi mantan terpidana yang secara terbuka dan jujur mengemukakan kepada publik bahwa yang bersangkutan mantan terpidana;
 - (iv) bukan sebagai pelaku kejahatan yang berulang-ulang;
- d. Menyatakan menolak permohonan Pemohon untuk selain dan selebihnya;
- e. Memerintahkan pemuatan Putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya.

8. Perkara Nomor 9/PUU-VII/2009¹⁸

Pasal yang diuji adalah Pasal 245 ayat (2), Pasal 245 ayat (3), Pasal 282, dan Pasal 307 terkait dengan larangan mengumumkan hasil survei atau hasil jajak pendapat pada masa tenang dan larangan mengumumkan hasil *quick count* sebelum hari berikutnya setelah hari/tanggal pemungutan suara.

Terhadap perkara tersebut, Mahkamah Konstitusi memutuskan:

- Menyatakan mengabulkan permohonan Pemohon untuk sebagian;
- Menyatakan Pasal 245 ayat (2), Pasal 245 ayat (3), Pasal 282, dan Pasal 307 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 51, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4836) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

¹⁸ Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 9/PUU-VII/2009.

- Menyatakan Pasal 245 ayat (5) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 51, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4836) sepanjang frasa “ayat (2), ayat (3), dan” bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- Menyatakan Pasal 245 ayat (2), Pasal 245 ayat (3), Pasal 282, dan Pasal 307 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 51, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4836), tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;
- Menyatakan Pasal 245 ayat (5) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 51, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4836) sepanjang frasa “ayat (2), ayat (3), dan” bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;
- Menolak permohonan Pemohon untuk selebihnya;
- Memerintahkan pemuatan Putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya.

Terhadap putusan tersebut, 3 Hakim Konstitusi mengajukan *dissenting opinion*.

9. Perkara Nomor 107/PUU-VII/2009¹⁹

Pasal yang diminta untuk diuji adalah Pasal 205 ayat (1) mengenai penghitungan perolehan suara.

Terhadap perkara tersebut, Mahkamah Konstitusi berpendapat sebagai berikut:

¹⁹ Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 107/PUU-VII/2009.

- a. Bahwa memang benar para Pemohon adalah termasuk pemohon perorangan warga negara Indonesia yang menjadi calon anggota DPR pada Pemilu 2009;
- b. Bahwa namun demikian, dalil para Pemohon mengenai Pasal 22E ayat (1) UUD 1945 yang dianggap sebagai hak konstitusional mereka adalah tidak tepat, karena Pasal 22E ayat (1) UUD 1945 yang berbunyi, "*Pemilihan umum dilaksanakan secara langsung, umum, bebas, rahasia, jujur, dan adil setiap lima tahun sekali*", bukanlah ketentuan yang secara langsung memberikan hak konstitusional warga negara sebagaimana dimaksud Pasal 51 ayat (1) UU Mahkamah Konstitusi, melainkan ketentuan mengenai keharusan dilaksanakannya Pemilu secara periodik setiap lima tahun sekali berdasarkan asas langsung, umum, bebas, rahasia, jujur, dan adil;
- c. Bahwa lagi pula, Pasal 205 ayat (1) UU Nomor 10 Tahun 2008 yang berbunyi, "*Penentuan perolehan jumlah kursi anggota DPR Partai Politik Peserta Pemilu didasarkan atas hasil penghitungan seluruh suara sah dari setiap Partai Politik Peserta Pemilu yang memenuhi ketentuan Pasal 202 di daerah pemilihan yang bersangkutan*", tidak ada kaitannya dengan hak konstitusional yang didalilkan oleh para Pemohon. Hal demikian disebabkan karena Pasal 205 ayat (1) UU Nomor 10 Tahun 2008 hanyalah mengatur mengenai mekanisme penentuan perolehan kursi Partai Politik Peserta Pemilu di suatu daerah pemilihan sebagai konsekuensi diterapkannya prinsip "*parliamentary threshold*" sebagaimana dimaksud dalam Pasal 202 ayat (1) UU Nomor 10 Tahun 2008 yang berbunyi, "*Partai Politik Peserta Pemilu harus memenuhi ambang batas perolehan suara sekurang-kurangnya 2,5% (dua koma lima perseratus) dari jumlah suara sah secara nasional untuk diikutkan dalam penentuan perolehan kursi DPR*";
- d. Bahwa kalau disimak bunyi Pasal 205 ayat (1) UU 10/2008 di atas, sejatinya yang mempunyai hak dan/atau kewenangan konstitusional untuk mempersoalkan konstitusionalitasnya adalah Partai Politik Peserta Pemilu, bukan para calon legislatifnya, karena Pasal tersebut adalah mengenai cara

penentuan perolehan kursi Partai Politik Peserta Pemilu untuk anggota DPR, bukan mengenai penentuan terpilih tidaknya calon anggota DPR;

- e. Bahwa dengan demikian, para Pemohon tidak memenuhi syarat mengenai kedudukan hukum (*legal standing*) sebagaimana dimaksud Pasal 51 ayat (1) UU Mahkamah Konstitusi karena tidak memenuhi persyaratan adanya kerugian hak konstitusional;
- f. Menimbang bahwa karena para Pemohon tidak memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan permohonan yang dimaksud, maka pokok permohonan tidak perlu dipertimbangkan dan dinilai menurut hukum;

Menimbang bahwa berdasarkan penilaian fakta dan hukum tersebut di atas, Mahkamah berkesimpulan bahwa:

- Mahkamah berwenang untuk memeriksa, mengadili, dan memutus permohonan para Pemohon;
- Para Pemohon tidak memenuhi syarat kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan permohonan tersebut;
- Pokok Permohonan tidak relevan untuk dipertimbangkan dan dinilai menurut hukum.

10. Perkara Nomor 110-113/PUU-VII/2009²⁰

Perkara ini diputuskan secara bersamaan dari 4 (empat) permohonan mengenai cara penetapan perolehan kursi bagi anggota DPR, DPRD Provinsi, dan DPRD Kabupaten/Kota. Terhadap perkara ini Mahkamah Konstitusi berkesimpulan:

- Mahkamah berwenang untuk memeriksa perkara *a quo*;
- Para pemohon memiliki *legal standing*;
- Pasal 205 ayat (4), Pasal 211 ayat (3) dan Pasal 212 ayat (3) UU Nomor 10 Tahun 2008 adalah konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) yang berarti konstitusional sepanjang diartikan sebagaimana pertimbangan dan putusan Mahkamah Konstitusi.

²⁰ Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 110-111-112-113/PUU-VII/2009.

Berdasarkan beberapa permohonan tersebut, maka *summary* putusan dari perkara permohonan terhadap UU Nomor 10 tahun 2008 tentang Pemilu adalah sebagai berikut:

- 1) Pasal yang dibatalkan atau yang dianggap tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat adalah:
 - a. Pasal 316 huruf d;
 - b. Pasal 214 huruf a, huruf b, huruf c, dan huruf d;
 - c. Pasal 98 ayat (2), ayat (3), dan ayat (4);
 - d. Pasal 99 ayat (1) dan ayat (2);
 - e. Pasal 245 ayat (2) dan ayat (3);
 - f. Pasal 282;
 - g. Pasal 307.
- 2) Bagian Pasal atau ayat yang dibatalkan atau yang dianggap tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat adalah Pasal 245 ayat (5) sepanjang frasa "*ayat (2), ayat (3), dan*"
- 3) Pasal yang dinyatakan *conditionally constitutional* (konstitusional) bersyarat:
 - a. Pasal 12 dan Pasal 67 konstitusional, namun harus dibaca/ ditafsirkan sepanjang memasukkan syarat domisili di provinsi yang diwakilinya bagi calon anggota DPD;
 - b. Pasal 50 ayat (1) huruf g konstitusional sepanjang tidak mencakup tindak pidana yang timbul karena kealpaan ringan (*culpa levis*) dan kejahatan politik dalam pengertian perbuatan yang sesungguhnya merupakan ekspresi pandangan atau sikap politik (*politieke overtuiging*) yang dijamin dalam 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;
 - c. Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g: tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak memenuhi syarat-syarat:
 - (1) tidak berlaku untuk jabatan publik yang dipilih (*elected officials*);

- (2) berlaku terbatas jangka waktunya hanya selama 5 (lima) tahun sejak terpidana selesai menjalani hukumannya;
- (3) dikecualikan bagi mantan terpidana yang secara terbuka dan jujur mengemukakan kepada publik bahwa yang bersangkutan mantan terpidana;
- (4) bukan sebagai pelaku kejahatan yang berulang-ulang;
- d. Pasal 205 ayat (4);
- e. Pasal 211 ayat (3);
- f. Pasal 212 ayat (3).

B. Implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi

Terdapat beberapa hal yang menarik dari perkara pengujian Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD yang berimplikasi pada adanya kewenangan “baru” dari Mahkamah Konstitusi, yaitu menguji ketiadaan norma dalam undang-undang, menginterpretasikan norma yang implisit dalam undang-undang dasar, dan menjadi *positive legislator*.

1) Menguji Ketidadaan Norma dalam Undang-Undang

Dalam perkara nomor 10/PUU-VI/2008, pokok materi permohonan yang diajukan oleh Para Pemohon adalah ketentuan Pasal 12 dan Pasal 67 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD. Ketentuan Pasal 12 dan Pasal 67 Undang-Undang Pemilu yang **tidak mengatur norma syarat domisili** dianggap bertentangan dengan Pasal 22C ayat (1) UUD 1945. Sedangkan **ketidadaan syarat non-parpol** dalam ketentuan Pasal 12 dan Pasal 67 Undang-Undang Pemilu dianggap bertentangan dengan Pasal 22E ayat (4) UUD 1945. Permohonan pengujian mengenai ketidadaan norma dalam Undang-Undang Pemilu juga disadari oleh Pemohon. Padahal, umumnya pengujian undang-undang dilakukan karena adanya norma (rumusan) di dalam undang-undang yang dianggap inkonstitusional.

Pemohon menginterpretasikan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 dan Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi bahwa inkonstitusionalitas suatu undang-undang dapat disebabkan oleh adanya norma undang-undang yang bertentangan dengan UUD 1945 maupun mengenai tiadanya norma tertentu dalam undang-undang. Padahal berdasarkan Pasal 51 ayat (3) huruf b Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi jelas disebutkan: *"bahwa dalam permohonan, pemohon wajib menguraikan dengan jelas materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang dianggap bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945"*. Ketentuan ini tentunya dimaksudkan bahwa materi muatan tersebut (berupa rumusan) yang terdapat dalam pasal, ayat, bagian dari undang-undang yang bertentangan dengan UUD Tahun 1945. Undang-undang sendiri merupakan peraturan tertulis yang dibentuk oleh DPR dengan persetujuan bersama Presiden. Peraturan yang tidak tertulis bukan merupakan undang-undang. Sehingga uji materiil terhadap undang-undang juga harus diartikan menguji apa yang tertulis di dalam undang-undang tersebut.

Pemohon tidak menyebutkan pada kalimat, frasa, kata, huruf, maupun tanda baca mana dalam Pasal 12 tersebut yang bertentangan dengan UUD. Bahkan Pemohon mengakui dan menyatakan bahwa *"norma-norma yang telah ada (tertulis) dalam UU Pemilu telah sesuai dan tidak bertentangan dengan UUD 1945"*. Dengan demikian sangat tidak wajar apabila norma-norma yang tidak bertentangan dengan UUD 1945 tersebut dimohonkan untuk dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945. Demikian pula akan menjadi janggal apabila rumusan yang tertulis pada Pasal 12 huruf a sampai huruf p Undang-Undang Pemilu yang tidak bertentangan dengan Pasal 22C ayat (1) dan Pasal 22E ayat (4) UUD 1945 dinyatakan bertentangan dengan Pasal 22C ayat (1) dan Pasal 22E ayat (4) UUD Tahun 1945.

Dengan mengajukan Permohonan Uji Materiil terhadap ketiadaan norma UU terhadap UUD 1945, permohonan ini dapat dinamakan sebagai "uji immateriil UU". Mahkamah Konstitusi merupakan *negative legislator*, sementara DPR dan

Presiden merupakan *positive legislator*, yang bermakna DPR dan pemerintah membuat norma undang-undang, kemudian Mahkamah Konstitusi meniadakan norma dalam UU apabila bertentangan dengan UUD. Uji immateriil yang diajukan oleh Pemohon akan menempatkan Mahkamah Konstitusi sebagai positif legislator karena memohon kepada Mahkamah Konstitusi untuk memasukkan norma tertentu. Permohonan tersebut lebih tepat masuk dalam ranah *legislative review* dibandingkan dengan *judicial review*.

Pendapat yang terhormat salah satu Hakim Konstitusi pada saat seleksi calon Hakim Konstitusi di DPR sangat menarik untuk disimak, yaitu mengenai 10 rambu yang harus dijadikan landasan Mahkamah Konstitusi dan para hakimnya dalam melaksanakan fungsi dan tugasnya salah satunya adalah: "Tak boleh membuat putusan yang bersifat mengatur, pembatalan UU tidak boleh disertai pengaturan, karena pengaturan adalah ranah legislatif. Mahkamah Konstitusi hanya boleh mengatakan suatu UU atau isinya konstitusional atau tidak konstitusional".²¹ Namun demikian, pada kenyataannya beberapa putusan MK sebagaimana yang akan dianalisis ini sifatnya mengatur. Termasuk putusan yang memperbolehkan penggunaan KTP dalam Pemilu Presiden dan Wakil Presiden.

Adapun terhadap dalil pemohon telah terjadi penghilangan norma oleh pembentuk undang-undang, DPR dalam keterangan tertulisnya menyampaikan bahwa tanpa bermaksud menyamakan posisi DPD dengan Senat di Thailand atau Senat di Argentina, namun yang ingin disampaikan di sini adalah pemaknaan dari "*Penghilangan Norma Kostitusi dalam Undang-Undang*" sebagai berikut:

- a. Konstitusi Thailand secara tegas menyebutkan bahwa ada beberapa kualifikasi yang menjadikan seseorang tidak berhak menjadi calon senator diantaranya adalah menjadi anggota atau memegang kepengurusan/posisi tertentu di partai politik;

²¹ Moh. Mahfud MD, *Mahkamah Konstitusi dan Independence of Judiciary dalam Negara Hukum yang Demokratis*, makalah untuk kelengkapan seleksi calon Hakim Mahkamah Konstitusi, 10 Maret 2008, hal. 3.

- b. Konstitusi Argentina menyebutkan bahwa syarat untuk menjadi anggota Senat salah satunya adalah penduduk asli dari provinsi tersebut atau telah dua tahun berdomisili di daerah tersebut.

Apabila kemudian Undang-Undang Pemilu menghapuskan syarat tersebut, hal ini dapat dikatakan bahwa Undang-Undang Pemilu telah menghilangkan norma konstitusi dalam Undang-Undang Pemilu.

Dengan demikian apa yang dimaksud oleh Para Pemohon mengenai "*Penghilangan Norma Konstitusi dalam Undang-Undang Pemilu*" tidak benar, karena tidak ada norma di dalam UUD Tahun 1945 yang secara eksplisit menyebutkan syarat untuk menjadi calon anggota DPD adalah bukan berasal dari partai politik dan berdomisili di wilayah yang bersangkutan sebagaimana pada Konstitusi Thailand dan Konstitusi Argentina tersebut di atas. Sehingga tidak ada norma dalam UUD Tahun 1945 yang dihilangkan di dalam Undang-Undang Pemilu.

Terhadap perkara tersebut, terdapat tiga alternatif kemungkinan putusan Mahkamah, yaitu:

- a. apabila permohonan konstiusionalitas Pasal 12 dan Pasal 67 UU Nomor 10 Tahun 2008 dipandang sebagai kabur atau tidak jelas dengan akibat permohonan tidak dapat diterima, maka masih terbuka bagi pihak-pihak yang ingin memohon pengujian norma-norma yang secara eksplisit tercantum dalam Pasal 12 dan Pasal 67 UU Nomor 10 Tahun 2008;
- b. apabila Pasal 12 dan Pasal 67 UU Nomor 10 Tahun 2008 dinyatakan sebagai "konstitusional bersyarat" (*conditionally constitutional*) akan berimplikasi amar putusan menyatakan "permohonan ditolak", sementara pernyataan tidak sesuai dengan spirit (implisit melekat pada) UUD 1945 hanya tercantum dalam pertimbangan hukum, sehingga tidak berpengaruh terhadap keberlakuan Pasal 12 dan Pasal 67 UU UU Nomor 10 Tahun 2008, kecuali jika pembentuk undang-undang atau KPU menindaklanjuti pertimbangan hukum Mahkamah dengan membuat regulasi yang mengakomodasi pertimbangan hukum Mahkamah;

- c. apabila Pasal 12 dan Pasal 67 UU Nomor 10 Tahun 2008 dinyatakan sebagai “inkonstitusional bersyarat” (*conditionally unconstitutional*), akan berimplikasi bahwa amar putusan menyatakan “permohonan dikabulkan”, yang berarti seluruh ketentuan yang tercantum dalam Pasal 12 dan Pasal 67 UU Nomor 10 Tahun 2008 dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat (termasuk misalnya syarat-syarat warga negara Indonesia, takwa kepada Tuhan Yang Maha Esa, sehat jasmani dan rohani, dan lain-lain).

Pada akhirnya Mahkamah Konstitusi memutuskan bahwa Pasal 12 dan 67 adalah konstitusional bersyarat, yaitu jika dimaknai sepanjang memasukkan syarat domisili di provinsi yang diwakilinya bagi calon anggota DPD. Namun putusan ini tidak diambil secara bulat, karena dari sembilan orang Hakim Konstitusi, empat orang Hakim Konstitusi menyatakan pendapat yang berbeda (*dissenting opinion*). Dengan demikian dapat dikatakan “kemenangan pemohon” diperoleh dengan “*split decision*” yang sangat tipis dengan beda satu suara. Terlepas dari itu semua, ada implikasi yuridis yang mau tidak mau harus diterima, yaitu Mahkamah Konstitusi telah mengingkari hakikat dirinya sebagai *negative legislator*, maka di masa yang akan datang, menurut tiga orang Hakim Konstitusi yang menyatakan pendapat yang berbeda, Mahkamah tidak mempunyai alasan untuk menolak permohonan serupa, sehingga dengan demikian Mahkamah telah bermetamorfosis menjadi *postive legislator*. Hal itu juga akan menghilangkan hakikat Mahkamah sebagai *a true court* dan berubah menjadi lembaga politik.

2) Mengubah dan Menafsirkan Sistem Pemilu

Sebuah pertanyaan yang belakangan ini banyak dipertanyakan, terutama oleh kalangan politisi, adalah “bagaimana bisa, 9 orang hakim yang tidak dipilih secara langsung oleh rakyat dapat membatalkan UU yang merupakan persetujuan bersama dua lembaga, yaitu DPR yang berisikan ratusan anggota dan Presiden, yang semuanya dipilih secara langsung oleh rakyat?”

Permasalahan pengujian undang-undang terhadap undang-undang dasar, memang menjadi banyak sorotan para ahli dikaitkan dengan permasalahan demokrasi. Pihak yang pro beranggapan bahwa perlu adanya kontrol bagi kekuasaan pembentuk undang-undang oleh kekuasaan kehakiman. Sementara pihak yang kontra menyatakan bahwa dengan mengontrol kekuasaan tersebut, berarti tidak ada keseimbangan, karena kekuasaan kehakiman mendominasi kekuasaan membentuk undang-undang. Apalagi dalam konteks menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. UUD merupakan hukum dasar yang sifatnya singkat dan dinamis, sehingga dapat diinterpretasikan oleh pembentuk undang-undang, sebagai kebijakan politik.

Wacana ini sebenarnya sudah berkembang dan menjadi perdebatan sejak lama di Amerika Serikat, dengan tema demokratiskah *judicial review*? Tokol-tokoh seperti Thayer, Frankfurter, dan Commager di satu sisi dengan Loren Beth, Black, dan Eugene V. Rostow di sisi lain. Pada dasarnya pihak yang menganggap *judicial review* tidak demokratis karena mengesankan lembaga peradilan (Mahkamah Agung di AS) sebagai pemegang kekuasaan tertinggi karena dapat membatalkan putusan Presiden dan Kongres (berupa undang-undang) yang semuanya dipilih secara demokratis dan merupakan kehendak mayoritas rakyat. Sementara pihak yang menganggap *judicial review* demokratis beranggapan Mahkamah Agung hanya memegang "keputusan terakhir" dalam artian kronologis. Kekuasaan itu juga bersifat negatif, mengingat ada hal-hal yang tidak bisa dilakukan seperti mengumumkan perang, mengadakan hubungan diplomatik, pajak, dan lain-lain.²²

Konteks pengujian di Indonesia telah berusaha memosisikan kedua lembaga dalam keadaan yang tepat atau seimbang, karena pembentuk undang-undang merumuskan kebijakan politik (*legal policy*) yang dituangkan dalam bentuk undang-undang, sementara pemegang kekuasaan kehakiman memeriksa, mengadili, dan memutus apakah undang-undang yang dibentuk bertentangan dengan Undang-Undang Dasar.

²² Leonard W. Levy (editor), *Judicial Review, Sejarah Kelahiran, Wewenang dan Fungsinya dalam Negara Demokrasi*. (Bandung, Nusamedia, 2005), hal. 14-31.

Beberapa batasanpun telah dirumuskan dalam UU No. 24 Tahun 2003, antara lain Mahkamah Konstitusi bersifat pasif, batasan UU yang dapat diuji, yaitu UU yang dibentuk setelah perubahan UUD 1945, dan ada batasan putusan Mahkamah Konstitusi yaitu menyatakan materi UU bertentangan dengan UUD atau tidak (dalam arti tidak merumuskan norma baru).

Tetapi dalam perjalanannya, batasan-batasan itu menjadi kabur dan sangat tipis. Mahkamah Konstitusi memang pasif, namun pemohon menjadi sangat aktif. Dalam arti tidak memandang apakah itu masuk ranah pengujian UU terhadap UUD, yang penting mereka mencoba-coba dengan memasukkan permohonan ke Mahkamah Konstitusi. Di sisi lain, yang seharusnya dimaksudkan sebagai sosialisasi tentang Mahkamah Konstitusi, oleh beberapa pihak juga terlihat seperti promosi agar masyarakat berperkara ke Mahkamah Konstitusi. Batasan kedua bahkan telah dianulir oleh Mahkamah Konstitusi sendiri. Secara etika seharusnya ada *conflict of interest* ketika Mahkamah Konstitusi mengadili perkara yang terkait dengan pengujian UU yang mengatur tentang dirinya sendiri, namun hal ini tetap dilakukan. Di samping itu, pemikiran adanya batasan tersebut sebenarnya bukan sekedar membatasi Mahkamah Konstitusi, namun dilihat dari sisi logika, bahwa UU yang dibuat sebelum perubahan UUD 1945 kemungkinan besar memang akan ada ketidaksesuaian. Namun ini ranah *legislative review*, bukan oleh kekuasaan kehakiman. Batasan ketiga juga menjadi semakin tipis. Mahkamah Konstitusi kini tidak lagi hanya berfungsi sebagai *negative legislator*, tetapi juga telah menjadi *positive legislator*. *Positive legislator* yang bukan hanya sebatas menafsirkan ketentuan yang harus ada sebagaimana diuraikan sebelumnya, namun telah mengubah dan menafsirkan sistem Pemilu yang telah ditetapkan oleh DPR bersama-sama dengan Presiden. Dalam perkara pengujian Undang-Undang tentang Pemilu, hal ini dapat dilihat dari:

- a. Perkara No. 22-24/PUU-VI/2008 tentang penetapan calon terpilih;

Perkara ini merupakan perkara gabungan dari dua permohonan, namun yang akan dianalisis di sini hanyalah permohonan yang terkait dengan penetapan calon terpilih.

Pada intinya, Pasal 214 UU Pemilu menetapkan bahwa untuk ditetapkan menjadi calon anggota DPR dan DPRD terpilih, seorang calon minimal memperoleh 30% suara dari BPP, selanjutnya apabila tidak, ditentukan berdasarkan nomor urut. MK membatalkan pasal ini, Amar Putusan MK tersebut adalah sebagai berikut:²³

"5. AMAR PUTUSAN

Dengan mengingat Pasal 56 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) serta Pasal 57 ayat (1) dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 98, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4316), maka berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945,

Mengadili,

- *Mengabulkan permohonan Pemohon I dan Pemohon II untuk sebagian;*
- *Menyatakan Pasal 214 huruf a, huruf b, huruf c, huruf d, dan huruf e Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 51, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4836) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;*
- *Menyatakan Pasal 214 huruf a, huruf b, huruf c, huruf d, dan huruf e Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 51, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4836) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;*
- *Menolak permohonan Pemohon I dan Pemohon II untuk selain dan selebihnya;*
- *Memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya."*

Putusan MK yang menyatakan Pasal 214 bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, artinya Pasal ini tidak berlaku lagi. Pertanyaan selanjutnya adalah apabila tidak berlaku, maka bagaimana penyelenggara Pemilu (KPU) menentukan penetapan calon terpilih? Dengan kewenangan Mahkamah Konstitusi yang diberikan oleh undang-undang, hanya menyatakan suatu

²³ Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 22-24/PUU-VI/2008, hal. 107-108.

materi muatan undang-undang bertentangan atau tidak bertentangan dengan UUD, maka memang tidak seharusnya MK merumuskan suatu norma baru. Namun dalam perkara ini ternyata MK menyatakan bahwa ketika Pasal 214 tersebut dibatalkan, maka sebagai penggantinya, penetapan calon terpilih dilakukan dengan suara terbanyak. Hal ini tidak terdapat di dalam putusan, melainkan pada konklusi yang menyebutkan:²⁴

"4. KONKLUSI

Berdasarkan seluruh penilaian atas fakta dan hukum sebagaimana diuraikan di atas, Mahkamah berkesimpulan sebagai berikut:

[4.1] *Bahwa.....;*

[4.2] *Bahwa.....;*

[4.3] *Bahwa Pasal 214 huruf a, huruf b, huruf c, huruf d, dan huruf e UU Nomor 10 Tahun 2008 bertentangan dengan Pasal 1 ayat (2), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1) dan ayat (3), dan Pasal 28E ayat (3) UUD 1945, karenanya permohonan Pemohon beralasan dan harus dikabulkan;*

[4.5] *[sic!] Bahwa secara teknis administratif pelaksanaan putusan Mahkamah diyakini tidak akan menimbulkan hambatan yang pelik karena Pihak Terkait Komisi Pemilihan Umum pada Sidang Pleno di Mahkamah Konstitusi tanggal 12 November 2008 menyatakan siap melaksanakan putusan Mahkamah jika memang harus menetapkan anggota legislatif berdasarkan suara terbanyak." (garis bawah oleh penulis).*

Dengan putusan tersebut, berarti Mahkamah Konstitusi secara tidak langsung telah bertindak sebagai *positive legislator*, bahkan pendapat yang lebih ekstrem menyatakan MK telah mengubah sistem pemilihan umum yang telah disepakati bersama antara DPR dan Presiden. Kewenangan tersebut diberikan kepada DPR dan Presiden berdasarkan ketentuan Pasal 22E UUD 1945 ayat (5) yang menyebutkan bahwa ketentuan lebih lanjut tentang pemilihan umum diatur dengan undang-undang.

- b. Perkara Nomor 110-113/PUU-VII 2009 tentang penghitungan perolehan kursi (Tahap II dan III).

Perkara ini sebenarnya berawal dari adanya putusan Mahkamah Agung dalam menguji Peraturan KPU No.

²⁴ *Ibid.*

15 tahun 2009. Mahkamah Agung (MA) mengabulkan permohonan uji materiil yang diajukan oleh calon anggota DPR Partai Demokrat (PD), Zaenal Ma'arif, dan tiga orang calon legislatif lainnya. Dalam putusannya Nomor 15P/HUM/2009, MA menetapkan Pasal 22 huruf c dan Pasal 23 ayat (1) dan (3) Peraturan KPU tersebut bertentangan dengan Pasal 205 ayat (4) UU Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum (Pemilu). MA juga meminta KPU membatalkan pasal-pasal tentang penetapan calon terpilih pada tahap kedua tersebut.

Putusan MA ini menimbulkan dampak perubahan perolehan jumlah kursi dari masing-masing partai politik secara signifikan. Putusan MA tersebut menimbulkan pro dan kontra. Secara politis, tentunya ada calon yang diuntungkan karena menjadi terpilih dan calon yang tidak diuntungkan, karena tadinya terpilih menjadi tidak terpilih. Akhirnya pihak yang merasa keberatan, mengajukan permohonan ke Mahkamah Konstitusi.

Permasalahan hukumnya, pemohon tidak mengajukan permohonan untuk menguji Pasal 205 ayat (4) UU Pemilu terhadap UUD 1945, melainkan mengajukan permohonan kepada MK untuk memberikan pendapat atau menafsirkan pasal tersebut. Hal ini dapat dilihat dari permohonan Pemohon sebagai berikut:²⁵

*"Terkait dengan pengaturan substansi yang tidak jauh berbeda antara Pasal 205 ayat (5), ayat (6), dan ayat (7) UU Nomor 10 Tahun 2008 dengan ketentuan Pasal 205 ayat (4) UU Nomor 10 Tahun 2008 dan Penjelasan Pasal 205 ayat (4) UU Nomor 10 Tahun 2008, maka Pemohon memohon Mahkamah Konstitusi **memberi pendapat** terhadap Pasal 205 ayat (4) dan Penjelasan Pasal 205 ayat (4) a quo, karena pengaturan yang berlebih-lebihan dan tumpang tindih Pasal 205 ayat (4) a quo dengan yang diperlihatkan oleh Pasal 205 ayat (5), ayat (6), dan ayat (7) UU Nomor 10 Tahun 2008 mengakibatkan substansi Pasal 205 ayat (4) tidak memberi kepastian hukum. Pemohon juga mengajukan pengujian Pasal 212 ayat (3) UU Nomor 10 Tahun 2008 akibat **ketidakjelasan tafsir** dari Pasal 212 ayat (3) a quo, sehingga ketidakjelasan tafsir Pasal 212 ayat (3) a quo dapat ditafsirkan bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;" (cetak tebal oleh penulis)*

²⁵ Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 110, 111, 112, 113/PUU-VI/2008, hal. 7.

Putusan Mahkamah Konstitusi terhadap perkara ini adalah:

- Mengabulkan permohonan para Pemohon untuk sebagian;
- Menyatakan Pasal 205 ayat (4) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 adalah konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*). Artinya, konstitusional sepanjang dimaknai bahwa penghitungan tahap kedua untuk penetapan perolehan kursi DPR bagi parpol peserta Pemilu dilakukan dengan cara sebagai berikut:
 1. Menentukan kesetaraan 50% (lima puluh perseratus) suara sah dari angka BPP, yaitu 50% (lima puluh perseratus) dari angka BPP di setiap daerah pemilihan Anggota DPR;
 2. Membagikan sisa kursi pada setiap daerah pemilihan Anggota DPR kepada Partai Politik peserta Pemilu Anggota DPR, dengan ketentuan:
 - a. Apabila suara sah atau sisa suara partai politik peserta Pemilu Anggota DPR mencapai sekurang-kurangnya 50% (lima puluh perseratus) dari angka BPP, maka Partai Politik tersebut memperoleh 1 (satu) kursi.
 - b. Apabila suara sah atau sisa suara partai politik peserta Pemilu Anggota DPR tidak mencapai sekurang-kurangnya 50% (lima puluh perseratus) dari angka BPP dan masih terdapat sisa kursi, maka:
 - 1) Suara sah partai politik yang bersangkutan dikategorikan sebagai sisa suara yang diperhitungkan dalam penghitungan kursi tahap ketiga; dan
 - 2) Sisa suara partai politik yang bersangkutan diperhitungkan dalam penghitungan kursi tahap ketiga.
- Menyatakan Pasal 211 ayat (3) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 adalah konstitusional bersyarat

(*conditionally constitutional*). Artinya, konstitusional sepanjang dilaksanakan dengan cara sebagai berikut:

1. Menentukan jumlah sisa kursi yang belum terbagi, yaitu dengan cara mengurangi jumlah alokasi kursi di daerah pemilihan Anggota DPRD Provinsi tersebut dengan jumlah kursi yang telah terbagi berdasarkan penghitungan tahap pertama.
 2. Menentukan jumlah sisa suara sah partai politik peserta pemilu Anggota DPRD Provinsi tersebut, dengan cara:
 - a. Bagi partai politik yang memperoleh kursi pada penghitungan tahap pertama, jumlah suara sah partai politik tersebut dikurangi dengan hasil perkalian jumlah kursi yang diperoleh partai politik pada tahap pertama dengan angka BPP.
 - b. Bagi partai politik yang tidak memperoleh kursi pada penghitungan tahap pertama, suara sah yang diperoleh Partai Politik tersebut dikategorikan sebagai sisa suara.
 3. Menetapkan perolehan kursi partai politik peserta pemilu Anggota DPRD Provinsi, dengan cara membagikan sisa kursi kepada partai politik peserta Pemilu Anggota DPRD Provinsi satu demi satu berturut-turut sampai semua sisa kursi habis terbagi berdasarkan sisa suara terbanyak yang dimiliki oleh Partai Politik.
- Menyatakan Pasal 212 ayat (3) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 adalah konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*). Artinya, konstitusional sepanjang dilaksanakan dengan cara sebagai berikut:
 1. Menentukan jumlah sisa kursi yang belum terbagi, yaitu dengan cara mengurangi jumlah alokasi kursi di daerah pemilihan Anggota DPRD Kabupaten/Kota tersebut dengan jumlah kursi yang telah terbagi berdasarkan penghitungan tahap pertama.

2. Menentukan jumlah sisa suara sah partai politik peserta pemilu Anggota DPRD Kabupaten/Kota tersebut, dengan cara:
 - a. Bagi partai politik yang memperoleh kursi pada penghitungan tahap pertama, jumlah suara sah partai politik tersebut dikurangi dengan hasil perkalian jumlah kursi yang diperoleh partai politik pada tahap pertama dengan angka BPP.
 - b. Bagi partai politik yang tidak memperoleh kursi pada penghitungan tahap pertama, suara sah yang diperoleh partai politik tersebut dikategorikan sebagai sisa suara.
 3. Menetapkan perolehan kursi partai politik peserta pemilu Anggota DPRD Kabupaten/Kota, dengan cara membagikan sisa kursi kepada Partai Politik peserta Pemilu Anggota DPRD Kabupaten/Kota satu demi satu berturut-turut sampai semua sisa kursi habis terbagi berdasarkan sisa suara terbanyak yang dimiliki oleh Partai Politik.
- Memerintahkan Komisi Pemilihan Umum melaksanakan penghitungan perolehan kursi DPR, DPRD Provinsi, dan DPRD Kabupaten/Kota tahap kedua hasil pemilihan umum tahun 2009 berdasarkan Putusan Mahkamah ini;
 - Memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya;
 - Menolak permohonan para Pemohon untuk selain dan selebihnya.

Penafsiran MK terhadap rumusan Pasal Undang-Undang Pemilu juga pernah dilakukan sebelumnya melalui perkara perselisihan hasil Pemilu, dengan Putusan Nomor 74-80-94-59-67/PHPU.C-VII/2009. Dalam putusan tersebut Mahkamah telah menafsirkan cara penghitungan kursi Tahap Ketiga sebagai berikut:²⁶

²⁶ Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 74-80-94-59-67/PHPU.C-VII/2009.

1. Tahap III dilakukan apabila setelah perhitungan tahap II masih terdapat sisa kursi yang belum teralokasikan di daerah pemilihan provinsi yang bersangkutan;
2. Apabila provinsi hanya terdiri atas satu daerah pemilihan, sisa kursi langsung dialokasikan kepada partai politik sesuai dengan urutan perolehan sisa suara terbanyak;
3. Seluruh sisa suara sah partai politik yaitu suara yang belum diperhitungkan dalam tahap I dan tahap II dari seluruh daerah pemilihan provinsi dijumlahkan untuk dibagi dengan jumlah sisa kursi dari seluruh daerah pemilihan provinsi yang belum teralokasikan untuk mendapatkan angka BPP yang baru;
4. Partai Politik yang mempunyai sisa suara dari seluruh daerah pemilihan provinsi yang belum diperhitungkan dalam tahap I dan II yang jumlahnya lebih besar atau sama dengan BPP yang baru mempunyai hak untuk mendapatkan sisa kursi yang belum terbagi;
5. Kursi hasil perhitungan tahap III harus dialokasikan kepada daerah pemilihan yang masih mempunyai sisa kursi;
6. Calon anggota DPR yang berhak atas kursi adalah calon yang mendapatkan suara terbanyak dalam daerah pemilihan yang masih mempunyai sisa kursi, yang dicalonkan oleh partai politik yang berhak atas sisa kursi;
7. Apabila sisa kursi yang belum terbagi dalam provinsi hanya satu kursi maka partai politik yang mempunyai sisa suara terbanyak dalam provinsi tersebut berhak untuk mendapatkan sisa kursi tersebut;
8. Apabila setelah penetapan BPP baru tahap III ternyata tidak terdapat partai politik yang mempunyai sisa suara lebih atau sama dengan BPP baru maka sisa kursi dibagikan menurut urutan sisa suara terbanyak dalam provinsi”.

Implikasi dari adanya beberapa putusan MK mengenai sengketa hasil Pemilu tersebut adalah menunjukkan adanya keterlibatan Mahkamah Konstitusi dalam merumuskan sistem pemilu atau paling tidak menafsirkan pasal-pasal dalam UU Pemilu, yang tercermin dari putusan yang menetapkan cara penghitungan kursi tahap kedua dan tahap ketiga. Artinya hal ini juga merupakan suatu kewenangan ‘baru’ yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi. Dikatakan sebagai “kewenangan baru” karena berdasarkan undang-undang, sebenarnya MK hanya mempunyai kewenangan untuk menguji secara formil atau materiil suatu undang-undang apakah bertentangan atau tidak dengan UUD 1945.

Permasalahan ini juga disadari berawal dari rumusan undang-undang yang multitafsir. Sifat multitafsir ini sebenarnya juga relatif, karena banyak pihak yang mempermasalahkan mengenai rumusan pasal di undang-undang setelah adanya hasil pemilu (perolehan suara), sehingga masing-masing menggunakan salah satu tafsir untuk kepentingan pribadi atau partainya. Untuk selanjutnya perlu dipikirkan untuk tidak berganti-ganti sistem Pemilu, sehingga UU Pemilu tidak harus dibahas setiap menjelang Pemilu. Pembahasan *rule of the game* mengenai Pemilu setiap saat menjelang Pemilu akan menjadi bias kepentingan dan berpotensi untuk mengubah aturan main Pemilu untuk kepentingan sesaat. Penyempurnaan tetap dapat dilaksanakan, namun hal tersebut dapat dilakukan dengan perubahan secara parsial. Sampai akhirnya kita tidak lagi berganti-ganti sistem. Apabila dianalogikan dengan pertandingan olah raga, untuk mencapai kemenangan seharusnya dilakukan dengan meningkatkan kemampuan melalui latihan, bukan mengubah aturan main yang menguntungkan pihaknya.

Permasalahan yang menyangkut mengenai kelembagaan, tingkat kepercayaan masyarakat terhadap lembaga baru yang disebut Mahkamah Konstitusi ini, ternyata lebih besar dibandingkan dengan kepercayaan dengan lembaga pembentuk undang-undang dan lembaga pemegang kekuasaan kehakiman lainnya, seperti MA. Media banyak memberitakan betapa pembentukan undang-undang penuh dengan kepentingan politik. Demikian pula di lembaga peradilan lainnya dimana mafia peradilan diyakini telah menggurita. Sementara persepsi terhadap Mahkamah Konstitusi saat ini masih bersih, transparan, dan terbuka, dan masyarakat dengan cepat dapat mengakses putusan yang telah dikeluarkan. Banyak putusan Mahkamah Konstitusi yang dianggap populis (walaupun sebenarnya ada beberapa putusan yang menimbulkan kontroversi, seperti masalah UU Pengadilan Tipikor). Namun hal ini bukan berarti membiarkan MK selalu berinovasi, sementara kekurangan-kekurangan di tempat lain tidak dibenahi. Apabila tidak, maka mekanisme *checks and balances* antarlembaga tidak akan terwujud.

BAB IV

PENUTUP

Berdasarkan uraian di atas, maka dapat disimpulkan bahwa dalam perkara pengujian Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD terhadap UUD 1945, Mahkamah Konstitusi telah mengeluarkan putusan yang berimplikasi terhadap pemberlakuan undang-undang tersebut dapat dikategorikan menjadi tiga hal, yaitu:

1. Putusan yang menyatakan beberapa pasal bertentangan dengan UUD dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, yaitu:
 - a. Pasal 316 huruf d;
 - b. Pasal 214 huruf a, huruf b, huruf c, dan huruf d;
 - c. Pasal 98 ayat (2), ayat (3), dan ayat (4);
 - d. Pasal 99 ayat (1) dan ayat (2);
 - e. Pasal 245 ayat (2) dan ayat (3);
 - f. Pasal 282;
 - g. Pasal 307.
2. Putusan yang menyatakan bagian dari Pasal dan ayat yang dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan dianggap tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat yaitu Pasal 245 ayat (5) sepanjang frasa "ayat (2), ayat (3), dan".
3. Putusan yang menyatakan beberapa Pasal sebagai *conditionally constitutional* (konstitusional bersyarat), yaitu:
 - a. Pasal 12 dan Pasal 67 konstitusional, namun harus dibaca/ditafsirkan sepanjang memasukkan syarat domisili di provinsi yang diwakilinya bagi calon anggota DPD;
 - b. Pasal 50 ayat (1) huruf g konstitusional sepanjang tidak mencakup tindak pidana yang timbul karena kealpaan ringan (*culpa levis*) dan kejahatan politik dalam pengertian perbuatan yang sesungguhnya merupakan ekspresi pandangan atau sikap politik (*politieke overtuiging*) yang dijamin dalam 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;

- c. Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g: tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak memenuhi syarat-syarat:
 - (1) tidak berlaku untuk jabatan publik yang dipilih (*elected officials*);
 - (2) berlaku terbatas jangka waktunya hanya selama 5 (lima) tahun sejak terpidana selesai menjalani hukumannya;
 - (3) dikecualikan bagi mantan terpidana yang secara terbuka dan jujur mengemukakan kepada publik bahwa yang bersangkutan mantan terpidana;
 - (4) bukan sebagai pelaku kejahatan yang berulang-ulang;
- d. Pasal 205 ayat (4); konstitusional sepanjang cara penetapan perolehan kursi anggota DPR dilaksanakan berdasarkan keputusan MK.
- e. Pasal 211 ayat (3); konstitusional sepanjang cara penetapan perolehan kursi anggota DPRD provinsi dilaksanakan berdasarkan keputusan MK.
- f. Pasal 212 ayat (3); konstitusional sepanjang cara penetapan perolehan kursi anggota DPRD kabupaten/kota dilaksanakan berdasarkan keputusan MK.

Putusan MK terhadap permohonan pengujian Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD telah memunculkan adanya kewenangan baru atau preseden dalam hukum beracara di MK, antara lain: MK dapat menguji ketiadaan norma dalam undang-undang dan MK dapat menafsirkan rumusan pasal dalam undang-undang. Jadi kewenangan MK tidak lagi hanya sebatas menyatakan suatu undang-undang atau bagian dari undang-undang bertentangan dengan undang-undang dasar.

Dalam konteks Undang-Undang Pemilu, apa yang dilakukan oleh MK tersebut relatif tidak dikeluhkan oleh masyarakat, bahkan MK dianggap telah memberikan jalan tengah atau kepastian hukum

atas multitafsir rumusan dalam undang-undang. Sifat multitafsir ini sebenarnya juga relatif, karena banyak pihak yang mempermasalahkan mengenai rumusan pasal di undang-undang setelah adanya hasil pemilu (perolehan suara), sehingga masing-masing menggunakan salah satu tafsir untuk kepentingan pribadi atau partainya. Seharusnya aturan main tersebut sudah final sampai ke tingkat Peraturan KPU, sebelum “pertandingan” (Pemilu) dilaksanakan. Final dalam arti semua pihak, khususnya peserta Pemilu, telah sepakat dan sepaham dengan aturan main tersebut, sehingga ketika pertandingan sudah berlangsung dan hasil sudah diperoleh, tidak ada lagi yang mempermasalahkan aturan main.

Untuk selanjutnya perlu dipikirkan pula agar tidak sering berganti sistem Pemilu, sehingga UU Pemilu tidak harus dibahas setiap menjelang Pemilu. Pembahasan *rule of the game* mengenai Pemilu setiap saat menjelang Pemilu akan menjadi bias kepentingan dan berpotensi untuk mengubah aturan main Pemilu demi kepentingan sesaat. Penyempurnaan tetap dapat dilaksanakan, namun hal tersebut dapat dilakukan dengan perubahan secara parsial. Apabila perlu, ketika telah ditemukan sistem Pemilu yang paling sesuai, maka sistem Pemilu juga dapat diatur secara eksplisit di dalam Undang-Undang Dasar agar tidak mudah diubah untuk kepentingan politik sesaat.

DAFTAR PUSTAKA

Alrasid, Harun. *Hak Menguji dalam Teori dan Praktek*, dalam Jurnal Konstitusi, Volume I, Nomor 1, Juli 2004.

Asshiddiqie, Jimly. *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Konpress, Jakarta, 2005.

_____. *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, (Jakarta: Konstitusi Press, 2006).

Eddyono, Luthfi Widagdo. *Catatan Eksploratif Perkembangan Constitutional Review*, dalam Jurnal Konstitusi, Volume 2 Nomor 1 Juli 2005.

Levy, Leonard W. (editor), *Judicial Review, Sejarah Kelahiran, Wewenang dan Fungsinya dalam Negara Demokrasi*". (Bandung, Nusamedia, 2005).

Moh. Mahfud MD, *Mahkamah Konstitusi dan Independence of Judiciary dalam Negara Hukum yang Demokratis*, makalah untuk kelengkapan seleksi calon Hakim Mahkamah Konstitusi, 10 Maret 2008.

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 10/PUU-VI/2008.

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 12/PUU-VI/2008.

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 15/PUU-VI/2008.

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 22-24/PUU-VI/2008.

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 32/PUU-VI/2008.

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 3/PUU-VII/2009.

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 4/PUU-VII/2009.

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 9/

PUU-VII/2009.

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 107/PUU-VII/2009.

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 110-111-112-113/PUU-VII/2009.

Putusan Mahkamah Konstitusi RI Nomor 74-80-94-59-67/PHPU.C-VII/2009.

Republik Indonesia, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Republik Indonesia, Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah.

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

Bagian Kedua:
Sudut Pandang Hukum Ekonomi

Buku Kesatu:

**ANALISIS IMPLIKASI YURIDIS
PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI
PENGUJIAN TERHADAP UU NO. 22 TAHUN 2001
TENTANG MINYAK DAN GAS BUMI**

Inosentius Samsul*

* Peneliti Madya Bidang Hukum Ekonomi, Pusat Pengkajian Pengolahan Data dan Informasi Sekretariat Jenderal DPR RI.

BAB I

PENDAHULUAN

Reformasi di Indonesia yang dimulai pada tahun 1998 telah membawa perubahan dalam berbagai aspek ketatanegaraan Republik Indonesia. Salah satu aspek yang menjadi bagian dari reformasi tersebut adalah perubahan (amandemen) terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia (MPR RI). Sampai saat ini, UUD 1945 sudah mengalami 4 (empat) kali perubahan. Hasil yang paling signifikan dari amandemen terhadap UUD 1945 tersebut adalah dalam bidang struktur ketatanegaraan. Amandemen terhadap UUD 1945 telah memperkuat posisi dan kedudukan dari lembaga-lembaga negara yang melaksanakan 3 (tiga) kekuasaan dalam penyelenggaraan negara, yaitu kekuasaan eksekutif, kekuasaan yudikatif, dan kekuasaan legislatif.

Pada sisi kekuasaan yudikatif, Mahkamah Konstitusi (MK) lahir sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman, di samping Mahkamah Agung (MA) sebagaimana dimaksud dalam Pasal 24 ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945. Dalam kedudukannya yang demikian, MK terikat pada prinsip umum penyelenggaraan kekuasaan kehakiman yang merdeka, bebas dari pengaruh kekuasaan lembaga lainnya dalam menegakkan hukum dan keadilan. Keberadaan MK diatur lebih lanjut dengan Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Mahkamah Konstitusi berdasarkan Pasal 24C ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 berwenang untuk:

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

syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.¹

Kekuasaan dan Putusan MK dalam menguji undang-undang terhadap UUD 1945 menarik untuk dikaji dan dianalisis, karena dalam pelaksanaannya, putusan-putusan yang dihasilkan dinilai kontroversial dan mendapat sorotan dari masyarakat, karena beberapa alasan, misalnya MK melampaui kewenangannya dan menimbulkan ketidakpastian hukum. Dalam beberapa kasus, kewenangan MK memperlihatkan tumpang tindih dengan lembaga negara lainnya sesama kekuasaan yudikatif, yaitu Mahkamah Agung. Sementara pada kasus lain, MK dinilai mengeluarkan putusan yang tidak dimohonkan (*ultra petita*), atau mengeluarkan putusan *conditional unconstitutional* (bertentangan dengan UUD 1945) dengan syarat, bahkan suatu putusan MK yang seharusnya berlaku sejak dibacakan, tetapi MK membuat putusan yang daya mengikatnya terjadi di waktu yang akan datang.²

Ketua MK menyadari bahwa Putusan MK yang kontroversial membuat banyak pihak tersakiti. , 'Presiden tersakiti, DPR tersakiti, LSM tersakiti, lembaga negara lain juga ikut tersakiti, wartawan tersakiti. Padahal minat masyarakat untuk mengajukan permohonan uji undang-undang sangatlah tinggi. Hal tersebut dapat dilihat dari perkembangan permohonan menguji undang-undang yang diajukan ke MK. Sejak awal menjalankan wewenangnya sampai dengan 15 Agustus 2008 MK telah menguji sebanyak 73 Undang-undang dengan rincian per tahun sebagai berikut: tahun 2003 : 16 UU, tahun 2004 : 14 UU, tahun 2005 : 12 UU, tahun 2006 : 9 UU, tahun 2007 : 12 UU, dan sampai bulan Agustus 2008 : 10 UU.³ Secara keseluruhan, sepanjang 2003-2006 sebanyak 8 persen perkara pengajuan UU dibatalkan oleh MK.

¹ Kewenangan ini kemudian dirumuskan lagi dalam Pasal 12 UU No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman dan Undang-undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

² Taufiqurrohman Syahuri, Mahkamah Konstitusi dan Analisis Putusannya. Disampaikan pada Seminar "Mahkamah Konstitusi dan Teknis Analisisnya", Setjen DPR RI, Jakarta: Gedung Nusantara I DPR RI, Jum'at 23 Oktober 2009, hal. 3-4.

³ Mahkamah Konstitusi, *Lima Tahun Menegakkan Konstitusi, Gambaran Singkat Pelaksanaan Tugas Mahkamah Konstitusi 2003-2008*, Sekretariat dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Cetakan Pertama, 2008, hal. 20.

Dari 73 UU yang pernah diuji MK, terdapat 4 UU yang dibatalkan secara keseluruhan, yaitu UU No. 45 Tahun 1999 tentang Pembentukan Irian Jaya Tengah, Provinsi Irian Jaya Barat, UU No. 27 Tahun 2004 tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi, UU No. 16 Tahun 2003 tentang Penetapan Perpu No. 2 Tahun 2002 tentang Terorisme, dan UU No. 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan dan terdapat 25 undang-undang yang dibatalkan sebagian.⁴

Putusan MK bersifat final dan mengikat⁵ dan merupakan suatu *negative legislation*, artinya MK berwenang membatalkan ketentuan undang-undang yang bertentangan, dan tidak menciptakan norma baru. Itu berarti, putusan MK akan ditindaklanjuti oleh DPR dan Pemerintah.

Kekuasaan MK menguji undang-undang terhadap UUD 1945 merupakan konsekuensi dari konsepsi negara hukum. Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 yang menyatakan bahwa Negara Indonesia adalah negara hukum. Negara hukum menurut F.J. Stahl memberikan ciri-ciri negara sebagai berikut:

- a. Pengakuan terhadap hak-hak asasi manusia;
- b. Pemisahan kekuasaan negara;
- c. Pemerintahan berdasarkan undang-undang; dan
- d. Adanya peradilan administrasi.⁶

Selanjutnya, A.V. Dicey memberikan ciri-ciri negara hukum (*The Rule of Law*):

- a. Supremasi hukum, dalam arti tidak boleh ada kesewenangan, sehingga seseorang hanya boleh dihukum jika melanggar hukum;

⁴ *Ibid.*, hal. 22-23.

⁵ Beberapa contoh putusan yang sampai sekarang belum mendapat perhatian yang serius dari DPR dan Pemerintah adalah Putusan Pengujian terhadap Undang-Undang No. 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan No. 001/PUU-I/2003 dan No. 022/PUU-I/2003 tanggal 15-12-2004; Putusan pengujian terhadap UU No. 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi, 002/PUU-I/2004, tanggal 21-12-2004.

⁶ F.J. Stahl, dalam Fatkhurohman, dkk. *Memahami Keberadaan Mahkamah Konstitusi di Indonesia*, T. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2004: hal. 5.

- b. Kedudukan yang sama di depan hukum, baik bagi rakyat biasa maupun bagi pejabat;
- c. Terjaminnya hak-hak asasi manusia oleh undang-undang dan keputusan-keputusan pengadilan.⁷

International Commision of Jurists mengembangkan kedua pemikiran di atas dengan merumuskan unsur-unsur penting dari negara hukum adalah:

- a. Perlindungan konstitusional, artinya, selain menjamin hak-hak individu konstitusi harus pula menentukan cara prosedural untuk memperoleh perlindungan atas hak-hak yang dijamin;
- b. Badan kehakiman yang bebas dan tidak memihak;
- c. Pemilihan umum yang bebas;
- d. Kebebasan menyatakan pendapat;
- e. Kebebasan berserikat/berorganisasi dan beroposisi;
- f. Pendidikan kewarganegaraan.⁸

Selanjutnya, Sri Soemantri mempertegas unsur-unsur terpenting negara hukum, yaitu:

- a. Bahwa pemerintah dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya harus berdasarkan hukum atau peraturan perundang-undangan;
- b. Adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia (warga negara);
- c. Ada pembagian kekuasaan dalam negara;
- d. Adanya pengawasan dari badan-badan peradilan.⁹

Inti dari pemikiran-pemikiran di atas menggambarkan bahwa unsur pokok dalam negara hukum adalah adanya pembatasan oleh hukum, dalam arti bahwa sikap, tingkah laku, dan perbuatan, baik yang dilakukan oleh para penguasa negara maupun oleh para warga negaranya berdasarkan hukum positif. Sehingga warganegaranya terbebas dari tindakan sewenang-wenang dari para penguasa.¹⁰

⁷ A.V. Dicey dalam *Fatkhurohman dkk*, hal. 6.

⁸ *International Commision of Jurists*, dalam *Fatkhurohman dkk*, hal. 6.

⁹ Sri Soemantri, dalam *Fatkhurohman dkk*, hal. 7.

¹⁰ Soehino, dalam *Fatkhurohman dkk*, hal. 7.

Constitutional review adalah instrumen terbaik negara demokrasi konstitusional sehingga warga negara terbebas dari tindakan sewenang-wenang dari para penguasa negara sebagaimana dimaksud di atas, terutama tindakan melalui suatu produk undang-undang yang merugikan hak-hak warga negara. Dengan mekanisme *constitutional review* suatu negara yang menjamin setiap warga negaranya untuk mengajukan argumentasi interpretatif terhadap bangun norma hukum dan kaidah-kaidah konstitusi (*constitutional discourse*).

Selanjutnya, untuk menjamin keteraturan sistem norma tersebut, maka dalam sistem ketatanegaraan Republik Indonesia, lembaga yudikatif diberikan kekuasaan untuk menguji berbagai peraturan perundang-undangan tersebut, yaitu menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Tahun 1945 yang menjadi kewenangan MK. Kekuasaan ini kemudian menempatkan MK sebagai *the guardian of constitution order*. Sedangkan untuk menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang menjadi kewenangan MA sebagaimana diatur dalam Pasal 24A UUD 1945 ayat (1) bahwa MA berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang, dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh undang-undang.

Jimly Asshiddiqie mengemukakan pentingnya *judicial review* di Indonesia, didasarkan pada pemikiran bahwa pengujian oleh lembaga yudisial terhadap produk hukum yang ditetapkan oleh cabang kekuasaan legislatif, eksekutif, ataupun yudikatif merupakan bentuk penerapan dari prinsip "*checks and balances*".¹¹ Prinsip tersebut merupakan salah satu pokok pikiran dalam UUD 1945.¹² Pemikiran ini sejalan dengan pandangan George Vanberg dalam *The Politics of Constitutional Review in Germany*, bahwa untuk memahami mengapa MK turut serta dalam menentukan aras kebijaksanaan negara, sebaiknya kita menyadari betapa penting strategi saling pengaruh dan mempengaruhi di antara MK dan organ undang-undang.¹³

¹¹ Jimly Asshiddiqie dalam Fatkhurohman dkk, hal. 25.

¹² *Ibid*, hal. 25.

¹³ Tentang hal ini lihat Georg Vanberg, *The Politics of Constitutional Review, Political Economy of Institutions and Decision*, (New York: Cambridge University Press, 2005), hal. 12.

Dengan demikian sesuai dengan filosofi dasar dari keberadaan tiga kekuasaan dalam penyelenggaraan pemerintahan tersebut, maka esensi dari produk putusan MK dalam menguji undang-undang (UU) terhadap UUD 1945 ditempatkan dalam bingkai mekanisme *checks and balances* antara lembaga negara. Hubungan untuk saling mengontrol ini, pada akhirnya dimaksudkan untuk melahirkan satu produk hukum yang adil dan betul-betul berorientasi pada kepentingan publik atau rakyat. Kewenangan konstitusional MK melaksanakan prinsip *checks and balances* menempatkan semua lembaga negara dalam kedudukan setara sehingga terdapat keseimbangan dalam penyelenggaraan negara, serta dapat saling mengoreksi kinerja antar lembaga negara. Dengan demikian, pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 dapat juga dilihat sebagai bagian dari koreksi terhadap produk yang dihasilkan oleh DPR dan Pemerintah. Beny K. Harman mempertegas pentingnya pembentukan MK dengan menyatakan bahwa keputusan MPR pada tahun 2001 untuk memperluas kewenangan kekuasaan kehakiman dengan membentuk MK yang diberi wewenang atau mandat khusus menguji UU terhadap UUD sebenarnya untuk mempertegas ideologi negara hukum (*rule of law*).¹⁴

Salah satu undang-undang yang pernah diuji oleh MK adalah Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi. Pengujian terhadap undang-undang ini menarik untuk dikaji dengan beberapa alasan, yaitu *pertama* secara substantif, pengujian terhadap undang-undang ini terkait erat dengan Pasal 33 UUD 1945 yang sampai sekarang menjadi inti dari penyelenggaraan dan sistem demokrasi ekonomi di Indonesia. *Kedua*, pengujian terhadap Undang-Undang ini melibatkan DPR sebagai pemohon yang merasa dirugikan dengan kehadiran UU No. 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi, dan *ketiga* adalah minyak dan gas bumi merupakan komoditas vital bagi kehidupan masyarakat Indonesia.

¹⁴ Beny K. Harman, dalam Refly Harun (Editor), *Menjaga Denyut Konstitusi, Refleksi Satu Tahun Mahkamah Konstitusi*, KonPres (Jakarta: 2004).

BAB II

GAMBARAN UMUM PENGATURAN PENGELOLAAN MINYAK DAN GAS BUMI DALAM UU NO. 22 TAHUN 2001

Pembentukan UU No. 22 Tahun 2001 didasarkan pada pemikiran dan argumentasi bahwa beberapa undang-undang yang menjadi acuan atau dasar pengelolaan Minyak dan Gas Bumi (Migas) sudah tidak sesuai dengan perkembangan usaha pertambangan komoditas tersebut. Undang-undang yang sebelumnya menjadi dasar hukum pengelolaan Migas adalah Undang-Undang Nomor 44 Prp. Tahun 1960 tentang Pertambangan Minyak dan Gas Bumi, Undang-Undang Nomor 15 Tahun 1962 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1962 tentang Kewajiban Perusahaan Minyak Memenuhi Kebutuhan Dalam Negeri, dan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1971 tentang Perusahaan Pertambangan Minyak dan Gas Bumi Negara sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan usaha pertambangan minyak dan gas bumi. Oleh karena itu, substansi dari UU No. 22 Tahun 2001 merupakan gabungan dari beberapa Undang-Undang tersebut.¹⁵

Pengaturan mengenai pengelolaan minyak dan gas bumi dalam UU No. 22 Tahun 2001 tetap didasarkan pada filosofi bahwa Minyak dan Gas Bumi merupakan sumber daya alam strategis tidak terbarukan yang dikuasai oleh negara serta merupakan komoditas vital yang menguasai hajat hidup orang banyak dan mempunyai peranan penting dalam perekonomian nasional sehingga pengelolaannya harus dapat secara maksimal memberikan kemakmuran dan kesejahteraan rakyat. Pengaturan kegiatan usaha minyak dan gas bumi mempunyai peranan penting dalam memberikan nilai tambah secara nyata kepada pertumbuhan ekonomi nasional yang meningkat dan berkelanjutan, dapat menciptakan kegiatan usaha minyak dan gas bumi yang mandiri, andal, transparan, berdaya saing, efisien, dan berwawasan pelestarian Lingkungan, serta mendorong perkembangan potensi dan peranan nasional.¹⁶

¹⁵ Ketentuan Menimbang huruf a UU No. 22 Tahun 2001.

¹⁶ Ketentuan Menimbang huruf c, d, dan e UU No. 22 Tahun 2001.

Atas dasar pemikiran tersebut di atas, maka UU No. 22 Tahun 2001 dirumuskan dengan sistematika sebagai berikut:

- Bab I : Ketentuan Umum.
- Bab II : Asas dan Tujuan.
- Bab III : Penguasaan dan Pengusahaan.
- Bab IV : Kegiatan Usaha Hulu.
- Bab V : Kegiatan Usaha Hilir.
- Bab VI : Penerimaan Negara.
- Bab VII : Hubungan Kegiatan Usaha Minyak dan Bumi dengan Hak Atas Tanah.
- Bab VIII : Pembinaan dan Pengawasan.
- Bab IX : Badan Pelaksana dan Badan Pengatur.
- Bab X : Penyidikan.
- Bab XI : Ketentuan Pidana.
- Bab XII : Ketentuan Peralihan.
- Bab XIII : Ketentuan Lain-lain
- Bab XIV : Ketentuan Penutup

1. Ketentuan Umum

Dalam bab I mengenai ketentuan umum dirumuskan beberapa definisi atau pengertian penting dari istilah-istilah yang digunakan dalam Undang-Undang ini. Pengertian yang paling penting adalah mengenai Minyak dan Gas Bumi. Dalam Undang-Undang ini, Minyak Bumi dirumuskan sebagai hasil proses alami berupa hidrokarbon yang dalam kondisi tekanan dan temperatur atmosfer berupa fasa cair atau padat, termasuk aspal, lilin mineral atau ozokerit, dan bitumen yang diperoleh dan proses penambangan, tetapi tidak termasuk batubara atau endapan hidrokanbon lain yang berbentuk padat yang diperoleh dari kegiatan yang tidak berkaitan dengan kegiatan usaha minyak dan gas bumi.¹⁷ Sedangkan Gas Bumi adalah hasil proses alami berupa hidrokarbon yang dalam kondisi tekanan dan temperatur atmosfer berupa fasa gas yang diperoleh dan proses penambangan minyak dan gas bumi.¹⁸

¹⁷ Ketentuan Umum Pasal 1 angka 1 UU No. 22 Tahun 2001.

¹⁸ Ketentuan Umum Pasal 1 angka 2 UU No. 22 Tahun 2001.

2. Asas dan Tujuan

Selanjutnya, bab II mengatur mengenai asas dan tujuan, bahwa penyelenggaraan kegiatan usaha Minyak dan Gas Bumi menurut Undang-Undang ini berasaskan ekonomi kerakyatan, keterpaduan, manfaat, keadilan, keseimbangan, pemerataan, kemakmuran bersama dan kesejahteraan rakyat banyak, keamanan, keselamatan, dan kepastian hukum serta berwawasan lingkungan.¹⁹ Sedangkan tujuan penyelenggaraan kegiatan usaha minyak dan gas bumi adalah:

- a. menjamin efektivitas pelaksanaan dan pengendalian kegiatan usaha eksplorasi dan eksploitasi secara berdaya guna, berhasil guna, serta berdaya saing tinggi dan berkelanjutan atas minyak dan gas bumi milik negara yang strategis dan tidak terbarukan melalui mekanisme yang terbuka dan transparan;
- b. menjamin efektivitas pelaksanaan dan pengendalian usaha pengolahan, pengangkutan, penyimpanan, dan niaga secara akuntabel yang diselenggarakan melalui mekanisme persaingan usaha yang wajar, sehat, dan transparan;
- c. menjamin efisiensi dan efektivitas tersedianya minyak bumi dan gas bumi, baik sebagai sumber energi maupun sebagai bahan baku, untuk kebutuhan dalam negeri;
- d. mendukung dan menumbuhkembangkan kemampuan nasional untuk lebih mampu bersaing di tingkat nasional, regional, dan internasional;
- e. meningkatkan pendapatan negara untuk memberikan kontribusi yang sebesar-besarnya bagi perekonomian nasional dan mengembangkan serta memperkuat posisi industri dan perdagangan Indonesia;
- f. menciptakan lapangan kerja, meningkatkan kesejahteraan dan kemakmuran rakyat yang adil dan merata, serta tetap menjaga kelestarian lingkungan hidup.²⁰

¹⁹ Pasal 2.

²⁰ Pasal 3.

3. Penguasaan dan Pengusahaan

Selanjutnya bab III UU Migas mengatur mengenai penguasaan dan pengusahaan. UU Migas menetapkan bahwa Minyak dan Gas Bumi dikuasai oleh negara dan diselenggarakan oleh Pemerintah sebagai pemegang kuasa pertambangan dan dilaksanakan oleh suatu Badan Pelaksana.²¹ Kegiatan usaha Minyak dan Gas Bumi dibagi menjadi kegiatan usaha hulu dan kegiatan usaha hilir. Kegiatan usaha hulu meliputi eksplorasi dan eksploitasi. Sedangkan kegiatan usaha hilir mencakup pengelolaan, pengangkutan, penyimpanan, dan niaga.²² Untuk kegiatan usaha hulu dilaksanakan dan dikendalikan melalui Kontrak Kerja Sama (KKS)²³, sedangkan untuk kegiatan usaha hilir dilaksanakan dengan izin usaha.²⁴

Dengan demikian terdapat perbedaan bentuk hukum usaha hilir dan hulu. Dalam usaha hulu, pemerintah melalui badan pelaksana ditempatkan pada posisi yang seimbang yang dituangkan dalam bentuk KKS dengan badan usaha. Sebaliknya untuk usaha hilir, pemerintah ditempatkan pada posisi yang lebih tinggi, karena kegiatan usaha dilaksanakan berdasarkan ijin yang diberikan oleh pemerintah. Tentunya, hal ini akan berdampak pada pendapatan bagi pemerintah. Kedua bentuk investasi tersebut memiliki perbedaan dalam penerimaan negara. Dalam usaha hulu penerimaan negara lebih besar dibandingkan dengan untuk usaha hilir, karena jenis pemasukannya lebih banyak pada usaha hulu.

Pasal 8 mengatur mengenai kewajiban Pemerintah memberikan prioritas terhadap pemanfaatan Gas Bumi untuk kebutuhan dalam negeri dan bertugas menyediakan cadangan strategis Minyak Bumi guna mendukung penyediaan Bahan Bakar Minyak (BBM) dalam negeri yang diatur lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah. Di samping itu Pemerintah wajib menjamin ketersediaan dan kelancaran pendistribusian BBM yang merupakan komoditas vital dan menguasai hajat hidup orang banyak di seluruh wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia. Selanjutnya dalam Bab IV mengenai kegiatan usaha hulu diatur lebih lanjut bahwa KKS dilakukan dengan

²¹ Pasal 4.

²² Pasal 5.

²³ Pasal 6.

²⁴ Pasal 7.

Badan Pelaksana, dengan ketentuan bahwa setiap KKS yang sudah ditandatangani harus diberitahukan secara tertulis kepada Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia.²⁵ Mengenai kegiatan usaha hilir yang dituangkan dalam bab V dilaksanakan berdasarkan ijin usaha. Ketentuan dalam Bab inilah yang kemudian diajukan *judicial review* ke MK adalah Pasal 28 ayat (2) yang menyatakan bahwa Harga BBM dan harga Gas Bumi diserahkan pada mekanisme persaingan usaha yang sehat dan wajar. Rumusan Pasal 28 ayat (2) dilanjutkan dengan ketentuan Pasal 28 ayat (3) bahwa pelaksanaan kebijaksanaan harga sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) tidak mengurangi tanggung jawab sosial Pemerintah terhadap golongan masyarakat tertentu.

4. Penerimaan Negara dan Hubungan Kegiatan Usaha Minyak dan Gas Bumi dengan Hak Atas Tanah

Kegiatan pengelolaan dan pengusahaan minyak dan bumi menghasilkan penerimaan bagi negara. Bahkan penerimaan dari sektor minyak dan gas bumi sangatlah penting bagi usaha menciptakan kesejahteraan rakyat Indonesia. Oleh karena itu, UU No. 22 Tahun 2001 mengatur mengenai penerimaan negara dalam suatu bab tersendiri. Ketentuan dasar mengenai penerimaan negara dirumuskan bahwa badan usaha Migas berkewajiban untuk membayar penerimaan negara yang berupa pajak dan penerimaan

²⁵ Pasal 11 ayat (1) dan ayat (2). Pasal inilah yang kemudian diajukan *judicial review* oleh pemohon yang terdiri dari para Anggota DPR RI, yaitu Zainal Arifin, Sonny Keraf, Alvin Lie, Ismayatun, Hendarso Hadiparmono, Bambang Wuryanto, Dradjad Wibowo, dan Tjatur Sapto Edy dalam perkara No. 20/PUU-V/2007. Isi dari kontrak kerja sama paling tidak memuat ketentuan-ketentuan pokok yaitu: a. penerimaan negara; b. Wilayah kerja dan pengembaliannya; c. kewajiban pengeluaran dana; d. perpindahan kepemilikan hasil produksi atas Minyak dan Gas Bumi; e. jangka waktu dan kondisi perpanjangan kontrak; f. penyelesaian perselisihan; g. kewajiban pemasokan Minyak Bumi dan/atau Gas Bumi untuk kebutuhan dalam negeri; h. berakhirnya kontrak; i. kewajiban pasca operasi pertambangan; j. keselamatan dan kesehatan kerja; k. pengelolaan lingkungan hidup; l. pengalihan hak dan kewajiban; m. pelaporan yang diperlukan; n. rencana pengembangan lapangan; o. pengutamaan pemanfaatan barang dan jasa dalam negeri; p. pengembangan masyarakat sekitarnya dan jaminan hak-hak masyarakat adat; q. pengutamaan penggunaan tenaga kerja Indonesia (Pasal 11 ayat 3).

| | | | |
|---|------------------|--|---|
| 4 | Keterlibatan DPR | Mendapat/memperoleh laporan setelah penandatanganan kontrak. | Tidak perlu disampaikan kepada DPR |
| 5 | Pembinaan | Pemerintah | Pemerintah |
| 6 | Pengawasan | Dapartemen ESDM dan departemen terkait | Dapartemen ESDM dan departemen terkait. |
| | | Badan Pelaksana berdasarkan KKS | Badan Pengatur berdasarkan ijin usaha. |

6. Penyidikan dan Ketentuan Pidana

UU No. 22 Tahun 2001 juga mengatur mengenai perlunya penyidik pegawai negeri sipil (PPNS), serta ketentuan pidana dalam pengelolaan minyak dan gas bumi. Ketentuan pidana diberlakukan untuk pelanggaran terhadap norma-norma yang terdapat dalam UU ini dengan kualifikasi sebagai pelanggaran dan kejahatan. Sanksi yang diberikan sebagian besar bersifat kumulatif. Gambaran mengenai sanksi pidana dapat dilihat dalam tabel di bawah ini.

Tabel: 2
Sanksi Pidana dalam UU Migas

| No. | Tindak Pidana | Sanksi | Kategori Sanksi Pidana |
|-----|---|---|-------------------------|
| 01 | Melakukan Survei Umum tanpa hak (P.51) | Pidana kurungan paling lama 1 (satu) tahun atau denda paling tinggi Rp. 10.000.000.000,00 (sepuluh miliar rupiah). | Pelanggaran/ alternatif |
| 02 | Mengirim atau menyerahkan atau memindahtangankan data tanpa hak dalam bentuk apa pun (P.52) | Pidana kurungan paling lama 1 (satu) tahun atau denda paling tinggi Rp. 10.000.000.000,00 (sepuluh miliar rupiah). | Kejahatan/ alternatif |
| 03 | Melakukan Eksplorasi dan/atau Eksploitasi tanpa mempunyai Kontrak Kerja Sama (P.52) | Pidana penjara paling lama 6 (enam) tahun dan denda paling tinggi Rp. 60.000.000.000,00 (enam puluh miliar rupiah) | Kejahatan/ kumulatif |
| 04 | Pengolahan migas tanpa Izin Usaha Pengolahan | Pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan denda paling tinggi Rp. 50.000.000.000,00 (lima puluh milyar rupiah); | Kejahatan/ kumulatif |

| | | | |
|----|--|---|---------------------|
| 05 | Pengangkutan tanpa Izin Usaha Pengangkutan | Pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun dan denda paling tinggi Rp. 40.000.000.000,00 (empat puluh miliar rupiah); | Kejahatan/kumulatif |
| 06 | Penyimpanan tanpa Izin Usaha Penyimpanan | Pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun dan denda paling tinggi Rp. 30.000.000.000,00 (tiga puluh miliar rupiah); | |
| 07 | Usaha Niaga tanpa Izin Usaha Niaga (p.53) | Pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun dan denda paling tinggi Rp. 30.000.000.000,00 (tiga puluh miliar rupiah) | Kejahatan/kumulatif |
| 08 | Meniru atau memalsukan Bahan Bakar Minyak dan Gas Bumi dan hasil olahan (p.54) | Pidana penjara paling lama 6 (enam) tahun dan denda paling tinggi Rp. 60.000.000.000,00 (enam puluh miliar rupiah). | Kejahatan/kumulatif |
| 09 | Pasal 55 Menyalahgunakan Pengangkutan dan/atau Niaga Bahan Bakar Minyak yang disubsidi Pemerintah | Pidana penjara paling lama 6 (enam) tahun dan denda paling tinggi Rp. 60.000.000.000,00 (enam puluh miliar rupiah). | Kejahatan/kumulatif |

Selanjutnya, Pasal 56 UU Migas menyatakan bahwa dalam hal tindak pidana dilakukan oleh atau atas nama Badan Usaha atau Bentuk Usaha Tetap, tuntutan dan pidana dikenakan terhadap Badan Usaha atau Bentuk Usaha Tetap dan/atau pengurusnya. Dalam hal tindak pidana dilakukan oleh Badan Usaha atau Bentuk Usaha Tetap, pidana yang dijatuhkan kepada Badan Usaha atau Bentuk Usaha Tetap tersebut adalah pidana denda, dengan ketentuan paling tinggi pidana denda ditambah sepertiganya. Selain ketentuan pidana, sebagai pidana tambahan adalah pencabutan hak atau perampasan barang yang digunakan untuk atau yang diperoleh dan tindak pidana dalam kegiatan usaha Minyak dan Gas Bumi.

7. Peraturan Pelaksanaan UU Migas

Dengan berlakunya UU No. 22 Tahun 2001, maka beberapa undang-undang sebelumnya dinyatakan tidak berlaku lagi. Beberapa

ketentuan dalam Undang-Undang ini kemudian diatur lebih lanjut dalam berbagai peraturan pelaksanaan, untuk melahirkan suatu kerangka hukum yang komprehensif di bidang pengelolaan minyak dan gas bumi.

Tabel: 3
Peraturan Pelaksanaan dari UU No. 22 Tahun 2001

| No. | Materi | Jenis Peraturan Perundang-Undangan |
|-----|--|--|
| 1 | Pedoman, tata cara, dan syarat-syarat mengenai Kontrak Kerja Sama, penetapan dan penawaran Wilayah Kerja, perubahan dan perpanjangan Kontrak Kerja Sama, serta pengembalian Wilayah Kerja | Peraturan Pemerintah |
| 2 | Tata cara dan persyaratan pelaksanaan Survei Umum | PP |
| 3 | Pelaksanaan ketentuan mengenai kepemilikan, jangka waktu penggunaan, kerahasiaan, pengelolaan, dan pemanfaatan data. | PP |
| 4 | Ketentuan mengenai pengembangan lapangan, pemroduksian cadangan Minyak dan Gas Bumi, dan ketentuan mengenai kaidah keteknikan. | PP |
| 5 | Pelaksanaan ketentuan kewajiban Badan Usaha atau Bentuk Usaha Tetap untuk menyerahkan paling banyak 25% (dua puluh lima persen) bagiannya dari hasil produksi Minyak Bumi dan/atau Gas Bumi untuk memenuhi kebutuhan dalam negeri. | PP |
| 6 | Ketentuan mengenai usaha Pengolahan, Pengangkutan, Penyimpanan, dan Niaga. | PP |
| 7 | Ketentuan mengenai tata cara penyelesaian penggunaan tanah hak atau tanah negara. | PP |
| 8 | Ketentuan mengenai keselamatan dan kesehatan kerja serta pengelolaan lingkungan hidup. | PP |
| 9 | Ketentuan mengenai pembinaan dan pengawasan | PP |
| 10 | Ketentuan mengenai struktur organisasi, status, fungsi, tugas, personalia, wewenang dan tanggung jawab serta mekanisme kerja Badan Pelaksana dan Badan Pengatur | PP No. 42 Tahun 2002 tentang Badan Pelaksana Kegiatan Usaha Hulu Minyak dan Gas Bumi |

| | | |
|----|----------------------|--------------------|
| 11 | Pembentukan Pengatur | Keputusan Presiden |
|----|----------------------|--------------------|

Sampai dengan tahun 2004, sebelum Mahkamah Konstitusi mengeluarkan putusan pengajuan terhadap UU No. 22 Tahun 2001 telah keluar beberapa peraturan penting antara lain:

- (1) PP No. 31 Tahun 2003 tentang Pengalihan Bentuk Perusahaan Pertambangan Minyak dan Gas Bumi Negara (Pertamina) Menjadi Perusahaan Perseroan (Persero).
- (2) PP No. 31 Tahun 2003 tentang Pengalihan Bentuk Perusahaan Pertambangan Minyak dan Gas Bumi Negara (Pertamina) Menjadi Perusahaan Perseroan (Persero).
- (3) PP No. 67 Tahun 2002 tentang Badan Pengatur Penyediaan dan Pendistribusian Bahan Bakar Minyak dan Kegiatan Usaha Pengangkutan Gas Bumi Melalui Pipa.
- (4) Keppres No. 86 Tahun 2002 tentang Pembentukan Badan Pengatur Penyediaan dan Pendistribusian Bahan Bakar Minyak dan Kegiatan Usaha.

BAB III

PENGUJIAN TERHADAP UNDANG-UNDANG NOMOR 22 TAHUN 2001

Permohonan pengujian (*judicial review*) terhadap UU Migas dilakukan dalam dua kasus yang berbeda, yaitu pertama adalah permohonan yang kemudian tercatat dengan nomor register perkara No. 002/PUU-I/2003 dan kedua adalah perkara dengan register No. 20/PUU-V/2007. Secara ringkas gambaran dari kedua perkara tersebut dapat dilihat dalam tabel di bawah ini:

Tabel: 4
Permohonan *Judicial Review* UU No. 22 Tahun 2001

| No. | Materi/Subyek | Perkara No.002/PUU-I/2003 | Perkara No. 20/PUU-V/2007 |
|-----|-----------------------------|---|--|
| 01 | Pemohon | Asosiasi Penasihat Hukum Indonesia (APHI), Perhimpunan Bantuan Hukum Indonesia (II), Yayasan 324 (Pemohon III), Solidaritas Nusa Bangsa (Pemohon IV), Serikat KEP-FSPSI Pertamina (Pemohon V), Dr. Ir. Pandji R. Hadinoto, PE, M.H, Wakil Rektor Universitas Kejuangan 45 (Pemohon VI). | Beberapa Anggota DPR RI, yaitu: Zainal Arifin, Sonny Keraf, Alvin Lie, Ismayatun, Hendarso Hadiparmono, Bambang Wuryanto, Dradjad Wibowo, dan Tjatur Sapto Edy. |
| 02 | Pasal yang inkonstitusional | Pasal 12 ayat (1), Pasal 22 ayat (1), Pasal 28 ayat (2) dan (3) | Pasal 11 ayat (2) |
| 03 | Putusan | Dikabulkan untuk pengujian bagian-bagian Pasal. Penolakan terhadap permohonan pembatalan semua bagian UU. | Ditolak |

1. Putusan Mahkamah Konstitusi untuk Perkara No. 002/PUU-V/2003

Uraian dalam bagian ini tidak difokuskan pada perdebatan di MK mengenai argumentasi pemohon dan pihak termohon, melainkan lebih mengelaborasi mengenai implikasi atau dampak serta makna yuridis dari putusan MK tersebut. Oleh karena itu, penulis memulainya dari hasil Putusan MK.

Perkara No. 002/PUU-I/2003 bertanggal 15 Oktober 2003, dengan perbaikan tanggal 14 Nopember 2003, secara materiil melakukan pengujian terhadap Pasal 12, Pasal 22 dan Pasal 28 dengan masing-masing rumusan sebagai berikut:

Pasal 12:

- (1) Wilayah Kerja yang akan ditawarkan kepada Badan Usaha atau Bentuk Usaha Tetap ditetapkan oleh Menteri setelah berkonsultasi dengan Pemerintah Daerah.
- (2) Penawaran Wilayah Kerja sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dilakukan oleh Menteri.
- (3) Menteri menetapkan Badan Usaha atau Bentuk Usaha Tetap yang diberi wewenang melakukan kegiatan usaha Eksplorasi dan Eksploitasi pada Wilayah Kerja sebagaimana dimaksud dalam ayat (2).

Pasal 22:

- (1) *Badan Usaha atau Bentuk Usaha Tetap wajib menyerahkan paling banyak 25% (dua puluh lima persen) bagiannya dari hasil produksi Minyak Bumi dan/atau Gas Bumi untuk memenuhi kebutuhan dalam negeri.*
- (2) *Pelaksanaan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) diatur lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah.*

Pasal 28:

- (1) *Bahan Bakar Minyak serta hasil olahan tertentu yang dipasarkan di dalam negeri untuk memenuhi kebutuhan masyarakat wajib memenuhi standar dan mutu yang ditetapkan oleh Pemerintah.*

- (2) *Harga Bahan Bakar Minyak dan harga Gas Bumi diserahkan pada mekanisme persaingan usaha yang sehat dan wajar.*
- (3) *Pelaksanaan kebijaksanaan harga sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) tidak mengurangi tanggung jawab sosial Pemerintah terhadap golongan masyarakat tertentu.*

Dalam amar putusannya MK menyatakan bahwa ketentuan Pasal 12 ayat (3) sepanjang mengenai kata "diberi wewenang" bertentangan dengan UUD 1945. Sedangkan Pasal 22 sepanjang mengenai kata-kata "paling banyak" bertentangan dengan UUD 1945. Demikian pula dengan Pasal 22 ayat (1) tersebut seharusnya berbunyi: *Badan Usaha atau Bentuk Usaha Tetap, wajib menyerahkan paling banyak 25 % (dua puluh lima persen) bagiannya dari hasil produksi Minyak dan/atau Gas Bumi untuk memenuhi kebutuhan dalam negeri*". Selanjutnya, untuk Pasal 28 ayat (2) dan ayat (3), rumusan Pasal 28 ayat (2) dinyatakan tidak berlaku.

Pertanyaan yang muncul adalah bagaimana konsekuensi atau dampak dari pembatalan kata-kata atau ayat tersebut?

Pertama, dalam kaitannya dengan Pasal 12 ayat (3) yang menyatakan bahwa sepanjang mengenai kata-kata *diberi wewenang* dihapuskan, maka rumusan Pasal 12 ayat (3) tersebut menjadi:

"Menteri menetapkan Badan Usaha atau Bentuk Usaha Tetap yang melakukan kegiatan usaha Eksplorasi dan Eksploitasi pada Wilayah Kerja sebagaimana dimaksud dalam ayat (2)".

Penulis berpendapat penghapusan kata "diberi wewenang" tidak menghilangkan substansi dari Pasal 12 ayat (3), karena karena makna utama dari rumusan Pasal 12 ayat (3) adalah pada kata *Menteri Menetapkan* Badan Usaha atau Bentuk Usaha yang melakukan kegiatan usaha Eksplorasi dan Eksploitasi pada Wilayah Kerja sebagaimana dimaksud dalam ayat (2). Artinya, kata penetapan itu sendiri sesungguhnya sudah melahirkan kewenangan. Dengan demikian, penghapusan kata "diberi wewenang" dalam Pasal 12 ayat (3), hanya sebatas perbaikan redaksional yang tidak membawa implikasi substantif.

Kedua, dalam kaitannya dengan Pasal 12 ayat (3) mengenai penghilangan kata "paling banyak" memberikan makna imperatif bagi suatu jumlah tertentu. Rumusan pasal ini membawa implikasi

terhadap isi KKS yang dengan tegas menyebutkan angka 25 persen. Dengan demikian, terjadi dampak substantif yang signifikan terhadap biaya yang harus dikeluarkan oleh semua badan usaha. Namun dalam kenyataannya beberapa KKS tidak mengindahkan putusan MK tersebut, sebagaimana dikemukakan oleh saksi dalam perkara No. 20/PUU-V/2007 mengenai rumusan substansi salah satu KKS yang dikemukakan dalam keterangan ahli pemohon berikut ini:

"After commercial production commences, fulfill its obligation towards the supply of the domestic market in Indonesia".³¹

Artinya, bahwa sampai pada tahun 2007, yaitu empat tahun setelah putusan pembatalan kata paling banyak, masih ada KKS yang belum mentaatinya.

Ketiga, dalam kaitannya dengan Pasal 28 ayat (2) yang dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 sehingga tidak memiliki kekuatan mengikat. Putusan ini didasarkan pada pemikiran bahwa Pasal tersebut merupakan asal muasal dari liberalisasi usaha Migas di Indonesia. Namun, konsep Pasal ini sesungguhnya mengacu kepada filosofi Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Artinya, masih tetap ada regulasi dalam penetapan harga BBM. Hal itu kemudian misalnya dituangkan dalam Peraturan Presiden No. 55 Tahun 2005 tentang Harga Eceran Bahan Bakar Minyak Dalam Negeri.

Peraturan Presiden No. 55 Tahun 2005 sekaligus mencabut Peraturan Presiden No. 22 Tahun 2005 tentang Harga Eceran Bahan Bakar Minyak Dalam Negeri beserta peraturan pelaksanaannya. Dalam ketentuan menimbang Peraturan Presiden tersebut, dikemukakan bahwa dalam rangka meringankan beban keuangan negara bagi penyediaan BBM dalam negeri perlu dilakukan pengurangan terhadap subsidi.³² Pasal 2 Perpres tersebut merumuskannya sebagai berikut:

(1) Harga eceran minyak tanah (Karosene) untuk rumah tangga dan Usaha Kecil di titik serah, termasuk Pajak Pertambahan Nilai (PPN) untuk setiap liter ditetapkan Rp 2.000 (dua ribu rupiah).

³¹ Keterangan Ahli Pemohon dalam Putusan MK No. 20/PUU-V/2007 hal. 28. Diterbitkan oleh Sekretariat Jenderal DPR RI.

³² Lihat Ketentuan Menimbang huruf a Peraturan Presiden No. 55 Tahun 2005.

(2) *Harga jual bensin premium dan minyak solar (gas oil) untuk Usaha Kecil, transportasi, dan pelayanan umum dititik serah, termasuk Pajak Pertambahan Nilai (PPN) untuk setiap liter ditetapkan sebagai berikut, yaitu bensin premium Rp 4500 (empat ribu lima ratus rupiah), dan untuk Minyak Solar Rp 4300.*

Penulis melihat, substansi dari Peraturan Presiden secara yuridis adalah bahwa ada regulasi, yang menggambarkan ada intervensi pemerintah dalam penetapan harga bahan bakar minyak dalam negeri. Dengan demikian, tidak semata-mata diserahkan kepada mekanisme Pasar. Dalam Peraturan Presiden ini, jelas menggambarkan bahwa ada subsidi, walaupun subsidi tersebut telah menjadi beban semakin berat bagi keuangan negara. Dengan demikian, mekanisme pasar lebih dimaksudkan bahwa pergerakan harga minyak dunia yang tidak bisa dihindari akan mempengaruhi harga penjualan minyak Indonesia di pasar dunia. Harga tersebut akan mempengaruhi penerimaan dan pengeluaran negara dari sektor perminyakan.

Kebijakan mengenai harga BBM di Indonesia, mencapai puncaknya ketika pada tahun 2008 Pemerintah kembali mengurangi subsidi BBM, yang berdampak pada kenaikan harga BBM. Kebijakan ini kemudian ditanggapi oleh DPR RI dengan membentuk Panitia Angket BBM³³. Jelas persoalan yang kemudian muncul dari Panitia Angket adalah masalah liberalisasi yang dikaitkan dengan Pasal 28 ayat (2) UU No. 22 Tahun 2001. Beberapa rumusan laporan Panitia Angket BBM yang mengarahkan kepada praktek mekanisme BM yaitu Kebijakan pemerintah menaikkan harga BBM berpotensi melanggar konstitusi, khususnya Pasal 33 UUD 1945. Melepaskan harga BBM domestik ke fluktuasi harga pasar, tanpa menimbang tingkat keterjangkauan oleh rakyat, adalah inskonstitusional.

³³ Panitia Angket dibentuk dengan Keputusan DPR RI No. 08/DPR RI/IV/2008 tentang Pembentukan Panitia Angket DPR RI tentang Kebijakan Pemerintah Meningkatkan Harga Bahan Bakar Minyak. Sejalan dengan pemikiran Panitia Angket ini, Perhimpunan Pelajar Indonesia di Indonesia juga tidak puas terhadap putusan MK, dan menilai putusan MK melegalkan liberalisasi pengelolaan minyak dan gas bumi di Indonesia, karena tidak mencabut UU No. 22 Tahun 2001 atau hanya membatalkan beberapa pasal saja. Pernyataan Pers PPI-India dalam WWW.freelists.org PPI/PPIINDIA. Diakses tanggal 11 Desember 2009.

Pemikiran ini sejalan dengan putusan Mahkamah Konstitusi yang telah mencabut dan membatalkan pasal 28 ayat (2) UU Migas yang berbunyi "Harga BBM dan harga Gas Bumi diserahkan pada mekanisme persaingan usaha yang sehat dan wajar". Kebijakan pemerintah menaikkan harga BBM adalah hilir dari hulu kebijakan perminyakan nasional yang diarahkan ke rejim liberalisasi paska pemberlakuan UU Nomor 22 Tahun 2001. UU Migas menimbulkan komplikasi masalah seperti merosotnya produksi migas nasional, membengkaknya *cost recovery*, rendahnya investasi di sektor hulu migas, tidak optimalnya penerimaan negara dari sektor migas, terkikisnya kedaulatan dan makna penguasaan negara terhadap cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak. Penurunan produksi minyak mentah Indonesia dan kenaikan harga BBM di Indonesia tidak terlepas dari pemberlakuan Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 Tentang Minyak dan Gas Bumi. Undang-Undang tersebut merupakan legalisasi terhadap liberalisasi pengelolaan minyak dan gas di dalam negeri. Salah satu implikasi dari praktek liberalisasi tersebut adalah berkurangnya campur tangan Negara dalam operasionalisasi atau pengelolaan Minyak dan Gas Bumi untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.³⁴

Secara hukum implikasi dari putusan MK, kebijakan Pemerintah menaikkan harga BBM menggambarkan belum adanya kesepakatan dan kesamaan pikiran dan pandangan antara Pemerintah dan DPR mengenai implikasi yuridis dari pembatalan Pasal 28 ayat (2) UU No. 22 Tahun. Peraturan Presiden No. 55 Tahun 2005 tentang Penetapan Harga Eceran BBM Dalam Negeri yang ditetapkan jauh setelah putusan MK merupakan bentuk atau menggambarkan makna yang ditangkap oleh Pemerintah terhadap hasil Putusan MK. Sebaliknya, DPR dengan pembentukan Panitia Angket berpendapat bahwa menaikkan harga BBM merupakan bentuk dari liberalisasi. Penulis berpendapat bahwa Pemerintah melihat penetapan harga merupakan bentuk regulasi atau intervensi pemerintah, walaupun penetapan harga tersebut sangat ditentukan oleh harga BBM dunia. Sebaliknya, bagi DPR seharusnya, penetapan harga sama sekali tidak ditentukan oleh harga BBM pasar dunia. Perbedaan kedua

³⁴ Lihat Laporan Akhir Panitia Angket DPR RI Oktober 2009.

pandangan ini, akan berdampak pada analisis secara ekonomi mengenai kerugian atau beban keuangan negara, karena pada dasarnya Indonesia merupakan pelaku pasar dunia, yang tidak dapat terisolasi dari masyarakat perdagangan dunia.

2. Putusan MK No. 22/PUU-V/2007

Uraian terhadap Putusan MK No. 22/PUU-V/2007 difokuskan pada argumentasi masing-masing pihak. Penulis tidak membahas mengenai dampak dari putusan tersebut, karena dalam putusan ini MK menyatakan permohonan pemohon ditolak karena pemohon tidak memiliki *legal standing* atau tidak memenuhi unsur sebagai pihak yang dirugikan. Dari putusan ini jelas, bahwa Anggota DPR tidak dapat menyatakan diri mewakili kepentingan DPR, apabila hak konstitusional tersebut melekat pada lembaga, bukan kepada individu. Namun, yang menarik dari putusan ini adalah mengenai argumentasi para pihak, walaupun MK sendiri akhirnya tidak masuk ke wilayah substansi permohonan pengujian.

Pemerintah mempersoalkan siapa sebenarnya yang dirugikan atas keberlakuan Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001. Pemerintah berpendapat ketentuan yang tercantum dalam Pasal 11 ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, maupun ketentuan Pasal 11 ayat (2) Undang-Undang No. 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi, berlaku untuk Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) sebagai institusi lembaga negara. Sedangkan hak dan kewajiban anggota DPR telah diatur secara rinci dalam peraturan perundang-undangan tersendiri, termasuk peraturan tata tertib DPR. Pemohon juga dianggap tidak konsisten, karena menggugat Undang-Undang yang dibuatnya sendiri. Disamping itu, sesuai dengan ketentuan Pasal 60 UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi bahwa terhadap materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dalam undang-undang yang telah diuji, tidak dapat dimohonkan pengujian kembali. Terhadap argumentasi kedua yang disampaikan pemerintah, penulis berpendapat, bahwa terdapat perbedaan substansi yang diajukan dalam Perkara No. 002/PUU-I/2003 dengan Perkara No. 20/PUU-V/2007, *sehingga tidak dapat dikenakan ne bis in idem*.

Tabel: 5
Keterangan Alasan Pemohon dan Penjelasan Pemerintah

| No. | Alasan Pemohon | Keterangan Pemerinrah dan DPR |
|-----|--|--|
| 01 | Adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional para Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945 dalam kedudukannya sebagai Anggota DPR RI yang telah dirugikan dengan berlakunya UU Migas, yang bersifat spesifik dan akutal atau setidaknya bersifat potensial akan terjadi, yaitu kehilangan hak konstitusional untuk memberikan persetujuan terhadap perjanjian internasional lainnya sebagaimana ketentuan Pasal 11 ayat (2) UUD 1945, dan berkaitan dengan pengawasan agar kekayaan alam yang terkandung dalam bumi dan air Indonesia dipergunakan sebesar-besarnya berdasarkan ketentuan Pasal 33 ayat (3) dan ayat (4) UUD 1945 | Tidak terdapat dan/atau telah timbul kerugian terhadap hak dan/atau kewenangan konstitusional para Pemohon dan karenanya tidak bertentangan dengan Pasal 11 ayat (2), Pasal 20A ayat (1), dan Pasal 33 ayat (3) dan ayat (4) UUD 1945. |
| 02 | KKS termasuk dalam katagori pernjanjian internasional yang dimaksud dalam Pasal 11 ayat (2) UUD 1945. | Perjanjian internasional yang dimaksud dalam Pasal 11 Undang-Undang Dasar 1945 adalah instrumen yang selama ini dikenal dalam hukum tata negara dan hukum internasional sesuai dengan Konvensi Winna tahun 1969 dan tahun 1986 tentang Perjanjian Internasional. |
| 03 | Anggota DPR dapat secara pribadi mewakili lembaga. | Para pemohon bukanlah pihak yang hak konstitusionalnya dirugikan, karena UUD 1945 membedakan hak sebagai lembaga negara (DPR) dan hak sebagai Anggota DPR. |
| 04 | KKS merugikan kepentingan nasional | Konstruksi KKS lebih menguntungkan pihak Indonesia. Hal tersebut misalnya dapat dilihat dalam rumusan pengertian KKS dalam Pasal 1 angka 19 UU No. 22 Tahun 2001 "Kontrak Kerja Sama adalah Kontrak Bagi Hasil atau bentuk kontrak kerja sama lain dalam kegiatan eksplorasi dan eksploitasi yang lebih menguntungkan negara dan hasilnya dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat". Selanjutnya, Pasal 38 PP No. 35 Tahun 2004 tentang Kegiatan Usaha Hulu Minyak dan Gas Bumi mengatakan "terhadap kontrak kerjasama tunduk dan berlaku hukum Indonesia". |

| | | |
|----|-------------------------------------|--|
| 05 | Fungsi Pengawasan DPR tidak efektif | Dengan fungsi pengawasannya, ketika Presiden telah menyampaikan KKS kepada DPR, DPR sesungguhnya dapat saja membatalkan KKS tersebut sepanjang benar-benar merugikan kepentingan masyarakat atau bangsa Indonesia. |
|----|-------------------------------------|--|

Substansi dari argumentasi pemohon adalah menyangkut dua hal, yaitu: *Pertama*, mengenai kedudukan KKS sebagai bagian dari perjanjian internasional, sehingga tunduk terhadap ketentuan Pasal 11 UUD 1945, dan fungsi pengawasan DPR yang tidak terakomodasi dalam Pasal 11 ayat (2) UU No. 22 Tahun 2001. Terhadap masalah ini, penulis sependapat dengan pihak pemerintah yang tidak menempatkan KKS dalam wilayah perjanjian internasional sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 UUD 1945 dan juga UU tentang Perjanjian Internasional. Dengan demikian, kedudukan Pemerintah yang dilaksanakan oleh BP Migas merupakan para pihak dalam ranah hukum perdata internasional. *Kedua*, masalah fungsi pengawasan DPR, ketika pengawasan itu tidak dilakukan secara preventif dalam bentuk memberikan persetujuan sebelum KKS ditandatangani, maka sesungguhnya fungsi pengawasan yang lebih luas adalah pengawasan terhadap pembuatan KKS serta pelaksanaannya yang dapat dilakukan sewaktu-waktu oleh DPR, baik sebelum pembuatan KKS maupun setelah penandatanganan KKS. Dengan demikian, fungsi pengawasan DPR dalam pembuatan KKS masih tetap penting dan relevan, sehingga tidak ada yang diabaikan.

Tabel: 7
Pendapat para ahli dalam Perkara No. 20/PUU-V/2007

| No. | Masalah | Ahli Pemohon | Ahli Termohon |
|-----|------------------------------|--|--|
| 01 | Perjanjian Internasional | Tidak bisa dipisahkan secara tegas antar publik dan privat, terutama dalam substansinya. | Harus dipisah secara tegas, berdasarkan subek atau para pihak. Para pihak adalah Negara, sebagai subyek hukum internasional. |
| 02 | Kedudukan Kontrak Kerja Sama | Bagian dari perjanjian internasional | Hukum Perdata Internasional/Tidak masuk dalam kategori Pasal 11 ayat (2) UUD 1945. |

| | | | |
|----|--|---|--|
| 03 | Substansi/Isi KKS | Merugikan Negara/ Kepentingan Indonesia banyak yang tidak tertuang di dalamnya, terutama sampai pengajuan permohonan judicial review, putusan MK sebelumnya tidak ditaati. | Fungsi-fungsi pengawasan menurut UU Migas dapat dilaksanakan untuk mengontrol isi KKS, DPR pun dapat melakukan fungsi pengawasan, terhadap isi dari KKS. |
| 04 | Pengertian dikuasai negara | DPR sebagai pemegang kuasa: Mengedepankan kedaulatan Negara, rakyat sebagai sumber, pemilik, dan pemegang kekuasaan tertinggi dalam kehidupan bernegara. Dalam konteks ini, maka DPR lah menjadi pemegang kekuasaan tersebut. | Pemerintah dalam arti eksekutif yang kemudian dilaksanakan oleh BP Migas. |
| 05 | M a s a l a h keterlibatan DPR dalam negosiasi KKS | Perlu untuk mengantisipasi kekosongan hukum dan kelemahan isi KKS dan memperkuat kedudukan hukum dari KKS, merubah APBN pada posisi pendapatan dan pada belanja negara. | Tidak perlu, bisa menjadi tidak efisien, dan kontraktor tidak semuanya asing, banyak swasta nasional. |
| 06 | Isi Pasal 11 ayat (2) UU Migas | Bertentangan dengan Pasal 11 UUD 1945. | Sama sekali tidak bertentangan dengan, karena tidak ada kaitannya. |

Apabila dilihat substansi dari keterangan para ahli pemohon, jelas terlihat tidak masuk dan fokus ke dalam persoalan utama dari permohonan pengujian UU No. 22 Tahun 2001. Ahli banyak membicarakan kelemahan substantif dan teknis KKS yang menurut ahli dapat diatasi apabila DPR ikut terlibat. Demikian juga masalah lain yang dikemukakan oleh ahli berkaitan dengan belum terpenuhinya isi KKS dengan putusan MK sebelumnya. Jadi substansi dari keterangan ahli pemohon adalah bicara pada implementasi hukum, bukan pada norma yang inkonstitusional. Jadi terdapat lompatan, membicarakan hal-hal yang bersifat implementatif untuk diukur dengan ketentuan dalam konstitusi. Hal itu misalnya dapat dilihat dalam kesimpulan ahli: berdasarkan paparan tersebut di atas, ahli memandang bahwa terdapat banyak kelemahan dalam ketentuan KKS yang nantinya

dapat menimbulkan permasalahan hukum, teknis, ekonomis, sosial, dan lingkungan. Ahli berpendapat bahwa permasalahan tersebut terjadi karena tidak adanya pengawasan dalam perumusan sebelum KKS ditandatangani BP Migas. Padahal, UU Migas sudah mengatur mengenai pembinaan dan pengawasan terhadap KKS. Pada sisi lain, keterangan ahli pemohon juga mengemukakan mengenai konsep hukum internasional pada umumnya yang tidak menyentuh langsung pada substansi perkara.

BAB IV

KESIMPULAN

Analisis substantif terhadap putusan MK terhadap permohonan pengujian terhadap UU No. 22 Tahun 2001 sampai pada beberapa kesimpulan:

1. Putusan Mahkamah Konstitusi, belum secara tuntas memberikan jawaban atau solusi terhadap regim pengelolaan Minyak dan Gas Bumi di Indonesia. Pemerintah dan DPR masih berbeda pandangan terhadap makna dari putusan MK. Pemerintah melalui Peraturan Presiden No. 55 Tahun 2005 tentang Hara Eceran Bahan Bakar Dalam Negeri yang menetapkan harga berdasarkan pertimbangan subsidi, tetap dinilai oleh DPR belum sebagai tindakan yang mengakomodasi dan melaksanakan putusan Mahkamah Konstitusi.
2. Isi Putusan MK dalam pengujian terhadap UU No. 22 Tahun 2001 ada yang tidak memiliki makna yang signifikan, namun ada yang sangat signifikan misalnya pembatalan terhadap Pasal 28 ayat (2) UU No. 22 Tahun 2001 dan penolakan terhadap permohonan DPR untuk mencabut Pasal 11 ayat (2) UU No. 22 Tahun 2001.
3. Karena putusan MK akan ditindaklanjuti dengan legislative review oleh Pemerintah dan DPR, maka tidaklah mudah untuk mencari titik temu dan menyamakan persepsi dalam UU baru yang akan menggantikan UU No. 22 Tahun 2001. Kesulitan untuk mencapai titik temu, karena perbedaan cara pandang terhadap beberapa masalah penting misalnya mengenai penguasaan oleh negara apakah oleh Pemerintah sebagai eksekutif saja atau bersama-sama dengan DPR. Demikian pula soal konsep mekanisme berdasarkan persaingan usaha yang sehat, apakah konsep tersebut berarti liberalisasi atau terdapat intervensi negara di dalamnya.

DAFTAR PUSTAKA

- Asshiddiqie, Jimmly. *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi, Seprihan Pemikiran Hukum, Konstitusi* Press (Jakarta: 2005).
- , *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara* Konstitusi Press, (Jakarta: 2006).
- Fatkhurohman, Dian Amininudi, Sirajudin, *Memahami Keberadaan Mahkamah Konstitusi di Indonesia*, Citra Aditya Bakti (Bandung: 2004).
- Republik Indonesia, Refly Harun, dkk (editor), *Menjaga Denyut Konstitusi, Refleksi Satu Tahun Mahkamah Konstitusi*, KonsPress (Jakarta: 2004).
- , *Putusan Pengujian terhadap Undang-Undang No. 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan No. 001/PUU-I/2003*.
- , *Putusan pengujian terhadap UU No. 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi, 002/PUU- I/2004, tanggal 21-12-2004*.
- , *Lima Tahun Penegakan Konstitusi, Gambaran Singkat Pelaksanaan Tugas Mahkamah Konstitusi 2003-2008*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (Jakarta: 2008).
- Syahuri, Taufiqurrohman. *Mahkamah Konstitusi dan Analisis Putusannya*. Disampaikan pada Seminar "Mahkamah Konstitusi dan Teknis Analisisnya", Setjen DPR RI, Jakarta: Gedung Nusantara I DPR RI, Jum'at 23 Oktober 2009.
- Vanberg, George Vanberg dalam *The Politics of Constitutional Review in Germany, Political Economy of Institutions and Decision*, Cambridge University Press (New York: 2005).
-

Buku Kedua:

**KONSTITUSIONALITAS BERSYARAT DAN IMPLIKASINYA:
ANALISIS MENGENAI PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI
TERHADAP PENGUJIAN
UNDANG-UNDANG NOMOR 7 TAHUN 2004
TENTANG SUMBER DAYA AIR**

Sulasi Rongiyati*

* Peneliti Muda Bidang Hukum Ekonomi di Pusat Pengkajian Pengolahan Data dan Informasi (P3DI) Sekretariat Jenderal DPR RI.

BAB I

PENDAHULUAN

Mahkamah Konstitusi (MK) sebagai pengawal konstitusi memiliki 5 kewenangan utama yaitu: menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945); memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945; memutus pembubaran partai politik; memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum; serta memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden diduga telah melakukan pelanggaran hukum sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU MK).

Kewenangan menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar merupakan kewenangan yang paling sering digunakan oleh Mahkamah Konstitusi. Terhadap kewenangan ini UU MK mengatur 3 jenis putusan MK yaitu: ditolak, dikabulkan, atau tidak diterima. Seiring perjalanan waktu, jenis putusan MK tidak terbatas pada ketiga jenis putusan tersebut, MK juga mengeluarkan putusan konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*). Putusan MK yang memuat konstitusional bersyarat pertama kali terdapat dalam Putusan MK terhadap pengujian UU No. 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air (UU SDA) yaitu putusan terhadap perkara nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan 008/PUU-III/2005. Selanjutnya putusan MK yang memuat konstitusional bersyarat antara lain putusan perkara No. 003/PUU-IV/2006 mengenai pengujian UU Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (UU No. 31 Tahun 1999 jo UU No. 20 Tahun 2001), putusan perkara No. 14-17/PUU-V/2007 terkait beberapa UU yang mengatur pembatasan mantan narapidana untuk dapat mencalonkan diri dalam jabatan publik (UU No. 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan Presiden dan Wakil Presiden, UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, UU No. 14 Tahun 1985 jo UU No. 5 Tahun 2004 tentang Mahkamah Agung, UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, UU No. 15 Tahun 2006 tentang Badan Pemeriksa Keuangan); putusan perkara Nomor 21-22/PUU-V/2007 tentang pengujian UU No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal.

Berbeda dengan putusan syarat konstitusional dalam putusan MK atas permohonan pengujian undang-undang lainnya yang dimuat dalam amar putusan, syarat konstitusional putusan MK atas pengujian UU SDA tercantum dalam pertimbangan atau pendapat mahkamah. Putusan MK tersebut diberlakukan untuk lima permohonan pengajuan *judicial review* terhadap UU SDA dengan dalil yang berbeda. Pada prinsipnya putusan MK dalam pertimbangannya mengakui peran penting air sebagai sumber kehidupan sekaligus merupakan hak asasi manusia sehingga negara wajib untuk menghormati (*respect*), melindungi (*protect*) dan memenuhi (*full fill*) hak warga negara atas air sebagaimana didalilkan oleh pemohon. Namun, pengaturan-pengaturan kepemilikan, pengusahaan dan pemanfaatan air dalam UU SDA dinilai tidak bertentangan dengan Konstitusi. Peran negara, sebagaimana perintah Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 dinilai MK masih tetap ada dan tidak dialihkan kepada dunia usaha atau swasta. Sehingga amar Putusan MK dalam perkara tersebut menyatakan menolak permohonan pemohon. Namun, dalam pertimbangan hukum MK mencantumkan klausula konstitusionalitas bersyarat, yaitu bahwa UU SDA bersifat konstitusional sepanjang dalam pelaksanaannya pemerintah mengacu pada pertimbangan hukum yang disampaikan MK. MK menetapkan syarat pelaksanaan UU SDA harus ditafsirkan sesuai dengan maksud sebagaimana termuat dalam pertimbangan MK, sehingga apabila UU SDA dalam pelaksanaannya ditafsirkan lain dari maksud sebagaimana termuat dalam pertimbangan MK, maka terhadap UU SDA tidak tertutup kemungkinan untuk diajukan pengujian kembali.

Tulisan ini akan menganalisis bagaimana kedudukan hukum putusan konstitusional bersyarat dan bagaimana implikasi putusan tersebut terhadap pelaksanaan UU SDA, khususnya penerapan pertimbangan MK yang merupakan syarat-syarat konstitusionalitas dalam substansi peraturan pelaksana UU SDA.

BAB II

KERANGKA PEMIKIRAN

A. Jenis dan Sifat Putusan MK

MK memiliki kewenangan mengadili pada tingkat pertama dan terakhir terhadap permohonan pengujian undang-undang terhadap UUD yang diundangkan setelah perubahan UUD 1945 (Pasal 24 jo. Pasal 50 UU MK). Dengan demikian terhadap putusan MK tidak mungkin dilakukan upaya hukum dan putusan tersebut langsung mengikat sebagai hukum (*legally binding*) sejak diucapkan di persidangan. Disamping itu, terhadap materi muatan undang-undang yang telah diuji oleh MK tidak dapat dimohonkan pengujian kembali (Pasal 60 UU MK).

Secara ketatanegaraan kedudukan putusan MK termasuk dalam keputusan negara yang mengandung norma hukum, seperti halnya putusan pembentuk undang-undang yang bersifat pengaturan (*regeling*).¹ Putusan MK terhadap permohonan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar pada dasarnya ada 3 jenis, yaitu permohonan ditolak, dikabulkan, atau tidak diterima. Hal ini sesuai dengan ketentuan Pasal 56 UU MK sebagai berikut:

- (1) Dalam hal Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa pemohon dan/atau permohonannya tidak memenuhi syarat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 50 dan Pasal 51, amar putusan menyatakan permohonan tidak dapat diterima.
- (2) Dalam hal Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa permohonan beralasan, amar putusan menyatakan permohonan dikabulkan.
- (3) Dalam hal permohonan dikabulkan sebagaimana dimaksud pada ayat (2), Mahkamah Konstitusi menyatakan dengan tegas materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari undang-undang yang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
- (4) Dalam hal pembentukan undang-undang dimaksud tidak memenuhi ketentuan pembentukan undang-undang berdasarkan

¹ Jimly Asshiddiqie dalam Taufiqurrohman Syahuri, "Mahkamah Konstitusi dan Analisis Putusannya," (Makalah disampaikan pada seminar "Mahkamah Konstitusi dan Teknik Analisisnya, Setjen DPR RI, Jakarta, 23 Oktober 2009), hal.2.

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, amar putusan menyatakan permohonan dikabulkan.

- (5) Dalam hal undang-undang dimaksud tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, baik mengenai pembentukan maupun materinya sebagian atau keseluruhan, amar putusan menyatakan permohonan ditolak.

B. Konsep Hak Guna Air

Air merupakan bagian dari kekayaan alam yang dikuasai oleh negara. Pasal 33 UUD 1945 menyebutkan bahwa bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat. Pengaturan Pasal 33 menunjukkan bahwa UUD 1945 merupakan konstitusi atau hukum dasar yang menjadi acuan dalam kehidupan bernegara baik yang bersifat politik maupun ekonomi. Dalam kaitan ini, menurut Jimly Asshiddiqie, konsep kedaulatan harus dipahami sebagai kekuasaan rakyat yang tidak terbatas pada aspek politik dan kehidupan bernegara, tetapi juga kekuasaan rakyat akan sumber daya ekonomi.² Menyadari air sebagai kebutuhan dasar yang tidak tergantikan dan dibutuhkan sepanjang hidup manusia, UUD 1945 menempatkan air sebagai hak dasar yang dijamin pemenuhan kebutuhannya oleh negara sebagaimana tercermin dalam Pasal 28 A dan Pasal 28H ayat (1) UUD 1945 yang memberikan jaminan hak setiap orang untuk hidup dan mempertahankan kehidupannya serta hak untuk mendapatkan kehidupan sejahtera lahir batin dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat.

Dalam perkembangannya, air yang pada awalnya merupakan barang publik, seiring dengan perkembangan penduduk dan peradaban mulai bergeser menjadi barang milik privat sehingga air dapat digunakan oleh orang pribadi atau sekelompok orang untuk kepentingan komersial. Pergeseran ini akan berdampak pada terbatasnya ketersediaan air dan akses rakyat, khususnya masyarakat miskin untuk memperoleh air guna memenuhi kebutuhan sehari-hari. Suplai air yang terbatas dapat berdampak pada timbulnya

² Jimly Asshiddiqie, *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi*, (Jakarta: Konstitusi Press, 2005), hal. 170.

konflik di masyarakat. Hal ini disebabkan meskipun sumber daya air secara geofisik dikatakan berlimpah, namun hanya sebagian kecil saja yang dapat dimanfaatkan secara langsung.³ Dengan demikian alokasi pengelolaan sumber daya air harus menjadi perhatian terutama menentukan bagaimana air yang tersedia dialokasikan kepada pemanfaat air. Alokasi sumber daya air itu sendiri harus memenuhi kriteria biaya penyediaan air yang rendah (*efisiensi*), akses air bersih untuk seluruh masyarakat (*equity*), dan ketersediaan air yang berkelanjutan (*sustainability*).⁴

Mempertimbangkan kesenjangan antara ketersediaan air dan kebutuhan akan air, pembentuk undang-undang memberikan pengaturan terhadap pengelolaan sumber daya air melalui UU SDA. Dalam UU SDA, pengaturan hak atas air diwujudkan melalui penetapan hak guna air, yaitu hak untuk memperoleh dan memakai atau mengusahakan air untuk berbagai keperluan. Hak guna air dengan pengertian tersebut bukan merupakan hak pemilikan atas air, tetapi hanya terbatas pada hak untuk memperoleh dan memakai atau mengusahakan sejumlah (kuota) air sesuai dengan alokasi yang ditetapkan oleh pemerintah kepada pengguna air, baik untuk yang wajib memperoleh izin maupun yang tidak wajib izin. Secara tegas Pasal 1 UU SDA memberikan batasan pengertian Hak Guna Air sebagai hak untuk memperoleh dan memakai atau mengusahakan air untuk berbagai keperluan. Hak ini pada dasarnya merupakan hak induk dalam hak pengelolaan dan pemanfaatan sumber daya air yang meliputi Hak Guna Usaha Air dan Hak Guna Pakai Air. Hak Guna Pakai Air adalah hak untuk memperoleh dan memakai air (Pasal 1 angka 14 UU SDA). dan Hak Guna Usaha Air adalah hak untuk memperoleh dan mengusahakan air (Pasal 1 angka 15). Pengkategorian Hak Guna Pakai Air dan Hak Guna Usaha Air semata-mata hanya sebagai nomenklatur untuk membedakan berdasarkan kategori penggunaan airnya. Secara ringkas tentang hak guna air dapat dilihat pada tabel berikut:⁵

³ Akhmad Fauzi, *Ekonomi Sumber Daya Air dan Lingkungan*, (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2004), hal. 166.

⁴ *Ibid*, hal.173.

⁵ Dalam Robert J. Kodoatie dkk, *Kajian Undang-Undang Sumber Daya Air*, (Yogyakarta: Andi, 2005), hal.41.

Tabel: Hak Guna Air

| Jenis Hak | Cara Memperoleh | Subyek | Obyek | Persyaratan |
|----------------|---------------------------------|-------------------------------------|--|------------------------------------|
| Hak Guna | Tanpa izin (Ps. 8 Ayat (1)) | Perorangan | Kebutuhan pokok sehari-hari | Tidak mengubah kondisi sumber air |
| | | Perorangan atau kelompok | Pertanian rakyat dalam jaringan irigasi yang sudah ada | |
| Hak Guna Pakai | Dengan izin (Ps. 8 Ayat (2)) | Perorangan | Kebutuhan pokok sehari-hari | M e n g u b a h kondisi sumber air |
| | | Perorangan atau kelompok | Pertanian rakyat dalam jaringan irigasi yang sudah ada | |
| | | Kelompok | Kebutuhan pokok sehari-hari dan kebutuhan sosial | |
| Hak Guna Usaha | Dengan izin (Ps. 9) | Perorangan / kelompok / badan usaha | Untuk memenuhi kebutuhan usaha | |

Sumber: Dep Kimpraswil 2004

Pada intinya Hak Guna Air baik berupa Hak Guna Pakai Air maupun Hak Guna Usaha air tidak dapat disewakan atau dipindahtangankan baik sebagian maupun secara keseluruhan. UU SDA mengatur cara mendapatkan Hak Guna Air yaitu hak guna air harus dengan izin dan hak guna air yang tidak memerlukan izin. Izin untuk memperoleh hak guna air diperlukan dalam hal:

- 1) cara menggunakannya dilakukan dengan mengubah kondisi alami sumber air;
- 2) ditujukan untuk keperluan kelompok yang memerlukan air dalam jumlah besar; atau
- 3) digunakan untuk pertanian rakyat di luar sistem irigasi yang sudah ada.

Sedangkan Hak Guna Air yang perolehannya tidak memerlukan izin adalah hak guna air untuk perorangan yang digunakan untuk memenuhi kebutuhan sehari-hari bagi perseorangan yaitu air untuk pemenuhan kebutuhan sehari-hari guna pencapaian kehidupan yang sehat, bersih dan produktif serta air yang pemanfaatannya untuk

pertanian rakyat yang berada di dalam sistem irigasi. Termasuk dalam kategori Hak Guna Air yang perolehannya tidak memerlukan izin seperti air untuk kebutuhan ibadah, minum, masak, mandi, cuci dan peturasan.

BAB III

ANALISIS

A. Putusan Konstitusional Bersyarat

Sebagaimana telah disebutkan sebelumnya, UU MK hanya mengenal 3 jenis putusan MK yaitu ditolak, dikabulkan, dan tidak diterima. Dalam prakteknya putusan MK mengenai pengujian UU terhadap UUD 1945 tidak terbatas pada ketiga jenis putusan sebagaimana tercantum dalam Pasal 56 UU MK. Sedikitnya ada 6 jenis putusan MK dalam pengujian UU terhadap UUD 1945, yaitu:⁶

1. dikabulkan;
2. dikabulkan Keseluruhan;
3. dikabulkan untuk sebagian;
4. ditolak;
5. ditolak (dengan syarat konstitusionalitas tertentu); dan
6. tidak dapat diterima.

Perluasan jenis putusan MK pada dasarnya merupakan praktik aktivisme yudisial (*judicial activism*). Aktivisme yudisial terinspirasi dari makna filosofis penafsiran konstitusi yang memandang konstitusi bukan sekedar katalog peraturan hukum, namun lebih sebagai pernyataan prinsip-prinsip pemerintahan konstitusional yang wajib dijalankan. Aktivisme yudisial sendiri merupakan proses pengambilan putusan pengadilan melalui pendekatan berbeda. Pendekatan ini menurut Satyabrata, melebihi filsafat hukum lama, karena dianggap lebih modern dan dekat dengan kehidupan riil masyarakat. Aktivisme yudisial juga dipahami sebagai dinamisme para hakim yang memegang kekuasaan kehakiman ketika membuat putusan tanpa melampaui batas-batas konstitusi.⁷

⁶ Yance Arizona, "Dibalik Konstitusionalitas Bersyarat Putusan Mahkamah Konstitusi," <<http://yancearizona.wordpress.com>>, diakses tanggal 23 Oktober 2009.

⁷ Pan Mohamad Faiz, "Konstitusi Dan Aktivisme Yudisial," <<http://plusmo.com/wap/site/article.shtml>>, diakses 23 Oktober 2009.

MK pertama kali mengeluarkan putusan yang mengandung konstitusional bersyarat pada permohonan pengujian UU SDA dan kemudian beberapa putusan MK dalam permohonan pengujian undang-undang yang lain juga memuat konstitusional bersyarat. Putusan konstitusional bersyarat pada beberapa putusan MK pada prinsipnya bukan berarti hakim melebihi kewenangannya dalam memutus perkara sebagaimana tertuang dalam ketentuan undang-undang namun merupakan perwujudan dari kebebasan yang dimiliki hakim dalam memutus perkara yang dihadapinya. Hakim bukan lagi sekedar “corong undang-undang” karena pada hakekatnya hakim memiliki kebebasan sesuai dengan keyakinan yang dimilikinya untuk memutus suatu perkara. Hakim sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman mempunyai fungsi memberikan putusan terhadap perkara yang dihadapkan padanya untuk diadili. Putusan tersebut juga harus didasarkan pada kaidah-kaidah hukum yang ditetapkan oleh pembentuk undang-undang, sehingga dapat menghasilkan putusan yang sesuai dengan hukum dan keadilan masyarakat. Namun, terkadang pada sejumlah perkara, peraturan hukum tersebut belum diatur dalam peraturan perundang-undangan, atau meskipun sudah diatur tetapi tidak lengkap dan tidak jelas. Ketika dihadapkan pada kasus yang belum diatur dalam peraturan perundang-undangan, hakim wajib mengisi kekosongan hukum tersebut dengan menggali, memahami nilai-nilai hukum, dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Ketika menjalankan kewenangan yang diberikan oleh UUD 1945 melalui Pasal 24C dan kemudian dijabarkan lebih lanjut dalam UU MK, pada prinsipnya MK merupakan kepanjangan tangan rakyat untuk melakukan pengawasan dalam fungsinya sebagai lembaga yudisial dan sebagai konsekuensi dari prinsip *checks and balances* mengharuskan MK melakukan pengawasan terhadap kekuasaan lainnya baik legislatif maupun eksekutif dengan tetap berpedoman pada koridor konstitusi. Oleh karenanya hakim konstitusi dalam menemukan dan menerapkan hukum harus memperhatikan sifat hukum. Ada 3 sifat hukum⁸ yang harus diperhatikan secara seimbang dan menjadi ciri hukum nasional Indonesia yaitu statistika, kontrol, dan futuristik. Sifat hukum statistika merupakan fungsi hukum untuk

⁸ Abdul Latif, *Fungsi Mahkamah Konstitusi Dalam Upaya Mewujudkan Negara Hukum Demokrasi*, (Yogyakarta: Kreasi Total Media, 2007), hal. 45-47.

mengatur ketertiban masyarakat. Sifat kontrol yang menunjukkan fungsi hukum untuk mengawasi terjadinya pelanggaran-pelanggaran yang terjadi di masyarakat, dan sifat futuristik menunjukkan fungsi hukum untuk mengarahkan masyarakat menuju cita-cita yang diinginkan dan menuju masa depan yang lebih baik. Penegakan konstitusi melalui fungsi pengawasan yudisial yang dilakukan MK merupakan bentuk konkret supremasi hukum yang berpengaruh secara nyata pada perasaan hukum, keputusan hukum, manfaat hukum, kebutuhan dan keadilan hukum secara individual atau sosial.

Uraian di atas memperkuat pendapat bahwa MK dalam melaksanakan kewenangannya menguji undang-undang terhadap UUD tidak hanya terpaku pada peraturan yang ada, namun harus pula mempertimbangkan fungsi-fungsi hukum demi terwujudnya ketertiban masyarakat dan mengarahkan masyarakat termasuk pemerintah sebagai pemangku kepentingan dalam melaksanakan undang-undang yang selaras dengan jiwa konstitusi. Hal ini selaras dengan tanggungjawab hakim konstitusi dalam melaksanakan tugasnya sebagai penentu keadilan dituntut memiliki kepekaan dalam menilai setiap kasus yang dimohonkan kepadanya.⁹ Oleh karenanya dalam beberapa kasus pengujian undang-undang yang dimohonkan kepada MK, putusan MK tidak hanya mendasarkan pada ketentuan peraturan perundang-undangan secara normatif namun juga melihat dari keadilan substantif sehingga MK lebih memposisikan sebagai penjaga konstitusi dan demokrasi seperti yang diamanatkan konstitusi.¹⁰

Putusan konstitusional bersyarat juga mendasarkan pada kebebasan hakim dalam memutus suatu perkara dengan mengacu pada keyakinan hakim dan alat bukti yang diajukan dalam persidangan. Dalam kaitan ini jika MK hanya berpedoman pada UU MK yang hanya menggariskan tiga jenis putusan MK (tidak diterima, dikabulkan, atau ditolak), maka terdapat kemungkinan implementasi UU yang dimohonkan *judicial review* ke MK dikemudian hari dapat melukai rasa keadilan masyarakat dan bertentangan dengan prinsip-

⁹ Supriadi, *Etika dan Tanggung Jawab Profesi Hukum di Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), hal.93.

¹⁰ Taufiqurrohman Syahuri, *op.cit*, hal.7.

prinsip yang terkandung dalam UUD 1945 karena berdasarkan hasil pemeriksaan secara yuridis formal permohonan yang diajukan tidak bertentangan dengan UUD 1945 tetapi penafsiran yang berbeda terhadap pelaksanaan undang-undang yang bersangkutan dapat mengakibatkan undang-undang tersebut bertentangan dengan konstitusi.

Apabila hakim MK dalam memberikan putusan hanya berdasarkan pada ketentuan Pasal 56 UU MK maka kepastian hukum akan terwujud namun rasa keadilan dapat tersisihkan. Hal ini karena suatu undang-undang yang diajukan permohonan *judicial review* telah memenuhi syarat sebagaimana ditentukan dalam Pasal 50 dan Pasal 51 UU MK, maka berdasarkan ketentuan Pasal 56 UU MK amar putusan MK tidak mungkin menyatakan permohonan tidak dapat diterima. Syarat tersebut yaitu bahwa undang-undang yang dapat dimohonkan untuk diuji adalah undang-undang yang diundangkan setelah perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Syarat lain yang juga harus dipenuhi meliputi:

- a. pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu:
 - perorangan warga negara Indonesia;
 - kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;
 - badan hukum publik atau privat; atau
 - lembaga negara.
- b. Pemohon wajib menguraikan dengan jelas dalam permohonannya tentang hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya.
- c. Dalam permohonan, pemohon wajib menguraikan dengan jelas bahwa:
 - pembentukan undang-undang tidak memenuhi ketentuan berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; dan/atau

- materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang dianggap bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Selanjutnya apabila hakim MK berpendapat dalil-dalil yang diajukan pemohon beralasan, maka amar putusan MK menyatakan permohonan dikabulkan. Sebaliknya jika permohonan tidak beralasan dimana undang-undang yang diajukan pengujian tidak bertentangan dengan konstitusi baik dari sisi pembentukannya maupun materinya maka dalam amar putusannya MK menyatakan permohonan ditolak.

Hakim dihadapkan pada permasalahan untuk memutus perkara pengujian undang-undang yang secara yuridis formal tidak terbukti bertentangan dengan konstitusi, tetapi berdasarkan alat bukti yang ada serta keyakinan hakim dalam situasi atau kondisi tertentu dapat menjadi inkonstitusional jika penerapan undang-undang yang bersangkutan berbeda dengan apa yang dimaksud oleh MK seperti tercantum dalam putusan atau pertimbangan hukumnya. Dengan kata lain MK berpendapat terhadap permohonan pengujian undang-undang tersebut tidak dapat diputus dengan amar putusan mengabulkan, menolak atau tidak diterima sebagaimana ketentuan Pasal 56 UU MK. Oleh karenanya, satu satunya jalan adalah dengan menyatakan dalam Pertimbangan Hukum “konstitusional bersyarat” (*conditionally constitutional*).¹¹

B. Konstitusional Bersyarat dalam UU SDA

Dalam konteks UU SDA pernyataan konstitusional bersyarat tidak tercantum pada amar putusan tetapi terdapat dalam

¹¹ Lihat amar putusan MK terhadap Perkara No. 14-17/PUU-V/2007 yang berkaitan dengan ketentuan pembatasan seseorang untuk dapat menjadi pejabat publik karena pernah dipidana penjara dengan ketentuan pidana yang ancaman pidananya lima tahun atau lebih. Ketentuan yang dimaksud adalah Pasal 58 huruf f UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintah Daerah, Pasal 6 huruf t UU No. 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan Presiden dan Wakil Presiden, Pasal 16 ayat (1) huruf d UU No. 24 Tahun 2004 tentang MK, Pasal 7 ayat (2) huruf d UU No. 5 Tahun 2004 tentang Mahkamah Agung, dan Pasal 13 huruf g UU No. 15 Tahun 2006 tentang Badan Pemeriksa Keuangan.

pertimbangan MK.¹² Hakim MK berpendapat bahwa tidak cukup alasan bagi pemohon untuk menyatakan UU SDA bertentangan dengan konstitusi, mengingat UU SDA secara prosedural telah memenuhi ketentuan tata cara pembentukan UU dan materi-materi yang diatur di dalamnya telah sesuai dengan konstitusi. Namun MK memandang beberapa ketentuan dalam UU SDA yang dimohonkan pengujian kepada MK potensial menjadi inkonstitusional jika dalam pelaksanaannya menyimpang dari apa yang telah ditafsirkan MK terhadap ketentuan-ketentuan tersebut. Dalam hal ini dapat dikatakan MK telah menciptakan hukum melalui penafsiran terhadap ketentuan undang-undang yang dilakukannya sebagai rambu-rambu yang harus ditaati dalam implementasi UU SDA. Apabila dalam implementasinya UU SDA ditafsirkan berbeda maka ketentuan dalam UU SDA tersebut menjadi inkonstitusional.

Tafsir MK yang diujudkan dalam putusan MK dan juga pertimbangan MK sebagai bagian tak terpisahkan dari putusan MK itu sendiri wajib ditaati semua pihak dan mempunyai kekuatan berlaku sebagai undang-undang. Hal ini sesuai dengan asas hukum acara MK yang menyatakan bahwa putusan MK bersifat final dan mengikat, tidak hanya mengikat para pihak (*inter parties*) tetapi juga mengikat secara *erga omnes* (harus ditaati oleh siapapun). Namun fakta empiris memperlihatkan bahwa putusan MK belum tentu memiliki implikasi riil terhadap aplikasi putusannya. Persoalan ini disebabkan karena MK tidak memiliki unit eksekutor yang bertugas menjamin aplikasi putusan final (*special enforcement agencies*) dan putusan final sangat bergantung pada kesediaan otoritas publik di luar MK untuk menindaklanjuti putusan final. Kerangka berpikir seperti itu melahirkan pendirian bahwa tugas peradilan konstitusi tidak sekadar menyelenggarakan aktivitas interpretasi, tetapi juga memikul tanggungjawab besar agar ketentuan konstitusi implementatif. Implementasi adalah fungsi yang memerlukan tindakan kolaboratif dan koordinatif sehingga proses pengejawantahan kaidah-kaidah konstitusi dalam kehidupan nyata tidak bisa diwujudkan tanpa ada

¹² Klausul konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) pada putusan-putusan MK yang lain tidak lagi tercantum pada pertimbangan mahkamah tetapi dinyatakan secara tegas dalam amar putusan. Lihat amar putusan MK atas pengujian UU No. 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi dan pengujian UU No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal.

tindakan dan kesepakatan kolektif dari institusi-institusi dan aktor negara.¹³

Pada pengujian UU SDA, pemohon dengan mendasarkan pada ketentuan Pasal 40, Pasal 41 dan Pasal 45 UU SDA antara lain mendalilkan:

- a. Hak atas air merupakan hak asasi manusia yang dijamin oleh konstitusi sehingga negara memiliki kewajiban untuk menghormati, melindungi, dan memenuhi hak warga negara untuk menikmati hak atas air.
- b. UU SDA berpotensi melegalisasi privatisasi, komersialisasi dan swastanisasi pengelolaan sumber daya air, sehingga air menjadi hanya dapat dinikmati melalui transaksi ekonomi. Hal ini menyebabkan berkurangnya tanggungjawab negara dalam menyediakan fasilitas pelayanan umum dan penyediaan air yang bersih dan sehat bagi rakyat.

Pasal-pasal tersebut telah mendorong meningkatnya peran swasta dalam pengelolaan air dan pada saat yang bersamaan mengurangi peran negara dalam sektor ini. Pengelolaan air oleh swasta menurut Undang-Undang ini dapat dilakukan dalam berbagai aspek, antara lain penyelenggaraan sistem air minum, pengelolaan sumber-sumber air, dan penyediaan air baku bagi irigasi pertanian. Walaupun dalam pasal-pasal tersebut di atas tidak menggunakan kata “privatisasi”, namun pelibatan swasta dalam berbagai bentuk dan tahap pengelolaan air menunjukkan adanya agenda privatisasi dalam UU SDA.

- c. Keberadaan UU SDA merupakan hasil intervensi asing yang membahayakan kedaulatan negara. UU SDA tidak memberikan batasan kepemilikan swasta, termasuk kepemilikan swasta asing, dalam sektor pengelolaan air. UU SDA juga tidak menyebutkan batasan bentuk kerjasama yang terbuka atau pun tertutup bagi partisipasi swasta.
- d. Penetapan prioritas penyediaan sumber daya air menimbulkan beban bagi pemerintah dan pemerintah daerah karena harus

¹³ Ahmad Syafrizal, Problem Implementasi Putusan MK, *Jurnal Konstitusi* Volume 4 Nomor 1, (Maret 2007): 126.

membayar kompensasi, sehingga pemohon menyimpulkan bahwa keberadaan Hak Guna dalam UU SDA secara fundamental merekonstruksi nilai air yang merupakan barang publik (*common good*) menjadi komoditas ekonomi (*commercial good*) yang dapat dikuasai sekelompok individu dan badan usaha. Dengan memiliki Hak Guna Usaha atas sumber-sumber, swasta pengelola air memperoleh keuntungan.

e. Pembatasan penggunaan air untuk pertanian rakyat

Menurut pemohon pengaturan dalam UU SDA menunjukkan semakin berkurangnya peran negara dalam menyelenggarakan dan melindungi sektor pertanian yang dikategorikan sebagai sektor strategis dan sensitif. UU SDA dalam Pasal 41 juga memberikan ruang bagi swasta untuk terlibat ikut dalam penyelenggaraan sistem irigasi primer dan sekunder. Apabila dalam penyelenggaraan sistem irigasi primer dan sekunder melibatkan swasta maka beban jasa pengelolaan akan dibebankan kepada kelompok petani. Sementara, pengembangan irigasi tersier kini telah dibebankan sepenuhnya kepada petani. Jika kedua hal ini berlaku pada petani, merupakan beban berat bagi petani dan sektor pertanian. Kebutuhan air akan menjadi biaya produksi pertanian yang cukup besar dan pertanian menjadi mahal bagi petani.

Setelah melalui proses pemeriksaan dalam persidangan, permohonan pemohon bahwa UU SDA bertentangan dengan UUD 1945 ditolak oleh MK dan dalil-dalil yang diajukan oleh pemohon dinyatakan tidak beralasan. Dalam amar putusannya MK secara tegas menyatakan menolak permohonan pemohon. Putusan tersebut didukung oleh 5 (lima) hakim MK sedangkan dua orang hakim MK mengajukan pendapat berbeda.

Permasalahan yang muncul, dalam pertimbangan hukumnya MK mensyaratkan beberapa hal dan menyatakan bahwa pelaksanaan UU SDA harus dilakukan sesuai tafsir MK yang termuat dalam pertimbangan tersebut. Apabila dikemudian hari ternyata pelaksanaan UU SDA tidak sesuai tafsir MK yang termuat dalam pertimbangan putusan MK, maka terhadap UU SDA dimungkinkan untuk dilakukan pengujian kembali.

Jika kita lihat pada ketentuan MK yang menyatakan bahwa MK memeriksa, memutus, dan mengadili pada tingkat pertama dan terakhir, maka artinya putusan MK bersifat final, tidak dimungkinkan upaya hukum lagi dan mengikat sejak saat dibacakan (*binding*). Hal ini diperkuat dengan ketentuan Pasal 60 UU MK yang menutup kemungkinan dilakukannya pengujian kembali terhadap materi muatan ayat, pasal atau bagian ketentuan undang-undang yang sudah pernah dimohonkan *judicial review* dan telah diputus oleh MK. Dengan demikian putusan konstitusional bersyarat pada dasarnya berada di luar ketentuan dalam UU MK itu sendiri mengingat putusan konstitusional bersyarat telah membuka jalan menuju upaya hukum dalam hal syarat-syarat konstitusional yang tercantum dalam putusan MK tidak diterapkan.

Prinsip final dan *binding*, tanpa upaya hukum ini memang membawa konsekuensi membatasi hak konstitusional warga negara untuk mengajukan permohonan pengujian terhadap norma undang-undang yang pernah diputus oleh MK dengan alasan konstitusional yang berbeda. Inkonstitusionalitas suatu ketentuan undang-undang bisa terjadi karena perbedaan kondisi sosial dan waktu, sehingga dibutuhkan penyesuaian dengan nilai konstitusional pada masanya.¹⁴ Suatu ketentuan undang-undang juga dapat dianggap konstitusional terhadap salah satu bagian dari UUD 1945, tapi bisa bertentangan dengan bagian lain dari UUD 1945. Hal ini kemudian disadari oleh MK dan kemudian melalui Peraturan MK Nomor 6 Tahun 2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang disebutkan bahwa, permohonan pengujian UU terhadap muatan ayat, pasal, dan/atau bagian yang sama dengan perkara yang pernah diputus oleh Mahkamah dapat dimohonkan pengujian kembali dengan syarat-syarat konstitusionalitas yang menjadi alasan permohonan yang bersangkutan berbeda (Pasal 42 ayat (2)).

C. Implikasi Putusan Konstitusional Bersyarat Terhadap Pelaksanaan UU SDA

Air merupakan sumber kehidupan yang keberadaannya mutlak dibutuhkan oleh semua makhluk hidup. Hal ini dikarenakan

¹⁴ Yance Arizona, *op.cit*, hal.15.

air merupakan sumber daya alam yang mempunyai kekhususan tersendiri, yang ketersediaannya bagi kebutuhan makhluk hidup terutama manusia sangat dipengaruhi oleh kondisi alam setempat di mana seseorang berada, berbeda dengan sumber daya alam lainnya.

Berdasarkan urgensi yang dimiliki sumber daya air, Pasal 33 UUD 1945 telah mengamanatkan bahwa bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat. Hal ini kemudian dipertegas dengan ketentuan Pasal 28H UUD 1945 yang memberikan dasar diakuinya hak atas air sebagai hak asasi manusia yang merupakan bagian dari hak hidup sejahtera lahir dan batin.

Sifat sumber daya air yang dipengaruhi oleh kondisi alam di sekitarnya, menyebabkan ketersediaan air tidak selalu dapat didistribusikan sejalan dengan penyebaran manusia yang memerlukan air bagi kehidupannya. Pada sisi lain, disamping digunakan sebagai pemenuhan kebutuhan primer bagi manusia, sumber daya air juga diperlukan bagi pemenuhan kebutuhan sekunder seperti pertanian dan industri. Oleh karena itu, diperlukan pengaturan dan pengelolaan sumber daya air secara adil sebagai wujud pemenuhan dan perlindungan hak asasi manusia. Upaya tersebut diwujudkan melalui pembentukan UU SDA sebagai pengganti Undang Undang No. 11 Tahun 1974 tentang Irigasi yang dianggap sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan dan kebutuhan masyarakat.¹⁵

Sayangnya sejak awal proses penyusunan dan pembentukan UU SDA telah banyak menuai kontroversi dari berbagai kalangan terkait dengan isu-isu krusial yang menjadi materi dalam pengaturan UU SDA, seperti marginalisasi hak-hak rakyat khususnya rakyat kecil terhadap hak atas air sebagai bagian dari hak asasi manusia yang dijamin konstitusi, kurangnya perhatian terhadap aspek lingkungan, privatisasi SDA, dan ekspor air ke negara lain. Tidak heran ketika UU SDA diberlakukan banyak anggota

¹⁵ Meski UU No. 11 Tahun 1974 tentang Irigasi, namun materi pengaturan dalam UU tersebut tidak terbatas pada masalah irigasi tetapi mengatur pula mengenai pengembangan daerah rawa, sungai, dan waduk, pengendalian dan pengaturan banjir, pengaturan penyediaan air minum, air perkotaan, dan air industri, serta pencegahan pencemaran air.

masyarakat khususnya pemerhati hak asasi manusia dan lingkungan mengajukan permohonan pengujian UU SDA ke MK. Sedikitnya ada 5 permohonan pengujian UU SDA dengan materi pengujian yang berbeda.

Sebagaimana diketahui amar putusan MK terhadap permohonan pengujian UU SDA terhadap UUD 1945 menyatakan menolak permohonan pemohon dan dalam pertimbangan hukumnya MK memuat kondisi konstitusional bersyarat. Artinya, UU SDA bersifat konstitusional dengan syarat dalam pelaksanaan tidak ditafsirkan lain dari maksud sebagaimana termuat dalam pertimbangan MK. Sebaliknya jika ternyata implementasi UU SDA ke luar dari tafsir MK maka UU SDA dinyatakan inkonstitusional dan tidak tertutup kemungkinan terhadap UU SDA yang telah dimohonkan pengujian dan diputus oleh MK, diajukan pengujian kembali.

Syarat konstitusional bagi UU SDA meliputi hal-hal sebagai berikut:

- a. UU SDA harus dilaksanakan sebagai implementasi kewajiban negara dalam menjamin terpenuhinya hak asasi manusia, yaitu menghormati (*to respect*), melindungi (*to protect*), dan memenuhi (*to full fill*) hak warga negara atas air. Dalam kaitan ini hak asasi atas air merupakan prioritas sehingga pemerintah harus mengutamakan pemenuhannya dibandingkan dengan pemenuhan untuk kepentingan lainnya.
- b. Hak menguasai negara atas air diwujudkan oleh negara dalam bentuk kegiatan yang meliputi 5 (lima) fungsi yaitu: (1) merumuskan kebijaksanaan (*beleid*); (2) melakukan tindakan pengurusan (*bestuursdaad*); (3) melakukan pengaturan (*regelendaad*); (4) melakukan pengelolaan (*beheersdaad*); dan (5) melakukan pengawasan (*toezichthoudendaad*), sehingga meskipun UU SDA memberi peluang pada peran serta swasta untuk mendapatkan Hak Guna Air dan izin pengusahaan sumber daya air namun hal tersebut tidak akan mengakibatkan pengusahaan air jatuh ke tangan swasta.
- c. Prinsip tanggung jawab penyelenggaraan pengembangan sistem penyediaan air minum oleh Pemerintah dan Pemerintah Daerah sehingga peran serta swasta hanya dilakukan dalam hal Pemerintah

belum bisa menyelenggarakan sendiri dengan ketentuan pemerintah masih tetap dapat menjalankan kewenangannya dalam pengaturan, pelaksanaan, dan pengawasan.

- d. Sistem perizinan untuk pengusahaan air harus berdasarkan pola pengelolaan sumber daya air yang penyusunannya melibatkan peranserta masyarakat. Hal ini berarti pemerintahlah yang memegang kendali atas pengusahaan sumber daya air, oleh karena itu permohonan izin baik untuk memperoleh hak guna usaha air maupun izin pengusahaan sumber daya air harus ditolak apabila tidak sesuai dengan pola pengelolaan sumber daya air yang telah disusun.
- e. Prinsip “pemanfaat air membayar jasa pengelolaan sumber daya air” tidak dimaksudkan untuk mengambil keuntungan, harus diwujudkan secara nyata dalam peraturan pelaksana UU SDA.
- f. Peraturan pelaksana UU SDA harus secara tegas meletakkan kewajiban pemerintah daerah untuk menganggarkan sumber pembiayaan pengelolaan sumber daya air.
- g. Penyusunan pola pengelolaan sumber daya air dengan melibatkan peran serta masyarakat dan dunia usaha “seluas-luasnya” harus ditafsirkan tidak hanya memberikan peran yang besar kepada dunia usaha tetapi juga kepada masyarakat yang antara lain diwujudkan dengan memberikan masukan atas rencana penyusunan pola pengelolaan sumber daya air serta tanggapan atas pola yang akan digunakan tersebut.

Sebagai bentuk putusan peradilan administrasi, putusan MK memiliki daya ikat yang bersifat “*erga omnes*” yaitu tidak hanya mengikat para pihak yang berperkara saja tetapi juga mengikat publik baik masyarakat maupun penyelenggara negara, disamping itu pelaksanaan putusan bersifat otomatis tanpa memerlukan putusan pejabat yang berwenang kecuali peraturan perundang-undangan menentukan lain.¹⁶ Dalam hal putusan MK terhadap pengujian UU SDA, pemerintah terikat untuk memenuhi syarat yang ditentukan MK agar UU SDA tetap dinyatakan konstitusional. Keterikatan pemerintah tersebut harus diwujudkan dalam penerapan UU SDA berupa pembentukan peraturan pelaksana UU SDA yang

¹⁶ Bambang Sutiyo, *op.cit*, hal.122.

mencerminkan tafsir MK sebagaimana tercantum pada pertimbangan hukum MK. Terdapat sedikitnya 35 (tigapuluh lima) pasal dalam UU SDA yang mendelegasikan pengaturan lebih lanjut UU SDA kepada Peraturan Pemerintah, yaitu:

1. Peraturan Pemerintah tentang Hak Guna Air (Pasal 10).
2. Peraturan Pemerintah tentang Pola Pengelolaan Sumber Daya Air (Pasal 11).
3. Peraturan Pemerintah tentang Pengelolaan Air Permukaan dan Air Tanah (Pasal 12 ayat (3)).
4. Peraturan Pemerintah tentang Penetapan Wilayah Sungai dan Cekungan Air (Pasal 13 ayat (5)).
5. Peraturan Pemerintah tentang Konservasi Sumber Daya Air (Pasal 21 ayat (5), Pasal 22 ayat (3), Pasal 23 ayat (4), Pasal 25 ayat (3)).
6. Peraturan Pemerintah tentang Pendayagunaan Sumber Daya Air, termasuk di dalamnya pengaturan tentang pengembangan sungai, danau, dan rawa, pengembangan air tanah, pemanfaatan awan untuk teknologi modifikasi cuaca, pemanfaatan air laut, sistem penyediaan air minum, sistem irigasi, sumber daya alam untuk industri dan pertambangan, sumber daya alam untuk ketenagaan, sumber daya alam untuk jaringan prasarana angkutan, dan pengusahaan sumber daya air (Pasal 27 ayat 4, Pasal 28 ayat (3), Pasal 31, Pasal 32 ayat (7), Pasal 36 ayat (2), Pasal 37 ayat (3), Pasal 38 ayat (3), Pasal 39 ayat (3), Pasal 40 ayat (8), Pasal 41 ayat (6), Pasal 42 ayat (2), Pasal 43 ayat (3), Pasal 44 ayat (2), dan Pasal 50).
7. Peraturan Pemerintah tentang pengendalian daya rusak air (Pasal 53 ayat (4), Pasal 54, Pasal 56 ayat (3), dan Pasal 58 ayat (2)).
8. Peraturan Pemerintah tentang perencanaan dan inventarisasi sumber daya air (Pasal 60, Pasal 61, dan Pasal 62).
9. Peraturan Pemerintah tentang izin, operasi, dan pemeliharaan kegiatan pelaksanaan konstruksi sumber air (Pasal 63 ayat (5) dan Pasal 64 ayat (8)).
10. Peraturan Pemerintah tentang sistem informasi sumber daya air (Pasal 69).

11. Peraturan Pemerintah tentang pemberdayaan dan pengawasan pengelolaan sumber daya air (Pasal 76).
12. Peraturan Pemerintah tentang pembiayaan (Pasal 81).
13. Peraturan Pemerintah tentang peran masyarakat dalam pengelolaan sumber daya air (Pasal 84).

Berdasarkan data yang ada, hingga saat ini baru dibentuk 4 (empat) Peraturan Pemerintah sebagai pelaksanaan dari UU SDA, yaitu: 1) Peraturan Pemerintah No. 16 Tahun 2005 tentang Pengembangan Sistem Penyediaan Air Minum; 2) Peraturan Pemerintah No. 20 Tahun 2006 tentang Irigasi; 3) Peraturan Pemerintah No. 42 Tahun 2008 tentang Pengelolaan Sumber Daya Air; dan 4) Peraturan Pemerintah No. 43 Tahun 2008 tentang Air Tanah.

Beberapa substansi pengaturan yang terdapat dalam peraturan pelaksana UU SDA secara tekstual nampak sebagai upaya untuk menempatkan sumber daya air sebagai kekayaan alam di bawah penguasaan negara dengan tujuan pemanfaatan untuk kemakmuran dan kesejahteraan rakyat. Namun perlu dikaji secara mendalam apakah peraturan pemerintah yang telah dibentuk sebagai pelaksanaan dari UU SDA tersebut telah mencerminkan tafsir MK atas UU SDA.

Pasal 37 PP Nomor 16 Tahun 2005 tentang Pengembangan Sistem Penyediaan Air Minum mengatur tanggung jawab Pemerintah dan Pemerintah Daerah untuk menjamin hak setiap orang dalam mendapatkan air minum bagi kebutuhan pokok minimal sehari-hari guna memenuhi kehidupan yang sehat, bersih, dan produktif melalui pengembangan Sistem Penyediaan Air Minum (SPAM) yang diselenggarakan oleh Badan Usaha Milik Negara (BUMN) atau Badan Usaha Milik Daerah (BUMD) yang dibentuk secara khusus untuk pengembangan SPAM. Dalam hal BUMN atau BUMD tersebut tidak dapat meningkatkan kuantitas dan kualitas pelayanan SPAM di wilayah pelayanannya, atas persetujuan dewan pengawas/komisaris BUMN atau BUMD dapat mengikutsertakan koperasi, badan usaha swasta, dan/atau masyarakat.

Mengenai pemenuhan kebutuhan akan air minum sebagai bagian dari kebutuhan pokok sehari-hari yang harus diprioritaskan

dibandingkan kebutuhan lainnya, tafsir MK atas UU SDA menyebutkan bahwa ketentuan Pasal 26 ayat (3) UU SDA harus secara nyata dilaksanakan dalam aturan pelaksanaan UU SDA, sehingga pengelolaan Perusahaan Daerah Air Minum (PDAM) harus benar-benar diusahakan oleh Pemerintah Daerah dengan berlandaskan pada Pasal 26 ayat (7) UU SDA. Selanjutnya dikemukakan bahwa prinsip “pemanfaat air membayar biaya jasa pengelolaan sumber daya air” adalah menempatkan air bukan sebagai objek yang dikenai harga secara ekonomi, ini sesuai dengan status air sebagai benda sosial (*res commun*). Dengan prinsip ini seharusnya pemanfaat air membayar lebih murah dibandingkan apabila air dinilai dalam harga secara ekonomi, karena dalam harga air secara ekonomi, pemanfaat harus membayar di samping harga air juga ongkos produksi serta keuntungan dari perusahaan air. PDAM harus diposisikan sebagai unit operasional negara dalam merealisasikan kewajiban negara sebagaimana ditetapkan dalam Pasal 5 UU SDA, dan bukan sebagai perusahaan yang berorientasi pada keuntungan secara ekonomis.

Meskipun ketentuan Pasal 80 ayat (1) UU SDA yang menyatakan bahwa pengguna sumber daya air untuk memenuhi kebutuhan pokok sehari-hari dan untuk pertanian rakyat tidak dibebani biaya jasa pengelolaan sumber daya air, ketentuan ini adalah berlaku sepanjang pemenuhan kebutuhan pokok sehari-hari dan untuk pertanian rakyat tersebut diperoleh langsung dari sumber air. Artinya, apabila air untuk kebutuhan sehari-hari dan pertanian rakyat itu diambil dari saluran distribusi maka berlaku prinsip “pemanfaat air membayar biaya jasa pengelolaan sumber daya air” dimaksud. Namun, hal ini tidak boleh dijadikan dasar bagi pengenaan biaya yang mahal untuk warga yang menggantungkan pemenuhan kebutuhan pokok sehari-hari kepada PDAM melalui saluran distribusi. Besarnya biaya pengelolaan sumber daya air untuk PDAM harus transparan dan melibatkan unsur masyarakat dalam penghitungannya. Faktanya pengenaan biaya pengelolaan sumber daya air khususnya kebutuhan sehari-hari sering kurang melibatkan partisipasi masyarakat secara optimal, meski pengenaan tarif tersebut melalui persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (DPRD) selaku wakil rakyat. Pada sisi lain keterbatasan sumber

air baku di suatu daerah dapat berpengaruh pada tingginya harga pengolahan air untuk air minum, seperti rendahnya kualitas air baku, lokasi sumber air baku yang relatif jauh dari daerah yang bersangkutan.

MK juga mensyaratkan tanggung jawab penyelenggaraan pengembangan SPAM sebagai tanggung jawab Pemerintah dan Pemerintah Daerah. Peran serta koperasi, badan usaha swasta, dan masyarakat hanyalah bersifat terbatas dalam hal Pemerintah belum dapat menyelenggarakan sendiri, dan Pemerintah masih tetap memungkinkan menjalankan kewenangannya dalam pengaturan, pelaksanaan, dan pengawasan dalam pengelolaan sumber daya air secara keseluruhan. Pertimbangan MK tersebut dapat dipahami karena manakala peran negara yang didelegasikan kepada pemerintah sebagai penyelenggara sudah hilang, dalam arti setiap tahapan penyelenggaraan pengelolaan air sudah diswastakan maka yang terjadi adalah privatisasi sumber daya air. Peran negara tidak hilang jika manajemennya masih dipegang oleh pemerintah, atau jika kepemilikan atas suatu badan usaha mayoritas ada pada Pemerintah (51%). Partisipasi swasta berbeda dengan privatisasi, UU memperbolehkan partisipasi swasta, misal Kerja Sama Operasi (KSO) hanya membangun saluran airnya (pipa), membangun instalasi penjernih air, sedangkan manajemen seperti penentuan tarif, investasi dan ekspansi berada pada kontrol pemerintah.¹⁷

Keterlibatan peran serta badan usaha swasta meski dengan dalih BUMN dan BUMD tidak dapat meningkatkan kualitas dan kuantitas pelayanan air minum dapat berdampak pada pembebanan biaya operasional SPAM yang tinggi pada masyarakat mengingat badan usaha swasta dalam menjalankan usahanya selalu didasarkan pada orientasi keuntungan yang sebesar-besarnya, sehingga masyarakat terutama masyarakat miskin akan semakin terbebani biaya pengadaan air dan sulit mengakses air minum untuk kebutuhan hidupnya. Dengan demikian ketentuan dalam PP Nomor 16 Tahun 2005 tentang Pengembangan Sistem Penyediaan Air Minum secara tidak langsung telah mereduksi hak warga masyarakat untuk memperoleh pemenuhan hak atas air minum. Potensi marjinalisasi

¹⁷ Wawancara dengan WALHI dalam rangka Penelitian tentang Pengelolaan Sumber Daya Air yang diselenggarakan oleh P3I Setjen DPR RI tanggal 16 Juni 2006.

masyarakat miskin dalam mengakses air semakin terbuka dengan terbitnya Peraturan Menteri Dalam Negeri (Permendagri) Nomor 23 Tahun 2006 tentang Petunjuk Teknis Penentuan Tarif Air Minum yang menganut sistem *full cost recovery* dan Peraturan Presiden (Perpres) Nomor 77 Tahun 2007 tentang Bidang Usaha yang Terbuka dan Tertutup bagi Modal Asing dengan Persyaratan, yang memungkinkan penguasaan modal asing hingga 95% dalam pengusahaan air minum, termasuk PDAM.¹⁸

Demikian pula Peraturan Pemerintah Nomor 20 Tahun 2006 tentang Irigasi sebagai pelaksanaan dari Pasal 41 UU SDA yang berisi pengaturan pengembangan dan pengelolaan sistem irigasi masih menyisakan polemik terkait potensi swastanisasi air yang mengarah pada komersialisasi air.

Meskipun air untuk irigasi pertanian termasuk kebutuhan yang mendapat prioritas utama, namun implementasi dari prinsip prioritas yang dianut UU SDA perlu dicermati karena prioritas hanya diberikan pada sistem irigasi yang sudah ada sehingga di luar sistem tersebut petani harus mendapatkan izin pemerintah. Hal lain yaitu dibukanya peluang badan usaha untuk terlibat dalam pengelolaan irigasi melalui Hak Guna Usaha Air. Pasal 6 PP Nomor 20 Tahun 2006 menyebutkan bahwa pengembangan dan pengelolaan sistem irigasi yang dilaksanakan oleh badan usaha, badan sosial, atau perseorangan diselenggarakan dengan memperhatikan kepentingan masyarakat di sekitarnya dan mendorong peran serta masyarakat petani. Selanjutnya, Pasal 34 ayat (1) menyebutkan bahwa Hak guna usaha air untuk irigasi bagi badan usaha, badan sosial, atau perseorangan diberikan berdasarkan izin. Ketentuan ini telah menjadi polemik sejak UU SDA dibahas di DPR karena dikhawatirkan menjadi ketentuan yang mengizinkan komersialisasi air secara terselubung. PP ini tidak menjelaskan secara tegas siapa saja yang termasuk dalam badan usaha, apakah termasuk di dalamnya badan usaha swasta nasional dan internasional?. Seharusnya PP ini mengatur secara tegas memberi pembatasan badan usaha yang diperkenankan mendapatkan hak guna usaha air dengan izin supaya tidak menimbulkan multi tafsir. Terlebih menurut Perpres Nomor

¹⁸ Suteki, "Ancaman Paceklik Air 2025," <<http://www.Suara Merdeka.com>>, 22 Mei 2008.

77 Tahun 2007 tentang Bidang Usaha yang Terbuka dan Tertutup bagi Modal Asing dengan Persyaratan, air merupakan bidang yang terbuka untuk investasi, dengan demikian potensi komersialisasi sumber daya air di masyarakat terbuka lebar, meski dilakukan terselubung melalui perizinan.

Kewajiban pengajuan izin bagi penggunaan air untuk irigasi di luar sistem yang sudah ada juga menimbulkan berbagai masalah mengingat kompetensi antara badan usaha dan perorangan yang dibangun oleh UU SDA, termasuk PP No. 20 Tahun 2006, dapat berpotensi menimbulkan ketidakadilan. Karena petani memiliki kemampuan yang minim dalam kelembagaan, teknis dan pembiayaan dibandingkan dengan badan usaha (khususnya swasta) yang berorientasi bisnis.¹⁹

Selanjutnya mengenai substansi PP Nomor 43 Tahun 2008 tentang Air Tanah. Sebagaimana diketahui pengaturan dan pengelolaan sumber daya air pada hakekatnya menjadi kewenangan dan tanggungjawab pemerintah, namun mengingat keterbatasan yang dimiliki oleh pemerintah dalam penyediaan maupun pendistribusian air untuk masyarakat, maka melalui persyaratan tertentu pemerintah melibatkan peran serta swasta. Keterlibatan swasta tersebut dengan memberikan Hak Guna Usaha Air disamping Hak Guna Pakai yang diberikan kepada masyarakat yang memanfaatkan air secara langsung dari sumbernya. Langkah melibatkan swasta memang menjadi polemik di masyarakat mengingat air merupakan benda publik sekaligus bernilai ekonomis. Kekhawatiran yang muncul adalah keterlibatan swasta akan berdampak pada harga air yang hanya bisa dijangkau oleh masyarakat golongan tertentu dan berarti dapat menutup akses masyarakat golongan tertentu (miskin) untuk mendapatkan air dalam rangka memenuhi kebutuhan hidupnya. Pada sisi lain pengelolaan sumber daya air oleh pemerintah, khususnya pengelolaan air untuk pemenuhan kebutuhan hidup, sampai saat ini belum optimal baik dari segi kualitas, kuantitas, maupun pendistribusiannya.

Pembentuk undang-undang telah memberikan hak penggunaan sumber daya air dalam dua kategori, yaitu Hak Guna Pakai Air

¹⁹ Makinudin dan Tri Hadiyanto Sasongko, *Analisis Sosial: Bersaksi Dalam Advokasi Irigasi*, (Bandung: Akatiga, 2006), hal. 127.

dan Hak Guna Usaha Air. Khusus Hak Guna Usaha Air yang diperuntukan guna kepentingan di luar kebutuhan sehari-hari dan keperluan irigasi, UU SDA mensyaratkan izin dari pemerintah atau pemerintah daerah. Sebagaimana telah dikemukakan pada bagian sebelumnya, pemberian izin penggunaan sumber daya air dilakukan jika pemenuhan kebutuhan air untuk kebutuhan sehari-hari telah dipenuhi. Namun praktek di masyarakat banyak masyarakat di daerah yang di daerah tersebut terdapat pengelolaan sumber daya air melalui Hak Guna Usaha Air seperti untuk usaha air minum dalam kemasan, ternyata justru masyarakatnya kesulitan mengakses air untuk kebutuhan dasarnya. Kekuatan modal yang dimiliki swasta sangat berpotensi mereduksi hak rakyat untuk memanfaatkan air untuk kebutuhan hidup sehari-hari.

Beberapa peraturan pelaksana dari UU SDA sudah mengatur mengenai Hak Guna Usaha Air di antaranya pengaturan dan pengelolaan sumber daya air menjadi kewenangan dan tanggungjawab pemerintah, namun mengingat keterbatasan yang dimiliki oleh pemerintah dalam penyediaan maupun pendistribusian air untuk masyarakat, maka melalui persyaratan tertentu pemerintah melibatkan peran serta swasta. Keterlibatan swasta tersebut dengan memberikan Hak Guna Usaha Air. Langkah melibatkan swasta memang menjadi polemik di masyarakat mengingat air merupakan benda publik sekaligus bernilai ekonomis. Kekhawatiran yang muncul adalah keterlibatan swasta akan berdampak pada harga air yang hanya bisa dijangkau oleh masyarakat golongan tertentu dan berarti dapat menutup akses masyarakat golongan tertentu (miskin) untuk mendapatkan air dalam rangka memenuhi kebutuhan hidupnya. Pada sisi lain pengelolaan sumber daya air oleh pemerintah, khususnya pengelolaan air untuk pemenuhan kebutuhan hidup, sampai saat ini belum optimal baik dari segi kualitas, kuantitas, maupun pendistribusiannya.

Pasal 78 ayat 1 PP No. 43 Tahun 2008 tentang Air Tanah menyebutkan bahwa setiap pemegang izin pengusahaan air tanah wajib memberikan air paling sedikit 10% (sepuluh persen) dari batasan debit pemakaian atau pengusahaan air tanah yang ditetapkan dalam izin bagi pemenuhan kebutuhan pokok sehari-hari masyarakat setempat. Sesuai dengan penjelasan pasal, yang

dimaksud dengan "paling sedikit 10% (sepuluh persen)" adalah batas minimal yang diberikan kepada masyarakat setempat, yaitu masyarakat setempat di lokasi perusahaan air tanah, yang ditentukan oleh pihak pemegang izin. Secara normatif ketentuan tersebut dimaksudkan untuk melindungi kepentingan masyarakat setempat terhadap air guna memenuhi kebutuhan pokok sehari-hari. Namun aplikasi dari ketentuan tersebut dapat berakibat sebaliknya, di mana masyarakat setempat hanya mendapatkan sisa setelah air diambil untuk keperluan komersial melalui pemberian izin Hak Guna Usaha Air. Hal ini berarti persyaratan MK yang mengharuskan pemenuhan hak atas air bagi rakyat dalam pemenuhan kebutuhan sehari-hari sebagai hal yang harus diutamakan dibandingkan dengan sumber daya air untuk kebutuhan lainnya, tidak terpenuhi.

Perlu juga dicermati kecenderungan pihak pemerintah daerah setempat yang memberi kelonggaran perizinan dengan dalih menarik investor dan mengejar Pendapatan Asli Daerah (PAD) melalui berbagai fasilitas dan kemudahan. Tujuan semula adalah untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat namun jika pelaksanaannya tidak terdapat pemahaman yang sama mengenai hakekat air sebagai hak asasi oleh semua *stakeholders* dan pengawasan pendayagunaan sumber daya air yang longgar terhadap pendayagunaan sumber daya air maka sangat dimungkinkan pemenuhan kebutuhan dasar atas air sulit terwujud.

Dari hasil penelitian yang dilakukan oleh Ismala Dewi,²⁰ pendayagunaan sumber daya air untuk Air Minum dalam Kemasan (AMDK) di dua kecamatan memperlihatkan tidak terlalu berpengaruh secara signifikan bagi peningkatan kesejahteraan masyarakat setempat, bahkan dalam beberapa kasus perusahaan AMDK membuat akses masyarakat lokal terhadap air menjadi sulit. Pendayagunaan sumber daya air untuk industri AMDK merupakan salah penggunaan hak guna usaha air yang diberikan berdasarkan izin Pemerintah Daerah. Dalam prakteknya sistem perizinan AMDK sangat "longgar" dan "terbuka", misalnya dengan

²⁰ R. Ismala Dewi, *Pendayagunaan Sumber Daya Air Untuk Kesejahteraan Masyarakat Lokal: Kajian Mengenai Perusahaan Air di Kecamatan Cidahu-Sukabumi dan Polanharjo-Klaten*, (Ringkasan disertasi doktor Universitas Indonesia, Jakarta, 2009), hal. 96-97.

pemberian keringanan pajak sampai 70% dan tetap dibukanya izin usaha AMDK meski di wilayah tersebut sudah berdiri 13 (tiga belas) industri AMDK. Padahal pertimbangan MK menyatakan bahwa sistem perizinan Hak Guna Usaha Air dan pengusahaannya dimaksudkan sebagai bentuk upaya pengendalian perusahaan sumber daya air oleh pemerintah.

Sebaliknya dalam pasal yang lain PP Nomor 43 Tahun 2008 tentang Air Tanah memberikan kelonggaran penggunaan air tanpa izin untuk kebutuhan masyarakat yang terkesan berlebihan, jauh dari perhitungan kebutuhan normal. Pada Pasal 55 ayat 2 huruf c PP Nomor 43 Tahun 2008 tentang Air Tanah dikatakan bahwa Hak Guna Pakai Air dari pemanfaatan air tanah diperoleh tanpa izin untuk memenuhi kebutuhan pokok sehari-hari bagi perseorangan apabila kurang dari 100 m³ per bulan per kepala keluarga dengan tidak menggunakan sistem distribusi terpusat. Jumlah 100 m³ per bulan per kepala keluarga (KK) merupakan jumlah yang sangat besar, mengingat rata-rata pemakaian air orang Indonesia saat ini masih 100 liter per orang per hari, sedangkan di negara maju hanya 200 liter per orang per hari. Jika dalam satu KK terdapat 5 orang, maka kebutuhan air untuk mencukupi kebutuhan pokok sehari-hari satu KK hanya sekitar 15.000 liter per bulan per KK atau 15 m³ per bulan per KK. Apabila ketentuan ini diterapkan, maka ekstraksi air tanah akan meningkat dan akan menimbulkan kerusakan lingkungan yang lebih parah. Standar penggunaan air tanah untuk kepentingan pertanian juga ditentukan berdasarkan KK bukan berdasarkan areal pertanian yang menggunakan sistem irigasi. Pasal 55 ayat 3 huruf b menyatakan pebatasan pemakaian tidak lebih dari 2 (dua) liter per detik per KK dalam hal air permukaan tidak mencukupi.²¹

²¹ Budi Wignyosukarto, "Pengelolaan SDA Di tengah Kerentanan Sosial dan Lingkungan," <<http://www.budiws.wordpress.com>>, diakses tanggal 17 Agustus 2009.

BAB IV

PENUTUP

Putusan konstitusional bersyarat pada dasarnya bukan jenis putusan yang ditentukan secara limitatif dalam UU MK, namun dalam upaya memberikan putusan yang memenuhi rasa keadilan MK menggunakan prinsip kebebasan hakim dalam memutus perkara yang didasarkan pada keyakinan hakim dan alat bukti yang tersedia. Dalam kasus UU SDA, MK berpendapat perkara yang diperiksa baik secara formil maupun materiil tidak bertentangan dengan konstitusi, namun ada potensi implementasi undang-undang tersebut bertentangan dengan apa yang ditafsirkan oleh MK sehingga terhadap UU SDA tidak dapat diputus dengan jenis putusan tidak diterima, mengabulkan, atau menerima seperti diatur dalam ketentuan Pasal 56 UU MK. UU SDA dinyatakan konstitusional sepanjang pelaksanaannya mengacu pada tafsir MK sebagaimana tertuang dalam pertimbangan putusan MK. Beberapa Peraturan Pemerintah yang sudah terbentuk sebagai peraturan pelaksana UU SDA belum sepenuhnya mencerminkan tafsir MK atas UU SDA sehingga sesuai dengan sifat putusan konstitusional bersyarat terhadap UU SDA dapat diajukan pengujian kembali (*rejudicial review*).

DAFTAR PUSTAKA

Buku:

- Asshiddiqie, Jimly. *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi*. Jakarta: Konstitusi Press, 2005.
- Fauzi, Akhmad. *Ekonomi Sumber Daya Air dan Lingkungan*. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama. 2004.
- Kodoatie, Robert J. dkk. *Kajian Undang-Undang Sumber Daya Air*. Yogyakarta: Andi. 2005.
- Latif, Abdul. *Fungsi Mahkamah Konstitusi dalam Upaya Mewujudkan Negara Hukum Demokrasi*. Yogyakarta: Kreasi Total Media. 2007.
- Makinudin dan Tri Hadiyanto Sasongko. *Analisis Sosial: Bersaksi Dalam Advokasi Irigasi*. Bandung: Akatiga. 2006.
- Supriadi. *Etika dan Tanggung Jawab Profesi Hukum di Indonesia*. Jakarta: Sinar Grafika. 2006.
- Sutiyoso, Bambang. *Tata Cara Penyelesaian Sengketa di Lingkungan Mahkamah Konstitusi*. Yogyakarta: UII Press. 2009.

Jurnal:

- Syafrizal, Ahmad. "Problem implementasi Putusan MK." *Jurnal Konstitusi*. Volume 4 Nomor 1 (Maret 2007).

Makalah:

- Dewi, Ismala. "Pendayagunaan Sumber Daya Air Untuk Kesejahteraan Masyarakat Lokal: Kajian Mengenai Pengusahaan Air di Kecamatan Cidahu-Sukabumi dan Polanharjo-Klaten." Ringkasan Disertasi Doktor Universitas Indonesia, Jakarta, 2009.
- Syahuri, Taufiqurrohman. "Mahkamah Konstitusi dan Analisis Putusannya." Makalah disampaikan pada Seminar Mahkamah Konstitusi dan Teknik Analisisnya, Setjen DPR RI, Jakarta, 23 Oktober 2009.

Peraturan Perundang-Undangan:

- Indonesia. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

- . Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi. UU No. 24, LN No. 98 Tahun 2003, TLN No. 4316.
- . Undang-Undang tentang Sumber Daya Air. UU No. 7, LN No. 32 Tahun 2004, TLN No. 4377.
- . Peraturan Pemerintah tentang Pengembangan Sistem Penyediaan Air Minum. PP No. 16, LN No. 33 Tahun 2005, TLN No. 4499 .
- . Peraturan Pemerintah tentang Irigasi. PP No. 20, LN No. 46 Tahun 2006, TLN No.4624 .
- . Peraturan Pemerintah tentang Pengelolaan Sumber Daya Air. PP No. 42, LN No. 82 Tahun 2008, TLN No. 4858 .
- . Peraturan Pemerintah tentang Tentang Air Tanah. PP No. 43, LN No. 83 Tahun 2008, TLN No. 4859 .
- . Peraturan Presiden tentang Bidang Usaha yang Terbuka dan Tertutup bagi Modal Asing dengan Persyaratan. Perpres No. 77, LN No. 161 Tahun 2007, TLN No. 4790.
- . Peraturan Mahkamah Konstitusi tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang. Peraturan MK No. 6 Tahun 2005.

Website:

- Arizona, Yance. "Dibalik Konstitusionalitas Bersyarat Putusan Mahkamah Konstitusi," <<http://yancearizona.wordpress.com>>, diakses tanggal 23 Oktober 2009.
- Mohamad Faiz, Pan. "Konstitusi dan Aktivisme Yudisial." <<http://plusmo.com/wap/site/article.shtml>>, diakses tanggal 23 Oktober 2009.
- Suteki. "Ancaman Paceklik Air 2025." <[http:// suaramerdeka.com](http://suaramerdeka.com)>, diakses tanggal 22 Mei 2008.
- Wignyosukarto, Budi. "Pengelolaan SDA di Tengah Kerentanan Sosial dan Lingkungan." <<http://Budiws.wordpress.com>>, diakses tanggal 23 Oktober 2009

Buku Ketiga:
IMPLIKASI YURIDIS
PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI
ATAS PENGUJIAN UU NO. 40 TAHUN 2004
TENTANG SISTEM JAMINAN SOSIAL NASIONAL

Dian Cahyaningrum*

* Peneliti Muda Bidang Hukum Ekonomi pada Pusat Pengkajian Pengolahan Data dan Informasi (P3DI), Sekretariat Jenderal DPR RI, alamat e-mail: cahyaningrum@yahoo.com

BAB I

PENDAHULUAN

Jaminan sosial merupakan salah satu hak asasi manusia yang diakui dan dijamin dalam *Universal Declaration of Human Rights* (Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia), yang dideklarasikan pada tanggal 10 Desember 1948. Pengakuan dan jaminan tersebut dapat dilihat dalam Pasal 22 dan Pasal 25 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia. Untuk lebih jelasnya, Pasal 22 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia menyebutkan "*Everyone, as a member of society, has the right to social security and is entitled to realization, through national effort and international co-operation and in accordance with the organization and resources of each State, of the economic, social and cultural rights indispensable for his dignity and the free development of his personality*". Sedangkan Pasal 25 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia menyebutkan: (1) *Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.* (2) *Motherhood and childhood are entitled to special care.* Selanjutnya jaminan dan pengakuan hak atas jaminan sosial juga ditegaskan dalam Konvensi *International Labour Organization* (ILO) Nomor 102 Tahun 1952 yang menganjurkan semua negara untuk memberikan perlindungan minimum kepada setiap tenaga kerja.

Dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD Tahun 1945), hak atas jaminan sosial diakui dan dilindungi dalam Pasal 28H ayat (3) UUD Tahun 1945 yang menyebutkan "Setiap orang berhak atas jaminan sosial yang memungkinkan pengembangan dirinya secara utuh sebagai manusia yang bermartabat". Sebagai pelaksanaan dari ketentuan tersebut maka Pasal 34 ayat (2) UUD Tahun 1945 mengamanatkan negara untuk mengembangkan sistem jaminan sosial bagi seluruh rakyat dan memberdayakan masyarakat yang lemah dan tidak mampu sesuai dengan martabat kemanusiaan. Sebagai implementasi dari ketentuan tersebut, dan untuk mengatur jaminan sosial lebih lanjut maka dibentuk UU No. 40 Tahun 2004 tentang

Sistem Jaminan Sosial Nasional yang diundangkan dan mulai berlaku pada tanggal 19 Oktober 2004.

Jaminan sosial diperlukan mengingat pembangunan ekonomi yang diharapkan dapat meningkatkan kesejahteraan seluruh rakyat, ternyata tidak dapat dimanfaatkan oleh rakyat secara merata. Ditengarai, salah satu faktor penyebabnya adalah kapabilitas rakyat khususnya kesehatan dan pendidikan cukup variatif. Berdasarkan data dari Badan Pusat Statistik (BPS) Tahun 2009, lebih dari setengah penduduk berpendidikan di bawah sekolah dasar. Hasil satuan kerja nasional (Sakernas) Agustus 2008 juga menunjukkan sekitar 53,9% penduduk yang bekerja berpendidikan SD ke bawah. Sementara kesenjangan kesehatan antara lain ditunjukkan oleh angka kematian bayi (AKB) yang berbeda tajam antara penduduk kaya dan miskin. Hasil studi Bank Dunia (2001), misalnya, menunjukkan AKB dari 25% penduduk termiskin besarnya tiga kali lipat dibandingkan AKB dari 25% terkaya. Penduduk yang memiliki kapabilitas rendah (penduduk miskin) sulit berpartisipasi secara optimal dalam pembangunan ekonomi, sebagaimana hal ini termanifestasi dari hasil produktivitas mereka yang rendah. Ketidakmerataan kesempatan penduduk terhadap pembangunan menyebabkan kesenjangan pendapatan penduduk kian melebar. Untuk itu pemerintah perlu menyediakan jaminan sosial, khususnya bagi mereka yang memiliki kapabilitas rendah.¹ Dengan demikian jaminan sosial diperlukan untuk melindungi dan meningkatkan kesejahteraan rakyat.

Namun sebelum sistem jaminan sosial nasional yang diatur dalam UU No. 40 Tahun 2004 benar-benar dapat dilaksanakan, UU No. 40 Tahun 2004 telah dimintakan permohonan pengujian (*judicial review*) kepada MK karena dianggap bertentangan dengan UUD Tahun 1945. Sehubungan dengan pengajuan *judicial review* ini maka tulisan ini hendak mengkaji beberapa permasalahan, yaitu bagaimanakah pengujian UU No. 40 tahun 2004 terhadap UUD Tahun 1945? Bagaimana putusan MK atas pengujian tersebut? Dan bagaimanakah implikasi putusan MK terhadap penyelenggaraan jaminan sosial?

¹ Pertumbuhan Ekonomi dan Jaminan Sosial, 22 Oktober 2009, <http://www.mediaindonesia.com/read/2009/10/22/101535/68/11/Pertumbuhan-Ekonomi-dan-Jaminan-Sosial>, diakses tanggal 6 Nopember 2009.

Lebih lanjut, tulisan ini diharapkan mempunyai beberapa kegunaan, antara lain kegunaan dalam arti praktis dan kegunaan dalam arti akademis. Dalam arti praktis, tulisan ini diharapkan dapat memberikan sumbangan pemikiran untuk dapat menyelenggarakan jaminan sosial dengan baik. Sedangkan dalam arti akademis, tulisan ini diharapkan dapat memberikan sumbangan pemikiran pada pembangunan hukum, khususnya perubahan UU No. 40 Tahun 2004 dan pembentukan peraturan perundang-undangan yang dibutuhkan untuk melaksanakan UU No. 40 Tahun 2004 termasuk pembentukan UU tentang Badan Penyelenggara Jaminan Sosial.

BAB II

KERANGKA PEMIKIRAN

A. Pengujian UU oleh Mahkamah Konstitusi

Amandemen terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD Tahun 1945) telah membawa banyak perubahan pada sistem ketatanegaraan Indonesia, di antaranya hadirnya Mahkamah Konstitusi (MK) sebagaimana diatur dalam Pasal 24 ayat (2) UUD Tahun 1945 yang menyebutkan "Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi".

Berpijak pada Pasal 24 ayat (2) UUD Tahun 1945, nampak bahwa MK merupakan salah satu pelaku kekuasaan kehakiman disamping Mahkamah Agung (MA). Ini berarti MK terikat pada prinsip umum penyelenggaraan kekuasaan kehakiman yang merdeka dan bebas dari pengaruh kekuasaan lembaga lainnya dalam menegakkan hukum dan keadilan.

Sebagai pelaku kekuasaan kehakiman, MK memiliki wewenang sebagaimana diatur dalam Pasal 24C ayat (1) dan ayat (2) UUD Tahun 1945, yaitu: a) mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, b) memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, c) memutuskan pembubaran partai politik, d) memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum, dan e) memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar. Lebih lanjut MK diatur dalam UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, yang diundangkan dan mulai berlaku pada tanggal 13 Agustus 2003.

Terkait dengan kewenangan untuk menguji UU terhadap UUD, sesuai dengan ketentuan sebagaimana diatur dalam UU No. 24

Tahun 2003, jika MK berpendapat permohonan pemohon beralasan maka amar putusan MK menyatakan permohonan dikabulkan (Pasal 56 ayat (2) UU No. 24 Tahun 2003). Sebaliknya jika tidak beralasan maka amar putusan MK menyatakan permohonan tidak dapat diterima (Pasal 56 ayat (1) UU No. 24 Tahun 2003). Terhadap permohonan yang dikabulkan, MK melakukan pemeriksaan untuk kemudian memutuskan bertentangan atau tidaknya suatu UU, baik karena pembentukan UU yang tidak sesuai atau tidak berdasarkan UUD maupun mengenai materi ayat, pasal, dan/atau bagian suatu UU (Pasal 51 jo Pasal 56 UU No. 24 Tahun 2003). Hal ini mempunyai relevansi terhadap keberlakuan suatu materi UU atau suatu UU, dengan implikasi yaitu kekuatan hukum sebagian substansi atau seluruh materi UU (Pasal 57 ayat (1) dan (2) jo Pasal 58 UU No. 24 Tahun 2003).²

Berdasarkan kewenangannya untuk menguji konstiusionalitas suatu UU maka MK melalui putusannya dapat menyatakan bahwa materi rumusan dari suatu UU tidak mempunyai kekuatan hukum karena bertentangan dengan UUD. Begitu pula terhadap suatu UU, MK dapat membatalkan keberlakuannya karena tidak sesuai dan tidak berdasarkan UUD. Melalui penafsiran/interpretasi terhadap UUD Tahun 1945, MK berfungsi sebagai peradilan yang secara positif mengoreksi UU yang dihasilkan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) bersama-sama Presiden dalam penyelenggaraan negara yang berdasarkan hukum yang mengatur kehidupan masyarakat bernegara. Dengan demikian UU yang dihasilkan oleh legislatif (DPR bersama Presiden) diimbangi oleh adanya pengujian (formal dan materiil) dari cabang yudisial yaitu MK.³

Perkara pengujian UU terhadap UUD merupakan perkara yang paling banyak diterima oleh MK sejak MK dibentuk pada tanggal 13 Agustus 2003. Berdasarkan Pasal 51 ayat (1) UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstiusionalnya dirugikan oleh berlakunya UU, yaitu: a) perorangan warga negara Indonesia; b)

² Ikhsan Rosyada Parluhutan Daulay, *Mahkamah Konstitusi Memahami Keberadaannya dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, Cetakan Pertama, Jakarta: Rineka Cipta, April 2006, hal. 31.

³ *Ibid.*

kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam UU; c) badan hukum publik atau privat; atau d) lembaga negara.

Berdasarkan data dari MK, secara keseluruhan, dari awal pembentukan MK hingga 15 Agustus 2008, MK telah menerima 152 perkara PUU dan telah diputus sebanyak 150 perkara. Dari jumlah tersebut, MK telah menguji sebanyak 73 UU dengan perincian pada tahun 2003 terdapat 16 UU, tahun 2004 sejumlah 14 UU, dan di tahun 2005 terdapat 12 UU, tahun 2006 ada 9 UU, tahun 2007 sebanyak 12 UU, dan pada tahun 2008 terdapat 10 UU yang diuji. Dari 73 UU yang diuji oleh MK tersebut, terdapat 4 UU yang dibatalkan secara keseluruhan dan 25 UU yang dibatalkan sebagian.⁴

B. Teori Badan Hukum⁵

Dalam hukum, perkataan "orang" atau "*persoon*" berarti pembawa hak, yaitu segala sesuatu yang mempunyai hak dan kewajiban dan disebut subjek hukum. Dengan demikian, subjek hukum ialah siapa yang dapat mempunyai hak dan cakap untuk bertindak di dalam hukum, atau dengan kata lain siapa yang cakap menurut hukum untuk mempunyai hak. Subyek hukum ini terdiri atas:

1. Manusia (*naturlijke persoon*)

Berlakunya seorang manusia sebagai pembawa hak (subjek hukum) ialah mulai saat ia dilahirkan dan berakhir pada saat ia meninggal dunia. Namun Hukum Perdata sudah mengatur seluruh segi kehidupan manusia sejak ia belum lahir dan masih dalam kandungan ibunya sampai meninggal dunia. Hal ini dapat dilihat dalam Pasal 2 ayat (1) Kitab Undang-Undang hukum Perdata (KUHP) yang menyebutkan "Anak yang ada dalam kandungan seorang perempuan dianggap sebagai telah

⁴ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Lima Tahun Menegakkan Konstitusi, Gambaran Singkat Pelaksanaan Tugas Mahkamah Konstitusi 2003-2008*, Cetakan Pertama, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, November 2008, hal. 19-23.

⁵ Disarikan dari: C.S.T. Kansil dan Chistine S.T. Kansil, *Hukum Perusahaan Indonesia (Aspek Hukum dalam Ekonomi)*, Bagian 1, cetakan keenam, Jakarta: PT Pradnya Paramita, 2001, hal. 19-30.

dilahirkan, apabila kepentingan si anak menghendakinya. Dengan demikian seorang anak yang masih dalam kandungan ibunya sudah dijamin untuk mendapat warisan jika ayahnya meninggal dunia. Selanjutnya Pasal 2 ayat (2) KUHPer menyatakan bahwa apabila ia dilahirkan mati, maka ia dianggap tidak pernah ada.

2. Badan hukum (*rechtspersoon*)

Badan hukum atau *rechtspersoon*, berarti orang (*persoon*) yang diciptakan oleh hukum. Badan hukum merupakan kumpulan manusia pribadi (*natuurlijk persoon*) dan mungkin pula kumpulan dari badan hukum yang pengaturannya sesuai menurut hukum yang berlaku. Badan hukum sebagai subjek hukum dapat memiliki hak-hak dan melakukan perbuatan-perbuatan hukum seperti manusia. Artinya, badan hukum dapat memiliki kekayaan sendiri, ikut serta dalam lalu lintas hukum dengan perantaraannya pengurusnya, dapat digugat dan menggugat di muka hakim, singkatnya diperlakukan sepenuhnya sebagai seorang manusia.

Suatu perkumpulan dapat dimintakan pengesahan sebagai badan hukum dengan cara: a) didirikan dengan akte notaris; b) didaftarkan di kantor Panitera Pengadilan Negeri setempat; c) dimintakan pengesahan Anggaran Dasarnya kepada Menteri Kehakiman; d) diumumkan dalam berita negara.

Badan hukum (*rechtspersoon*) dapat dibedakan dalam dua bentuk, yaitu:

a. Badan hukum publik atau *Publiek Rechtspersoon*

Badan hukum publik adalah badan hukum yang didirikan berdasarkan hukum publik atau yang menyangkut kepentingan publik atau orang banyak atau negara umumnya. Badan hukum ini merupakan badan-badan negara dan mempunyai kekuasaan wilayah atau merupakan lembaga yang dibentuk oleh yang berkuasa berdasarkan perundang-undangan yang dijalankan secara fungsional oleh eksekutif atau pemerintah atau badan pengurus yang diberikan tugas untuk itu.

Contoh badan hukum publik antara lain:

- Negara Republik Indonesia, yang menjadi dasarnya ialah Konstitusi tertulis dalam bentuk Undang-Undang Dasar, yang dalam menjalankan kekuasaan diberikan tugas

kepada Presiden dan pembantu-pembantuannya yaitu para menteri.

- Pemerintah Daerah Tingkat I dan tingkat II, dan Kecamatan, yang dibentuk berdasarkan UU No. 32 Tahun 2004 dan undang-undang lainnya yang dalam menjalankan kekuasaan diberikan tugas kepada Gubernur/ Kepala daerah Tingkat I, Bupati atau Walikota/ Kepala Daerah Tingkat II dan Camat.
- Bank Indonesia dan bank-bank pemerintah, yang dalam menjalankan pelaksanaan tugas tersebut dilaksanakan oleh direksi atau pun grup-grup direktur.
- Perusahaan negara yang didirikan masing-masing dengan berdasarkan peraturan pemerintah dan kepengurusannya dilaksanakan oleh direksi.

b. Badan hukum privat (sipil) atau *Privaat Rechtspersoon*

Badan hukum sipil atau badan hukum privat ialah badan hukum yang didirikan berdasarkan Hukum Sipil atau Perdata yang menyangkut kepentingan pribadi orang di dalam badan hukum itu. Badan hukum itu merupakan badan swasta yang didirikan oleh pribadi orang itu untuk tujuan tertentu yaitu mencari keuntungan, sosial, pendidikan, ilmu pengetahuan, politik, kebudayaan, kesenian, olah raga, dan lain-lainnya, sesuai menurut hukum yang berlaku secara sah.

Terkait dengan badan hukum, ada beberapa pandangan pendapat, dan teori mengenai badan hukum, yaitu:⁶

1. Teori fiksi yang diajarkan oleh Fiedrich Carl Von Savigny, C.W. Opzoomer, dan Houwing. Teori ini mengemukakan bahwa badan hukum itu pengaturannya oleh negara dan badan hukum itu sebenarnya tidak ada, hanya orang-orang menghidupkan bayangannya untuk menerangkan sesuatu dan terjadi karena manusia yang membuat berdasarkan hukum atau dengan kata lain merupakan orang buatan hukum.

⁶ Lihat juga: Kelik Pramudya, *Teori Badan Hukum*, Selasa, 01 Juli 2008, <file:///C:/Documents%20and%20Settings/Administrator/My%20Documents/DIAN%20Documents/jamsostek/teori-badan-hukum.html>, diakses tanggal 3 November 2009.

2. Teori harta karena jabatan (*teori van het ambtelijk vermogen*). Diajarkan oleh Holder dan Binder. Menurut teori ini, badan hukum ialah suatu badan yang mempunyai harta yang berdiri sendiri, yang dimiliki oleh badan hukum itu tetapi oleh pengurusnya dan karena jabatannya, ia diserahkan tugas untuk mengurus harta tersebut.
3. Teori harta bertujuan (*zweck vermogen*). Diajarkan oleh A. Brinz dan E.J.J. Van Der Heyden. Menurut teori ini hanya manusia yang menjadi subjek hukum dan badan hukum adalah untuk melayani kepentingan tertentu.
4. Teori milik bersama (*propriete collective*). Diajarkan oleh W.L.P.A. Molengraaff dan Marcel Planiol. Teori ini mengemukakan badan hukum ialah harta yang tidak dapat dibagi-bagi dari anggota-anggotanya secara bersama-sama.
5. Teori kenyataan atau teori peralatan (*orgaan theorie*). Diajarkan oleh Oto Von Gierke. Teori ini mengemukakan bahwa badan hukum bukanlah sesuatu yang fiksi, tetapi merupakan makhluk yang sungguh-sungguh ada secara abstrak dari konstruksi yuridis.

BAB III

ANALISIS

A. Pengujian MK atas UU No. 40 Tahun 2004 terhadap UUD Tahun 1945

Sebagai upaya untuk memenuhi hak rakyat atas jaminan sosial maka pemerintah telah menyelenggarakan program jaminan sosial. Sebelum terbentuknya UU No. 40 Tahun 2004, jaminan sosial telah diselenggarakan oleh beberapa badan penyelenggara, empat di antaranya merupakan badan usaha milik negara (BUMN) yang berbentuk persero⁷, yaitu:

1. PT Jaminan Sosial Tenaga Kerja (PT JAMSOSTEK) yang dibentuk dengan Peraturan Pemerintah (PP) No. 36 Tahun 1995 tentang Penetapan Badan Penyelenggara Program Jaminan Sosial Tenaga Kerja, berdasarkan UU No. 3 Tahun 1992 tentang Jaminan Sosial Tenaga Kerja. Jaminan sosial ini diperuntukkan bagi pegawai negeri sipil (PNS),
2. PT Dana Tabungan dan Asuransi Pegawai Negeri (PT TASPEN) yang dibentuk dengan PP No. 26 Tahun 1981 tentang Pengalihan Bentuk Perusahaan Umum Dana Tabungan dan Asuransi Pegawai Negeri menjadi Perusahaan Perseroan (Persero), berdasarkan UU No. 11 Tahun 1969 tentang Pensiun Pegawai dan Pensiun Janda/Duda Pegawai, UU No. 8 Tahun 1974 tentang Pokok-Pokok Kepegawaian sebagaimana telah diubah dengan UU No. 43 Tahun 1999 dan PP No. 25 Tahun 1981 tentang Asuransi Sosial Pegawai Negeri Sipil.
3. PT Asuransi Sosial Angkatan Bersenjata Republik Indonesia (PT ASABRI) yang dibentuk dengan PP No. 68 Tahun 1991 tentang Pengalihan Bentuk Perusahaan Umum (Perum) Asuransi Sosial

⁷ BUMN adalah badan usaha yang seluruh atau sebagian besar modalnya dimiliki oleh negara melalui penyertaan secara langsung yang berasal dari kekayaan negara yang dipisahkan (Pasal 1 angka 1 UU No. 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara). Sedangkan yang dimaksud dengan Perusahaan Perseroan (Persero) adalah BUMN yang berbentuk perseroan terbatas yang modalnya terbagi dalam saham yang seluruh atau paling sedikit 51% sahamnya dimiliki oleh Negara Republik Indonesia yang tujuan utamanya mengejar keuntungan.

Angkatan Bersenjata Republik Indonesia menjadi Perusahaan Perseroan (Persero)

4. PT Asuransi Kesehatan Indonesia (PT ASKES) yang dibentuk dengan PP No. 6 Tahun 1992 tentang Pengalihan Bentuk Perusahaan Umum (Perum) Husada Bhakti menjadi Perusahaan Perseroan (Persero).

Berpijak pada Penjelasan Umum Bab II UU No. 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara (BUMN), pemenuhan kewajiban pemerintah atas hak jaminan sosial rakyat melalui BUMN didasarkan pada alasan bahwa dalam sistem perekonomian nasional BUMN memiliki peran yang sangat penting, salah satunya sebagai pelaksana pelayanan publik, disamping juga sebagai penghasil barang dan/atau jasa yang diperlukan dalam rangka mewujudkan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat, pelopor dan/atau perintis dalam sektor-sektor usaha yang belum diminati usaha swasta, penyeimbang kekuatan-kekuatan swasta besar, dan turut membantu usaha kecil/koperasi. BUMN juga merupakan salah satu sumber penerimaan negara yang signifikan dalam bentuk berbagai jenis pajak, dividen, dan hasil privatisasi. Selain itu, Pasal 66 ayat (1) UU No. 19 Tahun 2003 juga menegaskan bahwa BUMN dapat ditunjuk untuk melaksanakan *public service obligation* (PSO) atau menyelenggarakan fungsi kemanfaatan umum.

Selain keempat BUMN tersebut, di beberapa daerah juga telah dibentuk Badan Penyelenggara Jaminan Pemeliharaan Kesehatan Masyarakat (BAPEL JPKM), di antaranya BAPEL JPKM Provinsi Jawa Timur yang dibentuk dengan Keputusan Gubernur Jawa Timur No. 188/89/KPTS/013/2004 dan telah diubah dengan Keputusan Gubernur Jawa Timur No. 188/206/KPTS/013/2004 tentang BAPEL JPKM Provinsi Jawa Timur, yang berlaku sejak tanggal 23 Agustus 2004. BAPEL JPKM tersebut dibentuk untuk menyelenggarakan jaminan pemeliharaan kesehatan keluarga miskin (JPK-GAKIN) di daerah, berdasarkan pedoman dari Departemen Kesehatan (Depkes). Landasan hukum penyelenggaraan JPKM di daerah pada waktu itu adalah Pasal 66 UU No. 23 Tahun 1992 tentang Kesehatan, yang mengamanatkan Pemerintah untuk mengembangkan, membina, dan mendorong jaminan pemeliharaan kesehatan masyarakat.

Namun penyelenggaraan jaminan sosial pada waktu itu belum sempurna baik dilihat dari sisi jumlah kepesertaan, jenis program maupun kualitas manfaat, serta prinsip-prinsip penyelenggaraan dan regulasi. Peserta program jaminan sosial belum mencakup seluruh rakyat mengingat ASKES dan TASPEN hanya diperuntukkan bagi pegawai negeri sipil (PNS); ASABRI untuk prajurit Tentara Nasional Indonesia (TNI), anggota Kepolisian Republik Indonesia (POLRI), dan PNS Departemen Pertahanan/TNI/POLRI; dan JAMSOSTEK diperuntukkan bagi tenaga kerja swasta. Sedangkan rakyat di luar golongan tersebut belum tercakup dalam jaminan sosial. Jumlah kepesertaan jaminan sosial juga masih terlalu sedikit jika dibandingkan dengan negara lain, yaitu sekitar 20%. Manfaat yang diperoleh peserta juga masih sangat terbatas. Prinsip/sistem penyelenggaraan jaminan sosial juga bervariasi sehingga menimbulkan ketidakadilan sosial. Berpijak pada kondisi tersebut, maka UU No. 40 Tahun 2004 dibentuk untuk menyempurnakan penyelenggaraan jaminan sosial.⁸

Setelah UU No. 40 Tahun 2004 terbentuk, Pasal 5 ayat (1) UU No. 40 Tahun 2004 mengatur bahwa pembentukan badan penyelenggara jaminan sosial harus dengan UU. Sebagai pengecualian, Pasal 5 ayat (2) UU No. 40 Tahun 2004 mengatur sejak berlakunya UU No. 40 Tahun 2004, badan penyelenggara jaminan sosial yang ada dinyatakan sebagai badan penyelenggara jaminan sosial. Namun, berdasarkan Pasal 5 ayat (3) UU No. 40 Tahun 2004, badan penyelenggara yang diakui ada sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5 ayat (2) UU No. 40 Tahun 2004 hanyalah 4 BUMN penyelenggara jaminan sosial yaitu PT JAMSOSTEK, PT TASPEN, PT ASABRI, dan PT ASKES. Ketentuan Pasal 5 ayat (3) UU No. 40 Tahun 2004 dikuatkan dengan Pasal 52 ayat (1) UU No. 40 Tahun 2004 yang mengatur bahwa keempat BUMN badan penyelenggara jaminan sosial dinyatakan tetap berlaku sepanjang belum disesuaikan dengan UU No. 40 Tahun 2004. Lebih lanjut Pasal 52 ayat (2) UU No. 40 Tahun 2004 mengamanatkan agar semua ketentuan yang mengatur 4 BUMN sebagai badan penyelenggara jaminan sosial

⁸ Lihat: Deputi Menko Kesra Bidang Koordinasi Kesejahteraan Sosial, *Pengembangan Sistem Jaminan Sosial di Era Desentralisasi*, Jakarta, 6 Juni 2006.

disesuaikan dengan UU No. 40 Tahun 2004 paling lambat 5 tahun sejak UU No. 40 Tahun 2004 diundangkan pada tanggal 19 Oktober 2004. Selain 4 BUMN penyelenggara jaminan sosial, Pasal 5 ayat (4) UU No. 40 Tahun 2004 memang membuka kemungkinan untuk dapat membentuk badan penyelenggara jaminan sosial yang baru, namun pembentukan tersebut harus dilakukan dengan UU.

Pengaturan badan penyelenggara jaminan sosial sebagaimana diatur dalam Pasal 5 *juncto* Pasal 52 UU No. 40 Tahun 2004 tersebut mengakibatkan peluang daerah untuk membentuk badan penyelenggara tertutup karena pembentukan badan penyelenggara harus dengan UU. Akibatnya, daerah tidak dapat melaksanakan amanat Pasal 22 huruf h UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, yang mewajibkan daerah untuk mengembangkan sistem jaminan sosial. Begitu pula, daerah tidak dapat melaksanakan Pasal 167 ayat (1) dan ayat (2) UU No. 32 Tahun 2004 yang mengamanatkan daerah memprioritaskan anggaran untuk mengembangkan sistem jaminan sosial sebagai upaya perlindungan dan peningkatan kualitas kehidupan masyarakat. Ini berarti penyelenggaraan jaminan sosial bersifat sentralistik dan dimonopoli oleh pemerintah pusat, dan tidak sesuai dengan prinsip otonomi seluas-luasnya, dalam arti daerah diberi kewenangan mengurus dan mengatur semua urusan pemerintahan di luar yang menjadi urusan pemerintah pusat yang meliputi politik luar negeri, pertahanan, keamanan, yustisi, moneter dan fiskal nasional, dan agama (Pasal 10 ayat (3) UU No. 32 Tahun 2004). Dengan tertutupnya peluang daerah untuk ikut berusaha dan berpartisipasi dalam menyelenggarakan jaminan sosial juga menandakan pengembangan dan penyelenggaraan jaminan sosial tidak berdasarkan atas demokrasi ekonomi.

Pengaturan badan penyelenggara dalam Pasal 5 *juncto* Pasal 52 UU No. 40 Tahun 2004, yang hanya mengakui 4 BUMN sebagai badan penyelenggara jaminan sosial juga berarti menafikkan keberadaan BAPEL JPKM yang telah dibentuk di beberapa daerah dengan UU No. 23 Tahun 1992 sebagai landasan yuridisnya. Hal ini mengakibatkan BAPEL JPKM merasa tidak mendapatkan pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di depan hukum sehingga timbul kebingungan dan kekhawatiran atas ancaman keberlangsungan

BAPEL JPKM yang telah dibentuk untuk menyelenggarakan jaminan pemeliharaan kesehatan masyarakat.

Berpijak pada beberapa alasan tersebut maka pada tanggal 21 Februari 2005, materi muatan Pasal 5 ayat (1), ayat (3), dan ayat (4), serta Pasal 52 UU No. 40 Tahun 2004 diajukan permohonan pengujian (*judicial review*) ke Mahkamah Konstitusi oleh 3 pemohon yaitu DPRD Provinsi Jawa Timur (Pemohon I), Satuan Pelaksana Jaminan Pemeliharaan Kesehatan Masyarakat/SATPEL JPKM (Pemohon II), dan Persatuan Badan Penyelenggara Jaminan Pemeliharaan Kesehatan Masyarakat/PERBAPEL JPKM Provinsi Jawa Timur (Pemohon III). Pemohon beranggapan materi muatan Pasal 5 ayat (1), ayat (3), dan ayat (4), serta Pasal 52 UU No. 40 Tahun 2004 bertentangan dengan Pasal 18 dan Pasal 18A UUD Tahun 1945, selain juga bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1) dan ayat (3), Pasal 28I ayat (2) dan Pasal 33 ayat (4) dan ayat (5) UUD Tahun 1945. Meskipun MK hanya mengakui Pemohon I yang memenuhi persyaratan sebagaimana dimaksud Pasal 51 ayat (1) UU No. 24 Tahun 2003⁹ dan karenanya memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk bertindak selaku Pemohon dalam permohonan *a quo*, namun MK tetap mempertimbangkan materi atau substansi permohonan lebih lanjut.

Terkait dengan *judicial review* tersebut, Pemerintah berpendapat bahwa sistem jaminan sosial nasional (SJSN) bertujuan memberikan kepastian atas perlindungan dan kesejahteraan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Penyelenggaraan program jaminan sosial secara universal (termasuk di negara-negara federal) adalah kewenangan pemerintah pusat, dan karenanya akan menjadi aneh jika penyelenggaraan program jaminan sosial di Indonesia sebagai negara kesatuan dilaksanakan oleh masing-masing daerah. Alasan lainnya, sifat pendanaan jaminan sosial berasal dari pungutan pajak (*social security tax*) yang sifatnya wajib, besarnya proporsional terhadap penghasilan, dan penghasilan/upah merupakan dasar

⁹ Berdasarkan Pasal 51 ayat (1) UU No. 24 Tahun 2003, Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya UU, yaitu: a) perorangan warga negara Indonesia; b) kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam UU; c) badan hukum publik atau privat; atau c) lembaga negara.

perhitungan iuran/kontribusi. Dengan demikian penyelenggaraan jaminan sosial merupakan urusan (domain) fiskal yang berdasarkan Pasal 10 UU No. 32 Tahun 2004 adalah kewenangan yang tidak diserahkan kepada pemerintah daerah. Selain itu, mengingat jaminan sosial merupakan pungutan yang bersifat wajib maka harus diatur dengan UU. Hal ini sebagaimana diatur dalam Pasal 23A UUD Tahun 1945 yang menyebutkan “Pajak dan pungutan lain yang bersifat memaksa untuk keperluan negara diatur dengan UU”. Ini berarti jika kewenangan mengatur jaminan sosial dan pembentukan badan penyelenggara diberikan kepada daerah, justru akan melanggar dan bertentangan dengan Pasal 23A Tahun 1945.

DPR memiliki pendapat yang senada dengan Pemerintah, namun dengan alasan yang lebih menekankan pada efektifitas dan efisiensi jika penyelenggaraan jaminan sosial dilakukan oleh 4 BUMN. Alasannya, badan penyelenggara tersebut memiliki jangkauan luas dan cabang-cabang yang tersebar di berbagai daerah sehingga memudahkan dalam memberikan pelayanan jaminan sosial; badan penyelenggara tersebut telah dikenal oleh masyarakat luas; sudah memiliki manajemen yang baik; dan akan memudahkan pengawasan jika badan penyelenggara telah ditentukan jumlahnya. Lebih lanjut DPR berpendapat bahwa keberadaan BAPEL JPKM dan SATPEL JPKM tidak ada kaitannya dengan keberadaan UU No. 40 Tahun 2004 mengingat BAPEL JPKM dan SATPEL JPKM merupakan lembaga yang berbeda baik bentuk maupun tujuannya dengan yang diatur dalam UU No. 40 Tahun 2004.

Berbeda dengan pemerintah dan DPR yang pada dasarnya membenarkan sentralisasi penyelenggaraan jaminan sosial, Dewan Perwakilan Daerah (DPD) sependapat dengan Pemohon yaitu daerah harus diberi kewenangan mengurus dan menangani semua urusan pemerintah di luar yang menjadi urusan Pemerintah yang ditetapkan dalam UU, termasuk sistem jaminan sosial sesuai dengan prinsip otonomi yang nyata dan seluas-luasnya.

Setelah mendengar pendapat dan keterangan dari para pihak, dalam pertimbangannya, pada dasarnya ada beberapa inti masalah yang mendapat perhatian dari MK yaitu yang berkenaan dengan sistem jaminan sosial dalam UU No. 40 Tahun 2004; kewenangan penyelenggaraan jaminan sosial; dan badan penyelenggara jaminan

sosial. Terkait dengan sistem jaminan sosial yang diatur dalam UU No. 40 Tahun 2004, MK berpendapat bahwa meskipun UUD Tahun 1945 mewajibkan negara untuk mengembangkan sistem jaminan sosial, tetapi UUD Tahun 1945 tidak mewajibkan kepada negara untuk menganut atau memilih sistem tertentu. Kriteria sistem jaminan sosial yang ditetapkan dalam Pasal 34 ayat (2) UUD Tahun 1945 hanyalah sistem dimaksud harus mencakup seluruh rakyat dan meningkatkan keberdayaan masyarakat yang lemah dan tidak mampu sesuai dengan martabat kemanusiaan. Berpijak pada kriteria ini, MK berpendapat UU No. 40 Tahun 2004 yang telah memilih sistem asuransi sosial yang di dalamnya juga terkandung unsur bantuan sosial bagi fakir miskin dan orang tidak mampu, telah cukup memenuhi maksud Pasal 34 ayat (2) UUD Tahun 1945, apalagi Pasal 48 UU No. 40 Tahun 2004 menyatakan "Pemerintah dapat melakukan tindakan-tindakan khusus guna menjamin terpeliharanya tingkat kesehatan keuangan Badan Penyelenggara Jaminan Sosial". Dengan adanya ketentuan tersebut berarti kelangsungan hak rakyat atas jaminan sosial akan terjamin.

Pendapat MK tersebut dapat dipahami mengingat penerapan dua sistem tersebut yaitu asuransi sosial dan bantuan sosial dapat saling melengkapi, apalagi jika mengingat anggaran untuk jaminan sosial tidaklah sedikit. Dengan perpaduan dua sistem asuransi diharapkan kriteria sebagaimana dimaksud dalam Pasal 34 ayat (2) UUD Tahun 1945 bahwa jaminan sosial harus mencakup seluruh rakyat dan meningkatkan keberdayaan masyarakat yang lemah dan tidak mampu dapat terpenuhi. Hal ini sebagaimana dikemukakan oleh Yaumil Ch. Agoes Achir yang menyatakan bahwa perlindungan jaminan sosial mengenal beberapa pendekatan yang saling melengkapi yang direncanakan dalam jangka panjang dapat mencakup seluruh rakyat secara bertahap sesuai dengan perkembangan kemampuan ekonomi masyarakat. Pendekatan pertama adalah pendekatan asuransi sosial (*compulsory social insurance*), yang dibiayai dari kontribusi/premi yang dibayarkan oleh setiap tenaga kerja dan atau pemberi kerja. Kontribusi/premi dimaksud selalu harus dikaitkan dengan tingkat pendapatan/upah yang dibayarkan oleh pemberi kerja. Pendekatan kedua berupa bantuan sosial (*social assistance*) baik dalam bentuk pemberian bantuan uang tunai maupun pelayanan dengan sumber

pembiayaan dari negara dan bantuan sosial dan masyarakat lainnya.¹⁰ Kebaikan lainnya, penerapan dua sistem asuransi merupakan wujud dari pelaksanaan prinsip kegotongroyongan sebagaimana diatur dalam Pasal 4 UU No. 40 Tahun 2004, dimana peserta yang mampu membantu peserta yang kurang mampu dalam bentuk kepesertaan wajib bagi seluruh rakyat, peserta yang beresiko rendah membantu yang beresiko tinggi, dan yang sehat membantu yang sakit sehingga tumbuhlah keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

Sedangkan terkait dengan kewenangan penyelenggaraan jaminan sosial, MK berpendapat bahwa kewenangan tersebut tidak hanya merupakan kewenangan Pemerintah Pusat sebagaimana tercermin dalam Pasal 5 ayat (4) UU No. 40 Tahun 2004, dan juga bukan hanya kewenangan Pemerintah Daerah berdasarkan ajaran otonomi seluas-luasnya. Alasannya, terminologi "negara" dalam Pasal 34 ayat (2) UUD 1945 dalam hubungannya dengan paham negara kesejahteraan menunjuk pada pelaksanaan fungsi pelayanan sosial negara bagi rakyat atau warga negaranya. Menurut UUD 1945, kekuasaan pemerintahan negara dilaksanakan oleh Pemerintah Pusat dan Pemerintah Daerah sehingga pada Pemerintah Daerah melekat pula fungsi pelayanan sosial.

Berpijak pada pertimbangan tersebut, UU No. 40 Tahun 2004 tidak boleh menutup peluang Pemerintah Daerah untuk ikut mengembangkan sistem jaminan sosial. Namun ternyata rumusan Pasal 5 ayat (1) dan ayat (4) UU No. 40 Tahun 2004 tidak memungkinkan Pemerintah Daerah untuk membentuk badan penyelenggara jaminan sosial tingkat daerah. Oleh karena itu, Pasal 5 ayat (1) UU No. 40 Tahun 2004 harus ditafsirkan ketentuan tersebut dimaksudkan untuk pembentukan badan penyelenggara tingkat nasional yang ada di pusat, sedangkan untuk tingkat daerah dapat dibentuk dengan peraturan daerah (Perda).

Pendapat MK lainnya adalah mengenai masalah badan penyelenggara jaminan sosial. Rumusan pengaturan badan penyelenggara dalam Pasal 5 UU No. 40 Tahun 2004 saling bertentangan dan berpeluang menimbulkan multi-interpretasi yang bermuara pada ketidakpastian hukum (*rechtsonzekerheid*) dan

¹⁰ Yaumil Ch. Agoes Achir, *Jaminan Sosial Nasional Indonesia*, http://www.ekonomirakyat.org/edisi_7/artikel_5.htm, diakses tanggal 3 Nopember 2009.

karenanya bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD Tahun 1945. Berdasarkan Pasal 5 ayat (1) UU No. 40 Tahun 2004, badan penyelenggara harus dibentuk dengan UU, namun Pasal 5 ayat (3) UU No. 40 Tahun 2004 menyatakan 4 BUMN sebagai badan penyelenggara padahal 4 BUMN tersebut tidak dibentuk dengan UU melainkan dengan PP. Terkait dengan multi-interpretasi tersebut, setelah melihat ketentuan dalam Pasal 5 ayat (4) UU No. 40 Tahun 2004, MK menyimpulkan bahwa pembentuk UU memang bermaksud menyatakan badan penyelenggara jaminan sosial harus dibentuk dengan UU tersendiri.

Jika dianalisa, timbulnya masalah multi-interpretasi tersebut tidak terlepas dari hasil kompromi dengan para pimpinan 4 BUMN penyelenggara jaminan sosial. Sebagaimana keterangan lisan Hasbullah Thabrany yang disampaikan dalam persidangan di MK tanggal 1 Juni dan 5 Juli 2005, konsep SJSN semula adalah memadukan 4 BUMN penyelenggara jaminan sosial menjadi satu Lembaga Jaminan Sosial Nasional, setara dengan *Social Security Administration* di Amerika, yang mengelola seluruh program jaminan sosial bagi seluruh penduduk. Namun mengingat konsep tersebut ditentang oleh masing-masing pimpinan badan penyelenggara, maka diambil jalan tengah yaitu dengan tidak mengubah badan penyelenggara yang ada tetapi membentuk Dewan Jaminan Sosial Nasional (DJSN) yang bertugas melakukan kajian dan mensinkronkan penyelenggaraan jaminan sosial yang saat ini terkotak-kotak dan tidak memberikan jaminan yang sama di antara kelompok penduduk (rakyat).¹¹ Dengan adanya jalan tengah ini maka muncullah rumusan Pasal 5 ayat (2) dan ayat (3) UU No. 40 Tahun 2004 yang mengakui dan menyatakan 4 BUMN sebagai penyelenggara jaminan sosial.

Dengan diakuinya 4 BUMN sebagai badan penyelenggara jaminan sosial dalam pasal 5 ayat (2) dan ayat (3) UU No. 40 Tahun 2004 maka dapat ditafsirkan tidak ada lagi kebutuhan untuk memenuhi Pasal 5 ayat (1) UU No. 40 Tahun 2004 karena 4 BUMN itulah yang dimaksud oleh ketentuan tersebut. Begitupula tidak ada lagi kebutuhan adanya rumusan Pasal 5 ayat (4) UU No. 40

11 Lihat: Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Putusan Perkara Nomor: 007/PUU-III/2005 Pengujian Undang-Undang No. 40 Tahun 2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional terhadap UUD 1945*, Jakarta, 2005, hal. 249.

Tahun 2004. Dengan demikian, dengan menghubungkan ketentuan Pasal 5 ayat (1), ayat (2), ayat (3), dan ayat (4) UU No. 40 Tahun 2004, dapat ditarik kesimpulan bahwa pembentuk UU memang berkehendak untuk menyatakan hanya 4 BUMN yang merupakan badan penyelenggara jaminan sosial sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5 ayat (1) UU No. 40 Tahun 2004 dan tidak mungkin lagi membentuk badan penyelenggara jaminan sosial lainnya.

Selain Pasal 5 UU No. 40 Tahun 2004, pasal lainnya yang dimohonkan *judicial review* adalah Pasal 52 UU No. 40 Tahun 2004 yang menurut MK justru dibutuhkan untuk mengisi kekosongan hukum (*rechtsvacuum*) dan menjamin kepastian hukum (*rechtszekerheid*) mengingat belum ada badan penyelenggara jaminan sosial yang memenuhi persyaratan agar UU No. 40 Tahun 2004 dapat dilaksanakan. Dengan demikian menurut MK permohonan pemohon sepanjang menyangkut Pasal 52 UU No. 40 Tahun 2004 tidak cukup beralasan. Namun demikian, dalam menguji Pasal 52 UU No. 40 Tahun 2004, MK tidak memberikan petunjuk penyesuaian ketentuan yang mengatur 4 BUMN penyelenggara jaminan sosial dengan UU No. 40 Tahun 2004, di antaranya apakah 4 BUMN tersebut perlu dilebur menjadi satu badan penyelenggara jaminan sosial dan bagaimanakah bentuk badan hukum penyelenggara jaminan sosial.

Berdasarkan pada berbagai pertimbangan yang telah dipaparkan, maka pada tanggal 31 Agustus 2005 MK memutuskan sebagai berikut:

- a. Pasal 5 ayat (1) UU No. 40 Tahun 2004 tidak bertentangan dengan UUD Tahun 1945 selama yang dimaksud oleh ketentuan tersebut adalah pembentukan badan penyelenggara jaminan sosial tingkat nasional yang berada di pusat.
- b. Pasal 5 ayat (3) UU No. 40 Tahun 2004 bertentangan dengan UUD Tahun 1945 karena materi muatannya telah tertampung dalam Pasal 52 UU No. 40 Tahun 2004, dan karenanya jika dipertahankan keberadaannya akan menimbulkan multitafsir dan ketidakpastian hukum.
- c. Pasal 5 ayat (2) UU No. 40 Tahun 2004 meskipun tidak dimohonkan dalam petitum, namun ayat ini merupakan satu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan dari ayat (3) sehingga jika

dipertahankan akan menimbulkan multitafsir dan ketidakpastian hukum.

- d. Pasal 5 ayat (4) UU No. 40 Tahun 2004 bertentangan dengan UUD Tahun 1945 karena dapat menutup peluang Pemerintah Daerah untuk membentuk dan mengembangkan badan penyelenggara jaminan sosial tingkat daerah.
- e. Pasal 52 UU No. 40 Tahun 2004 yang dimohonkan pemohon tidak cukup beralasan.

Dari keputusan tersebut nampak bahwa MK telah mengabulkan permohonan Pemohon untuk sebagian; menyatakan Pasal 5 ayat (2); ayat (3); dan ayat (4) UU No. 40 Tahun 2004 bertentangan dengan UUD Tahun 1945, dan karenanya ketentuan tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Putusan MK tersebut merupakan hasil mufakat bulat dari 9 Hakim Konstitusi (tanpa ada *dissenting opinion*) sehingga baik pertimbangan, pendapat maupun putusannya cukup kuat.

B. Implikasi Yuridis Putusan MK atas Pengujian UU No. 40 Tahun 2004

Penyelenggaraan jaminan sosial nasional selain harus sesuai dan mengacu pada UU No. 40 tahun 2004 yang menjadi "*umbrella act*" bagi peraturan perundang-undangan di bidang jaminan sosial, juga harus memperhatikan putusan MK atas Pengujian UU No. 40 Tahun 2004. Ini disebabkan berdasarkan Pasal 47 UU No. 24 Tahun 2003, putusan MK telah memperoleh kekuatan hukum tetap sejak selesai diucapkan dalam sidang pleno terbuka untuk umum, dan karenanya harus dilaksanakan dengan sebaik-baiknya.

Dalam pertimbangannya pada saat menguji UU No. 40 Tahun 2004, MK telah menegaskan dan menyatakan bahwa sistem jaminan sosial yang ada dalam UU No. 40 Tahun 2004 adalah konstitusional karena telah sesuai dengan maksud Pasal 34 ayat (2) UUD Tahun 1945 bahwa jaminan sosial harus mencakup seluruh rakyat dan memberdayakan masyarakat yang lemah dan tidak mampu sesuai dengan martabat kemanusiaan. Implikasinya, semua peraturan perundang-undangan yang mengatur sistem jaminan sosial harus mengacu dan sesuai dengan sistem jaminan sosial sebagaimana

diatur dalam UU No. 40 Tahun 2004. Dari hasil pemetaan, ada sebanyak 39 peraturan perundang-undangan terkait yang perlu disesuaikan (diharmoniskan), yang terdiri dari 15 UU, 17 PP, dan 7 Keputusan Menteri (Kepmen)/Peraturan Menteri (Permen). Dari 15 UU yang teridentifikasi, 14 UU dibentuk sebelum UU No. 40 Tahun 2004 terbentuk.¹²

Agar sistem jaminan sosial tersebut dapat dilaksanakan dengan baik maka ada beberapa peraturan perundang-undangan (peraturan pelaksanaan) yang harus dibentuk, yaitu:¹³

- a. UU tentang Badan Penyelenggara Jaminan Sosial (BPJS).
- b. PP tentang Pengelolaan Dana Jaminan Sosial (Penjabaran Bab VII, Pasal 47 sampai dengan Pasal 51).
- c. PP tentang Penerima Bantuan Iuran Jaminan Sosial (Penjabaran Bab V, Pasal 14 sampai dengan Pasal 17).
- d. Peraturan Presiden (Perpres) tentang Program Jaminan Kesehatan (Penjabaran Bab V Pasal 13 dan Bab VI Pasal 19 sampai dengan Pasal 28).
- e. Perpres tentang Program Jaminan Kecelakaan Kerja (Penjabaran Bab V Pasal 13 dan Bab VI Pasal 29 sampai dengan Pasal 34).
- f. Perpres tentang Program Jaminan Hari Tua dan Jaminan Pensiun (Penjabaran Bab V pasal 13 dan Bab VI Pasal 35 sampai dengan Pasal 42).
- g. Perpres tentang Program Jaminan Kematian (Penjabaran Bab V Pasal 13 dan Bab VI Pasal 43 sampai dengan Pasal 46).
- h. Perpres tentang Dewan Jaminan Sosial Nasional (Penjabaran Bab IV Pasal 6 sampai dengan Pasal 12).

Dari beberapa peraturan perundang-undangan tersebut, yang telah terbentuk barulah Perpres tentang Dewan Jaminan Sosial

¹² AA. Oka Mahendra, "Peraturan Perundangan Perlu Diharmonisasikan dengan UU SJSN", http://sjsn.menkokesra.go.id/index.php?option=com_content&task=view&id=40&Itemid=63, diakses tanggal 4 November 2009.

¹³ "Agenda Pengimplementasian UU No. 40 Tahun 2004", http://sjsn.menkokesra.go.id/index.php?option=com_content&task-view&id=19&Itemid=63, diakses tanggal 4 November 2009.

Nasional (DJSN), yaitu Perpres No. 44 Tahun 2008 tentang Susunan Organisasi dan Tata Kerja, Tata Cara Pengangkatan, Penggantian dan Pemberhentian Anggota DJSN yang mulai berlaku pada tanggal 24 Juni 2008.

Dalam UU No. 40 Tahun 2004 diatur bahwa yang dimaksud dengan sistem jaminan sosial nasional (SJSN) adalah suatu tata cara penyelenggaraan program jaminan sosial oleh beberapa badan penyelenggara jaminan sosial (Pasal 1 angka 2). SJSN bertujuan untuk memberikan jaminan terpenuhinya kebutuhan dasar hidup yang layak bagi setiap peserta dan/atau anggota keluarganya. SJSN ini diselenggarakan berdasarkan beberapa prinsip yaitu kegotongroyongan, nirlaba, keterbukaan, kehati-hatian, akuntabilitas, portabilitas, kepesertaan bersifat wajib, amanat, dan hasil pengelolaan Dana Jaminan Sosial dipergunakan seluruhnya untuk pengembangan program dan untuk sebesar-besarnya kepentingan rakyat.

Adapun program jaminan sosial yang diselenggarakan ada 5, yaitu jaminan kesehatan, jaminan kecelakaan kerja, jaminan hari tua, jaminan pensiun, dan jaminan kematian. Semua program tersebut diselenggarakan secara nasional berdasarkan pada prinsip asuransi sosial, yaitu suatu mekanisme pengumpulan dana yang bersifat wajib yang berasal dari iuran guna memberikan perlindungan atas resiko sosial ekonomi yang menimpa peserta dan/atau anggota keluarganya (Pasal 1 angka 3 UU No. 40 Tahun 2004). Peserta jaminan sosial adalah setiap orang yang telah membayar iuran. Untuk pekerja, iuran tersebut dibayar oleh pekerja dan/atau pemberi kerja. Sedangkan untuk fakir miskin dan orang yang tidak mampu, iuran dibayar oleh Pemerintah dimana untuk tahap pertama, iuran tersebut dibayar oleh Pemerintah untuk program jaminan kesehatan.

Berdasarkan Putusan MK atas Pengujian UU No. 40 Tahun 2004, di tingkat pusat, program jaminan sosial tersebut diselenggarakan oleh Badan Penyelenggara Jaminan Sosial Nasional (BPJS Nasional) yang dibentuk dengan UU dan berkedudukan di pusat. Sedangkan di daerah, Pemerintah Daerah dapat membentuk BPJS Daerah untuk menyelenggarakan jaminan sosial yang dibentuk dengan peraturan daerah (Perda). BPJS Nasional dapat memiliki

kantor perwakilan di daerah-daerah sehingga dapat *mengcover* daerah-daerah yang belum mampu menyelenggarakan jaminan sosial agar seluruh rakyat dapat tercakup dalam jaminan sosial. Namun, agar tidak terjadi tumpang tindih penyelenggaraan jaminan sosial di daerah antara BPJS Nasional dan BPJS Daerah maka perlu diatur tata kerja dan mekanisme koordinasi antara BPJS Nasional dengan BPJS Daerah, termasuk perekrutan dan administrasi peserta dengan memperhatikan asas portabilitas (keberlanjutan kepesertaan).

Pengaturan rekrutmen dan administrasi peserta diperlukan karena UU No. 40 Tahun 2004 memberlakukan sistem *single identity* (yang di negara lain dikenal dengan nama *Social Security Number*) untuk tertib administrasi dalam penyelenggaraan jaminan sosial. *Single identity* ini diatur dalam Pasal 15 ayat (1) UU No. 40 Tahun 2004 yang menyebutkan "BPJS wajib memberikan nomor identitas tunggal kepada setiap peserta dan anggota keluarganya". Dengan berlakunya *single identity*, wajarlah jika UU No. 40 Tahun 2004 tidak mengatur masalah perpindahan kepesertaan antar BPJS, misal antar BPJS Daerah; antar BPJS Nasional; dan antara BPJS Daerah dengan BPJS Nasional. Akibatnya, portabilitas karena perpindahan peserta antar BPJS perlu dipertanyakan.

Jika dianalisa, pemberlakuan *single identity* dalam UU No. 40 Tahun 2004 disebabkan konsepsi fundamental penyelenggaraan jaminan sosial memang berskala nasional. Namun seiring dengan adanya Putusan MK atas Pengujian UU No. 40 Tahun 2004 yang memberi kesempatan kepada Pemda untuk ikut berpartisipasi menyelenggarakan jaminan sosial maka konsepsi tersebut bergeser menjadi berskala nasional dan daerah, padahal UU No. 40 Tahun 2004 masih mengatur bahwa seluruh program jaminan sosial diselenggarakan secara nasional. Implikasinya, konsep penyelenggaraan jaminan sosial menjadi rancu. Di satu sisi, BPJS Daerah harus mengacu UU No. 40 Tahun 2004 yang berskala nasional, di sisi yang lain tidak mungkin BPJS Daerah dipaksa untuk menyelenggarakan program jaminan sosial yang berskala nasional. Begitupula, jika BPJS Daerah menyelenggarakan jaminan sosial dengan berpijak pada Pasal 22 huruf h UU No. 32 Tahun 2004 maka akan terjadi dualisme landasan hukum penyelenggaraan jaminan

sosial. Oleh karena itu masalah ini perlu dikaji kembali, selanjutnya jika perlu UU No. 40 Tahun 2004 diamandemen.¹⁴

Berdasarkan pada Pasal 52 ayat (2) UU No. 40 Tahun 2004 tersirat bahwa BPJS Nasional seharusnya sudah dibentuk paling lambat 19 Oktober 2009 (5 tahun sejak UU No. 40 Tahun 2004 dibentuk pada tanggal 19 Oktober 2004) melalui penyesuaian 4 BUMN (PT JAMSOSTEK, PT ASKES, PT ASABRI, PT TASPEN) menjadi BPJS Nasional. Beberapa hal yang perlu disesuaikan di antaranya kelembagaan yaitu menjadi lembaga yang "non profit", dan secara bertahap penyelenggaraannya disesuaikan dengan ketentuan sistem jaminan sosial yang diatur dalam UU No. 40 Tahun 2004 khususnya yang terkait dengan besaran iuran dan manfaat, sistem pendanaan, dan mekanisme pemberian pelayanan/manfaat terutama dalam penyelenggaraan program jaminan kesehatan.

Namun sampai jangka waktu 5 tahun tersebut terlampaui, amanat Pasal 52 ayat (2) UU No. 40 Tahun 2004 belum juga dilakukan sehingga dikhawatirkan status legal 4 BUMN menjadi BPJS Nasional batal demi hukum Akibat lainnya, SJSN yang telah dinantikan oleh rakyat juga belum dapat dilaksanakan. Dalam masa transisi yang tidak pasti tersebut, selama BPJS Nasional belum dibentuk maka berdasarkan Pasal 52 ayat (1) UU No. 40 Tahun 2004, penyelenggaraan jaminan sosial masih dilakukan oleh 4 BUMN. Sebagaimana dikemukakan oleh MK, ketentuan tersebut diperlukan untuk mengisi kekosongan hukum (*rechtsvacuum*) dan menjamin kepastian hukum (*rechtszekerheid*) mengingat belum ada BPJS yang memenuhi persyaratan. "Escape clause" ini diperlukan agar UU No. 40 Tahun 2004 dapat dilaksanakan.

Khusus mengenai kelembagaan, penyesuaian 4 BUMN penyelenggara jaminan sosial menjadi lembaga "non profit" diperlukan mengingat Pasal 4 UU No. 40 Tahun 2004 mengamanatkan untuk menyelenggarakan sistem jaminan sosial nasional berdasarkan prinsip nirlaba. Artinya, pengelolaan dana amanat tidak dimaksudkan mencari laba (nirlaba) bagi Badan Penyelenggara Jaminan Sosial,

14 Baca: "Problematisasi SJSN dan Otonomi Daerah", posted by Bung Chow, <http://bagimu-indonesiaku.blogspot.com/2008/06/problematisasi-sjsn-dan-otonomi-daerah.html>, diakses tanggal 4 Nopember 2009.

akan tetapi tujuan utama penyelenggaraan jaminan sosial adalah untuk memenuhi sebesar-besarnya kepentingan peserta. Dana amanat, hasil pengembangannya, dan surplus anggaran akan dimanfaatkan sebesar-besarnya untuk kepentingan peserta (Penjelasan Pasal 4 UU No. 40 Tahun 2004).

Berpijak pada ketentuan tersebut, badan hukum publik yang berupa BUMN Persero sebagai penyelenggara jaminan sosial dianggap kurang tepat. Alasannya, salah satu tujuan Persero sebagaimana diatur dalam Pasal 12 UU No. 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara (BUMN) adalah mengejar keuntungan guna meningkatkan nilai perusahaan. Tujuan ini tentu saja tidak sesuai dengan prinsip nirlaba dimana pengelolaan dana amanat tidak dimaksudkan untuk mencari laba bagi Badan Penyelenggara Jaminan Sosial. Alasan lainnya, berdasarkan UU No. 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara dan UU No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas, laba BUMN dibayarkan kepada pemerintah sebagai pemegang saham, sedangkan berdasarkan prinsip nirlaba, dana amanat, hasil pengembangannya, dan surplus anggaran dimanfaatkan sebesar-besarnya untuk kepentingan peserta.

Selain tidak sesuai dengan prinsip nirlaba, alasan lain bentuk badan hukum publik berupa BUMN Persero tidak tepat sebagai Badan Penyelenggara Jaminan Sosial adalah berdasarkan Pasal 5 ayat (1) Peraturan Pemerintah (PP) No. 45 Tahun 2005 tentang Pendirian, Pengurusan, Pengawasan, dan Pembubaran BUMN, pendirian BUMN ditetapkan dengan PP. Sedangkan UU No. 40 Tahun 2004 mengharuskan pembentukan Badan Penyelenggara Jaminan Sosial dengan UU. Selain itu berdasarkan UU No. 19 Tahun 2003 dan UU No. 40 Tahun 2007, kekayaan BUMN merupakan milik pemegang saham yang *notabene* adalah pemerintah (Menteri yang ditunjuk dan/atau diberi kuasa untuk mewakili pemerintah selaku pemegang saham negara). Ketentuan tersebut dianggap tidak tepat. Kekayaan Badan Penyelenggara Jaminan Sosial seharusnya menjadi milik peserta karena pesertalah yang membayar premi/iuran.

Meskipun dari sisi peraturan perundang-undangan, badan hukum publik berupa BUMN Persero dianggap kurang tepat, namun dalam Acara Diskusi Terbuka PAMJAKI tentang "Badan Penyelenggara dan Pendanaan: Tantangan Pelaksanaan Jaminan

Kesehatan dalam UU SJSN bagi Kabinet 2009-2014", yang diselenggarakan pada tanggal 24 Juni 2009, Kementerian Negara BUMN berpendapat bahwa BPJS masih relevan jika berupa BUMN Persero dengan status khusus. Beberapa alasan yang dikemukakan di antaranya:¹⁵

- a. Eksistensi BUMN sebagai BPJS adalah perwujudan pelaksanaan kewajiban negara untuk mensejahterakan rakyat Indonesia.
- b. Pemegang saham 4 BUMN telah memutuskan bahwa sejak tahun buku 2007 keempat BUMN telah dibebaskan dari setoran deviden sehingga hasil pengelolaan dana dapat dipergunakan untuk pengembangan program dan sebesar-besarnya kepentingan peserta, bahkan dividen TASPEN dan ASABRI telah dikembalikan kepada peserta sejak 2003. Kebijakan tersebut telah dituangkan dalam Anggaran Dasar perusahaan.
- c. Pengalihan BUMN menjadi BPJS yang bukan Persero menuntut likuidasi perusahaan yang membutuhkan waktu panjang.
- d. Dana milik peserta yang dihimpun 4 BUMN penyelenggara asuransi sosial sudah dipisahkan dari kekayaan perusahaan sehingga tidak sulit jika BUMN tersebut menjadi BPJS.

Selain alasan tersebut, ada beberapa kelebihan jika BPJS berupa BUMN Persero dengan status khusus, yaitu:¹⁶

1. BUMN telah mempunyai sistem tata kelola perusahaan yang jelas sesuai dengan tata kelola perusahaan yang baik (*good corporate governance/GCG*).
2. Tidak dibutuhkan likuidasi perusahaan.
3. Telah mempunyai sistem akuntansi dan pelaporan keuangan sesuai Standar Akuntansi Pengawasan dan Pemeriksaan yang telah rutin dilaksanakan oleh Auditor BPK/BPKP/KAP.

¹⁵ Kementerian Negara BUMN, "*BUMN dalam Sistem Jaminan Sosial Nasional*", makalah disampaikan dalam acara diskusi terbuka PAMJAKI tentang "Badan Penyelenggara & Pendanaan: Tantangan Pelaksanaan jaminan Kesehatan dalam UU SJSN bagi Kabinet 2009-2014", yang diselenggarakan pada tanggal 24 Juni 2009. Lihat juga: "Penyelenggara SJSN Bisa Lebih dari Satu", <http://www.suarapembaruan.com/News/2009/09/07/Utama/ut01.htm>, diakses tanggal 4 November 2009.

¹⁶ Kementerian Negara BUMN, *Ibid*.

Berbeda dengan pendapat Kementerian Negara BUMN, Hasbullah Thabrany dan Odang Muchtar berpendapat BPJS harusnya bukan berupa BUMN melainkan badan hukum khusus yang dibuat dengan UU dan tugasnya hanya menyelenggarakan jaminan sosial. Contoh badan hukum khusus ini adalah Bank Indonesia (BI). BI bukan merupakan BUMN, dibuat khusus dengan UU, dan merupakan badan nirlaba. Contoh lainnya, Lembaga Pembiayaan Ekspor Indonesia (LPEI). Semula, LPEI merupakan BUMN yaitu Bank Ekspor Indonesia, dan selanjutnya menjadi badan baru yaitu LPEI yang bukan berupa BUMN.¹⁷

Pendapat lainnya, BPJS merupakan badan hukum yang berupa *trustee* (wali amanat) yang dibentuk dengan UU. *Trustee* mengelola dana jaminan sosial yang merupakan dana amanat atau "*trust fund*". Anggota *trustee* adalah perwakilan dari unsur-unsur para *stakeholders* yaitu pemberi kerja, pekerja, dan pemerintah. Kekayaan BPJS adalah milik peserta dan karenanya keuntungan dari hasil pengembangannya atau hasil investasi menjadi milik peserta. Sistem akuntansi yang digunakan adalah sistem akuntansi dana amanat, dimana hasil pengelolaan dana amanat setelah dikurangi biaya-biaya penyelenggaraan ditambahkan pada saldo dana atau aktiva bersih yang tersedia bagi kemanfaatan dan kepentingan peserta. Dengan demikian, penyelenggaraan jaminan sosial bersifat nirlaba, dan karenanya dibebaskan dari pajak penghasilan.

Jika diperhatikan, adanya perbedaan pendapat mengenai bentuk badan hukum BPJS disebabkan baik UU No. 40 Tahun 2004 maupun Putusan MK atas Pengujian UU No. 40 Tahun 2004 tidak mengatur dan memberikan petunjuk secara jelas mengenai BPJS. UU No. 40 Tahun 2004 *juncto* Putusan MK atas Pengujian UU No. 40 Tahun 2004 hanya memberikan batasan sebagai berikut:

- a. BPJS adalah badan hukum yang dibentuk untuk menyelenggarakan program jaminan sosial (Pasal 1 angka 6 UU No. 40 Tahun 2004).

¹⁷ Hasbullah Thabrany dan Odang Muchtar, "*Bentuk Badan Hukum BPJS, Status BPJS, dan Pendanaan JKN*", makalah disampaikan dalam Diskusi Terbuka PAMJAKI tentang "Badan Penyelenggara & Pendanaan: Tantangan Pelaksanaan Jaminan Kesehatan dalam UU SJSN bagi Kabinet 2009-2014", yang diselenggarakan pada tanggal 24 Juni 2009.

- b. BPJS Nasional harus dibentuk dengan UU, sedangkan BPJS Daerah dibentuk dengan Perda (Pasal 5 ayat (1) UU No. 40 Tahun 2004 *juncto* Putusan MK atas Pengujian UU No. 40 Tahun 2004).
- c. Salah satu prinsip penyelenggaraan sistem jaminan sosial nasional adalah nirlaba (Pasal 4 UU No. 40 Tahun 2004).

Berpijak pada batasan tersebut, jelas bahwa BPJS Nasional adalah badan hukum yang dibentuk dengan UU (untuk tingkat nasional) dan bersifat nirlaba. Namun belum jelas, apakah badan hukum BPJS Nasional merupakan badan hukum publik ataukah privat. Begitu pula tidak jelas, apa bentuk yang tepat dari badan hukum BPJS Nasional, apakah berbentuk BUMN, PT, yayasan, *trustee*, atau bentuk lainnya. Penentuan bentuk badan hukum ini penting untuk menentukan karakteristik dan struktur/organ BPJS yang berdasarkan teori fiksi akan mewakili badan hukum BPJS yang memegang hak dan kewajiban.

Selain bentuk badan hukum, masalah lain yang perlu dipikirkan terkait dengan penyesuaian 4 BUMN menjadi BPJS Nasional adalah baik UU No. 40 Tahun 2004 maupun Putusan MK atas Pengujian UU No. 40 Tahun 2004 tidak mengatur dan memberikan petunjuk secara jelas apakah 4 BUMN yang selama ini menyelenggarakan asuransi sosial sebaiknya digabung (*di-merger*) menjadi satu badan hukum BPJS baru ataukah masing-masing 4 BUMN tersebut masih tetap berdiri sendiri. Terkait dengan masalah ini, ada beberapa kebaikan/kelebihan jika 4 BUMN digabung/dimerger, yaitu:

- a. Memudahkan pengawasan penyelenggaraan jaminan sosial.
- b. Penyelenggaraan jaminan sosial akan lebih efektif dan efisien.
- c. Menjamin solvabilitas (tingkat kesehatan keuangan atau kecukupan dana untuk memenuhi seluruh kewajiban);¹⁸

¹⁸ Hal ini juga diungkapkan oleh seorang pakar yakni H. Hotbonar Sinaga yang menyatakan bahwa *multiprovider* memiliki resiko yang lebih besar dalam menjamin solvabilitas, yakni tingkat kesehatan keuangan atau kecukupan dana untuk memenuhi seluruh kewajiban jika dibandingkan dengan *single provider* (Mahkamah Konstitusi, Putusan Perkara No. 007/PUU-III/2005 tentang Pengujian UU No. 40 Tahun 2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional terhadap UUD 1945).

- d. Menjamin portabilitas (keberlanjutan) apalagi jika mengingat UU No. 40 Tahun 2004 memberlakukan *single identity*.

Namun jika mempertimbangkan beberapa hal, di antaranya sulitnya mengelola dana besar yang telah terakumulasi, masalah ketenagakerjaan, biaya likuidasi, kemungkinan rendahnya kualitas penyelenggaraan jaminan sosial yang dimonopoli, lamanya waktu untuk merger, dan kompleksitas proses merger maka sebaiknya 4 BUMN tersebut masih tetap dipertahankan berdiri sendiri sebagai BPJS. Sebagaimana dikemukakan oleh mantan Meneg BUMN, Sofyan Djalil, total dana yang dikelola keempat BUMN telah mencapai lebih dari Rp. 120 triliun.¹⁹

Jika masing-masing BUMN berdiri sendiri sebagai BPJS, maka bisa saja diatur mengenai pembagian pengelolaan program jaminan sosial kepada 4 BUMN. Hal ini pun telah diatur dalam Pasal 6 ayat (2) RUU BPJS, yaitu ASABRI menyelenggarakan jaminan sosial bagi TNI/Polri; ASKES menyelenggarakan jaminan kesehatan bagi seluruh rakyat; JAMSOSTEK menyelenggarakan jaminan kecelakaan kerja, jaminan hari tua, dan jaminan kematian bagi seluruh rakyat; dan TASPEN menyelenggarakan jaminan pensiun bagi seluruh rakyat Indonesia.

Agar jaminan sosial nantinya dapat diselenggarakan dengan baik maka Dewan Jaminan Sosial Nasional (DJSN) harus benar-benar melakukan wewenangnya sebagaimana diamanatkan dalam Pasal 7 ayat (4) UU No. 40 Tahun 2004 untuk melakukan monitoring dan mengevaluasi penyelenggaraan program jaminan sosial. Sedangkan untuk memonitoring dan mengevaluasi penyelenggaraan jaminan sosial di daerah, perlu dibentuk Dewan Jaminan Sosial Daerah (DJSD). Namun untuk saat ini, mengingat berbagai masalah penyelenggaraan jaminan sosial yang ada sebagai implikasi dari Putusan MK atas Pengujian UU No. 40 Tahun 2004 maka DJSN harus benar-benar melaksanakan tugasnya sebagaimana ditetapkan dalam Pasal 7 ayat (3) UU No. 40 Tahun 2004 terutama dalam melakukan kajian dan penelitian yang berkaitan dengan penyelenggaraan jaminan sosial.

¹⁹ "Penyelenggara SJSN Bisa Lebih dari Satu", <http://www.suarapembaruan.com/News/2009/09/07/Utama/ut01.htm>, diakses tanggal 4 November 2009.

BAB IV

PENUTUP

A. Kesimpulan

Jaminan sosial merupakan hak asasi manusia yang memiliki arti yang sangat penting untuk menjamin seluruh rakyat agar dapat memenuhi kebutuhan dasar hidupnya yang layak. UU No. 40 Tahun 2004 dibentuk untuk memperbaiki dan memayungi seluruh sistem jaminan sosial yang ada di Indonesia sehingga jaminan sosial dapat dilaksanakan dengan baik. Namun Pasal 5 ayat (1), ayat (3), ayat (4), dan Pasal 52 UU No. 40 Tahun 2004 telah dimintakan pengujian karena dianggap bertentangan dengan Pasal 18 dan Pasal 18A UUD Tahun 1945, selain juga bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1) dan ayat (3), Pasal 28I ayat (2) dan Pasal 33 ayat (4) dan ayat (5) UUD Tahun 1945. Ketentuan tersebut dianggap menutup peluang Pemda untuk menyelenggarakan jaminan sosial yang diamanatkan UU No. 32 Tahun 2004 karena hanya mengakui 4 BUMN sebagai BPJS, sedangkan pembentukan BPJS baru harus dengan UU.

Dalam pengujian UU No. 40 Tahun 2004, MK telah menyatakan sistem jaminan sosial telah sesuai dengan maksud Pasal 34 ayat (2) UUD 1945, yaitu mencakup seluruh rakyat dan meningkatkan keberdayaan masyarakat yang lemah dan tidak mampu sesuai dengan martabat kemanusiaan. Implikasinya, semua peraturan perundang-undangan yang mengatur sistem jaminan sosial harus mengacu dan sesuai dengan sistem jaminan sosial sebagaimana diatur dalam UU No. 40 Tahun 2004. Dari hasil pemetaan, ada sebanyak 39 peraturan perundang-undangan terkait yang perlu disesuaikan (diharmoniskan). Implikasi lainnya, sistem jaminan sosial harus dilaksanakan dengan baik. Untuk itu peraturan pelaksanaan UU No. 40 Tahun 2004 harus segera dibentuk.

Setelah melalui berbagai pertimbangan, MK mengabulkan permohonan Pemohon untuk sebagian; menyatakan Pasal 5 ayat (2), ayat (3), dan ayat (4) UU No. 40 Tahun 2004 bertentangan dengan UUD Tahun 1945, dan karenanya ketentuan tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Sedangkan Pasal 5 ayat (1)

UU No. 40 Tahun 2004 diperlukan untuk membentuk BPJS Nasional yang ada di pusat. Untuk tingkat daerah, putusan MK telah membuka kesempatan Pemda untuk menyelenggarakan jaminan sosial dan membentuk BPJS di tingkat daerah dengan Perda. Implikasinya, konsep fundamental jaminan sosial yang semula berskala nasional menjadi berskala nasional dan daerah padahal UU No. 40 Tahun 2004 masih mengatur penyelenggaraan jaminan sosial secara nasional sehingga konsep penyelenggaraan jaminan sosial menjadi rancu.

MK juga memutuskan Pasal 52 UU No. 40 Tahun 2004 tidak bertentangan dengan UUD 1945 karena 4 BUMN diperlukan untuk menyelenggarakan jaminan sosial pada masa transisi sebelum BPJS Nasional dibentuk. Selanjutnya peraturan perundang-undangan yang mengatur 4 BUMN harus disesuaikan dengan UU No. 40 Tahun 2004. Artinya, 4 BUMN harus disesuaikan untuk dapat menjadi BPJS Nasional. Implikasinya, ada beberapa masalah yang perlu dipikirkan yaitu apa bentuk badan hukum dari BPJS Nasional dan apakah 4 BUMN perlu digabung ataukah justru dipisah menjadi BPJS yang berdiri sendiri.

Berbagai masalah yang muncul sebagai implikasi dari adanya putusan MK harus segera diselesaikan dengan baik agar SJSN segera dapat dilaksanakan untuk melindungi dan meningkatkan kesejahteraan rakyat. Untuk itu Dewan Jaminan Sosial Nasional (DJSN) dan Dewan Jaminan Sosial Daerah (DJSd) harus segera dibentuk agar segera dapat melaksanakan tugas dan wewenangnya dengan baik khususnya untuk melakukan kajian dan penelitian yang berkaitan dengan penyelenggaraan jaminan sosial.

B. Saran

Sistem jaminan sosial telah dinyatakan konstitusional oleh MK, dan karenanya semua peraturan perundang-undangan di bidang jaminan sosial harus sesuai dan mengacu pada sistem jaminan sosial yang diatur dalam UU No. 40 Tahun 2004. Untuk itu peraturan perundang-undangan di bidang jaminan sosial tersebut perlu diharmonisasikan dengan UU No. 40 Tahun 2004. Selain, itu agar jaminan sosial dapat diimplementasikan dan dilaksanakan dengan baik maka peraturan pelaksanaan UU No. 40 Tahun 2004 perlu segera dibentuk.

Putusan MK telah menggeser konsep fundamental penyelenggaraan jaminan sosial yang semula berskala nasional menjadi berskala nasional-daerah, padahal UU No. 40 Tahun 2004 masih mengatur penyelenggaraan jaminan sosial yang berskala nasional sehingga terjadi kerancuan penyelenggaraan jaminan sosial. Untuk itu perlu ada kajian terhadap UU No. 40 Tahun 2004, dan jika diperlukan dilakukan perubahan/amandemen terhadap UU No. 40 Tahun 2004 agar berskala nasional-daerah. Penyelenggaraan jaminan sosial pusat dan daerah juga perlu diatur dan dikoordinasikan dengan baik agar tidak terjadi tumpang tindih.

Peraturan perundang-undangan yang mengatur 4 BUMN perlu segera disesuaikan dengan UU No. 40 Tahun 2004, apalagi jangka waktu 5 tahun untuk penyesuaian tersebut telah terlampaui. Terkait dengan penyesuaian 4 BUMN menjadi BPJS Nasional maka perlu ada pengkajian dan analisa yang mendalam untuk menjawab permasalahan di antaranya apa bentuk badan hukum yang tepat dari BPJS Nasional dan apakah 4 BUMN perlu dimerger/digabung menjadi satu BPJS Nasional ataukah dipertahankan untuk tetap berdiri sendiri menjadi BPJS Nasional.

DAFTAR PUSTAKA

Buku dan Makalah

- C.S.T. Kansil dan Chistine S.T. Kansil. *Hukum Perusahaan Indonesia (Aspek Hukum dalam Ekonomi)*. Bagian 1. Cetakan Keenam. Jakarta: PT Pradnya Paramita, 2001.
- Deputi Menko Kesra Bidang Koordinasi Kesejahteraan Sosial. *Pengembangan Sistem Jaminan Sosial di Era Desentralisasi*. Jakarta, 6 Juni 2006.
- Hasbullah Thabrany dan Odang Muchtar. "Bentuk Badan Hukum BPJS, Status BPJS, dan Pendanaan JKN". Makalah disampaikan dalam Diskusi Terbuka PAMJAKI tentang "Badan Penyelenggara & Pendanaan: Tantangan Pelaksanaan Jaminan Kesehatan dalam UU SJSN bagi Kabinet 2009-2014", yang diselenggarakan pada tanggal 24 Juni 2009.
- Ikhsan Rosyada Parluhutan Daulay. Mahkamah Konstitusi Memahami Keberadaannya dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia. Cetakan Pertama. Jakarta: Rineka Cipta, April 2006.
- Kementerian Negara BUMN. "BUMN dalam Sistem Jaminan Sosial Nasional". Makalah disampaikan dalam acara diskuis terbuka PAMJAKI tentang "Badan Penyelenggara & Pendanaan: Tantangan Pelaksanaan jaminan Kesehatan dalam UU SJSN bagi Kabinet 2009-2014", yang diselenggarakan pada tanggal 24 Juni 2009.
- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. *Putusan Perkara Nomor: 007/PUU-III/2005 Pengujian Undang-Undang No. 40 Tahun 2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional terhadap UUD 1945*. Jakarta, 2005.
- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. *Lima Tahun Menegakkan Konstitusi, Gambaran Singkat Pelaksanaan Tugas Mahkamah Konstitusi 2003-2008*. Cetakan Pertama. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Nopember 2008.

Peraturan Perundang-undangan:

UU No. 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara

UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

UU No. 40 Tahun 2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional

UU No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas

Internet

AA. Oka Mahendra. "Peraturan Perundangan Perlu Diharmonisasikan dengan UU SJSN". http://sjsn.menkokesra.go.id/index.php?option=com_content&task=view&id=40&Itemid=63. Diakses tanggal 4 November 2009.

"Agenda Pengimplementasian UU No. 40 Tahun 2004". [http://sjsn.menkokesra.go.id/index.php?option=com_content&task-view&id=19&Itemid=63](http://sjsn.menkokesra.go.id/index.php?option=com_content&task=view&id=19&Itemid=63). Diakses tanggal 4 November 2009.

Kelik Pramudya. *Teori Badan Hukum*. Selasa, 01 Juli 2008. <file:///C:/Documents%20and%20Settings/Administrator/My%20Documents/DIAN%20Documents/jamsostek/teori-badan-hukum.html>. Diakses tanggal 3 November 2009.

"Penyelenggara SJSN Bisa Lebih dari Satu". <http://www.suarapembaruan.com/News/2009/09/07/Utama/ut01.htm>. Diakses tanggal 4 November 2009.

Pertumbuhan Ekonomi dan Jaminan Sosial. 22 Oktober 2009. <http://www.mediaindonesia.com/read/2009/10/22/101535/68/11/Pertumbuhan-Ekonomi-dan-Jaminan-Sosial>. Diakses tanggal 6 November 2009.

"*Problematika SJSN dan Otonomi Daerah*". Posted by Bung Chow. <http://bagimu-indonesiaku.blogspot.com/2008/06/problematika-sjsn-dan-otonomi-daerah.html>. Diakses tanggal 4 November 2009.

Yaumil Ch. Agoes Achir. *Jaminan Sosial Nasional Indonesia*. http://www.ekonomirakyat.org/edisi_7/artikel_5.htm. Diakses tanggal 3 November 2009.

**Bagian Ketiga:
Sudut Pandang Hukum Pidana**

**ANALISIS PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI
TERHADAP PENGUJIAN PASAL 53 UU NO. 30 TAHUN 2002
TENTANG KOMISI PEMBERANTASAN TINDAK PIDANA KORUPSI
MENGENAI PEMBENTUKAN
PENGADILAN TINDAK PIDANA KORUPSI**

Puteri Hikmawati*

* Peneliti Madya Bidang Spesialisasi Hukum Pidana pada Pusat Pengkajian Pengolahan Data dan Informasi (P3DI) Sekretariat Jenderal DPR-RI.

BAB I

PENDAHULUAN

Perubahan Ketiga Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD Tahun 1945) membentuk lembaga baru yang dinamakan Mahkamah Konstitusi (MK). Dalam ketentuan Pasal 24 ayat (2) UUD Tahun 1945 dinyatakan bahwa “Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan Peradilan Umum, lingkungan Peradilan Agama, lingkungan Peradilan Militer, lingkungan Peradilan Tata Usaha Negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.” Ketentuan Pasal 24 ayat (2) UUD Tahun 1945 mencerminkan bahwa puncak kekuasaan kehakiman tidak hanya berada di Mahkamah Agung, tetapi berada pula pada MK.

Sesuai dengan ketentuan dalam Pasal III Aturan Peralihan UUD Tahun 1945, MK dibentuk pada tanggal 17 Agustus 2003. MK merupakan pelaku kekuasaan kehakiman yang wewenangnya disebutkan secara limitatif dalam UUD Tahun 1945. Anggota MK terdiri atas 9 (sembilan) orang hakim konstitusi yang mempunyai wewenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk:¹

- a. menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar;
- b. memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar;
- c. memutus pembubaran partai politik; dan
- d. memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.

Dengan kewenangannya tersebut, MK menjadi satu-satunya lembaga yang dapat melakukan interpretasi/tafsiran terhadap Pembukaan dan Batang Tubuh UUD Tahun 1945. Dalam kurun waktu 6 (enam) tahun terbentuknya, MK telah menerima banyak perkara. Keseluruhan perkara yang diregistrasi antara tahun 2003 sampai dengan 15 Agustus 2008 berjumlah 207 perkara. Perkara tersebut terdiri atas 152 perkara PUU (Pengujian Undang-Undang), 10 perkara SKLN (Sengketa Kewenangan Lembaga Negara), dan 45 perkara PHPU

¹ Pasal 24C ayat (1) dan ayat (2) UUD Tahun 1945.

(Perselisihan Hasil Pemilihan Umum).² Sementara itu, khusus untuk perkara pengujian undang-undang antara tahun 2003 sampai dengan 18 Oktober 2009, berdasarkan Rekapitulasi Perkara Pengujian Undang-Undang Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, MK telah menerima 222 perkara. Putusan yang telah ditetapkan 191 putusan, sedangkan undang-undang yang telah diuji berjumlah 98 undang-undang.³ Putusan MK tersebut membawa pengaruh pada pembangunan hukum nasional dan secara khusus pengaruh terhadap proses legislasi atau pembentukan undang-undang di DPR RI.

Putusan-putusan MK kadangkala menimbulkan pro dan kontra dalam masyarakat. Salah satu putusan pengujian undang-undang terhadap UUD Tahun 1945 yang menimbulkan kontroversi adalah Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006 yang menyatakan bahwa Pasal 53 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (UU KPK) telah bertentangan dengan Pasal 24 ayat (1) dan ayat (2), Pasal 24A ayat (5), serta Pasal 28D ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Putusan tersebut menimbulkan kontroversi karena selanjutnya MK menyatakan bahwa Pasal 53 tetap mempunyai kekuatan hukum mengikat sampai diadakan perubahan paling lambat 3 (tiga) tahun terhitung sejak putusan ini diucapkan. Padahal, berdasarkan UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi dikatakan bahwa "Putusan Mahkamah Konstitusi memperoleh kekuatan hukum tetap sejak selesai diucapkan dalam sidang pleno terbuka untuk umum."

Berdasarkan latar belakang tersebut, maka tulisan ini akan menganalisis dasar pertimbangan hakim konstitusi dalam menetapkan putusan terhadap permohonan pengujian Pasal 53 UU KPK terhadap UUD Tahun 1945 dan bagaimana seharusnya putusan tersebut dikaitkan dengan sistem peradilan pidana di Indonesia?

² "Lima Tahun Menegakkan Konstitusi, Gambaran Singkat Pelaksanaan Tugas Mahkamah Konstitusi 2003–2008", Penerbit Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Cetakan Pertama, Nopember 2008, hal. 16.

³ "Rekapitulasi Perkara UU 2003 – 2009", <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=website.Rekap..diakses tanggal 16 Oktober 2009>.

BAB II

KERANGKA PEMIKIRAN

A. Konsep Sistem Peradilan

Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menegaskan bahwa “Negara Indonesia adalah negara hukum”, dan ayat (2) nya menyebutkan bahwa “Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar”. Konsep negara hukum dan negara demokrasi telah membawa prinsip pemisahan atau pembagian kekuasaan ke dalam organ-organ tersendiri yaitu legislatif, eksekutif, dan yudikatif. Pembagian kekuasaan ke dalam 3 (tiga) poros yang kemudian dikenal sebagai Trias Politika itu dimaksudkan untuk mendobrak absolutisme atau sistem pemerintahan yang otoriter.⁴

Jika diletakkan dalam konteks ajaran Montesquieu dalam ajaran Trias Politika murni, kekuasaan tidak hanya berbeda, tetapi juga merupakan suatu institusi yang harus terpisah satu sama lainnya di dalam melaksanakan kewenangannya.⁵ Menurut doktrin pemisahan kekuasaan tersebut, fungsi dari kekuasaan kehakiman adalah melakukan kontrol terhadap kekuasaan negara guna mencegah terjadinya proses instrumentasi yang menempatkan hukum menjadi bagian dari kekuasaan.⁶ Jadi lembaga peradilan memegang peranan penting dalam menjaga agar tidak terjadi penyalahgunaan kekuasaan. Setiap kekuasaan negara hukum, di dalamnya pasti ada kekuasaan kehakiman. Kekuasaan kehakiman tersebut haruslah merupakan kekuasaan yang mandiri dan bebas dari intervensi pihak mana pun.

Di Indonesia, menurut Pasal 24 UUD Tahun 1945 ayat (1) dikatakan bahwa “Kekuasaan Kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.” Ayat (2)nya menyebutkan “Kekuasaan

⁴ Moh. Mahfud. M.D., *Pergulatan Politik dan Hukum di Indonesia*, sebagaimana dikutip oleh Fatkhurohman, Dian Aminudin, dan Sirajuddin dalam buku “Memahami Kebenaran Mahkamah Konstitusi di Indonesia”, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2004, hal. 13.

⁵ KRHN & LeIP, *Menuju Independensi Kekuasaan Kehakiman*, sebagaimana dikutip oleh Fatkhurohman, Dian Aminudin, dan Sirajuddin, *ibid.*, hal. 14.

⁶ *Ibid.*

kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.” Dari rumusan pasal tersebut dapat dilihat bahwa *rechtsidee* pembentukan Mahkamah Konstitusi adalah:

- a. Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan negara;
- b. Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka;
- c. Ruang lingkup kekuasaan kehakiman adalah menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan; dan
- d. Mahkamah Konstitusi merupakan salah satu pelaku kekuasaan kehakiman.

Keberadaan Mahkamah Konstitusi yang telah diletakkan dalam bidang kekuasaan kehakiman bisa dikatakan telah sejalan dengan perubahan paradigma ketatanegaraan yang terjadi dalam perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

B. Sistem Peradilan Pidana

Sistem peradilan pidana (*criminal justice system*) adalah sistem dalam suatu masyarakat untuk menanggulangi masalah kejahatan. Menanggulangi berarti di sini usaha untuk mengendalikan kejahatan agar berada dalam batas-batas toleransi masyarakat. Sistem ini dianggap berhasil apabila sebagian besar dari laporan maupun keluhan masyarakat yang menjadi korban kejahatan dapat diselesaikan, dengan diajukannya pelaku kejahatan ke sidang pengadilan dan diputuskan bersalah serta mendapat pidana.⁷

Indonesia sebagai negara hukum menganut sistem peradilan pidana yang dinamakan sistem peradilan pidana terpadu (*integrated criminal justice system*). Jadi sistem ini mengisyaratkan adanya keterpaduan atau keterkaitan yang erat antar unsur-unsur yang ada dalam sistem tersebut. Mardjono Reksodiputro menyebut

⁷ Mardjono Reksodiputro, “Hak Asasi Manusia dalam Sistem Peradilan Pidana, Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum”, d/h Lembaga Kriminologi Universitas Indonesia, Jakarta, 1997, hal. 84.

pengertian sistem ini adalah sistem pengendalian kejahatan yang terdiri dari lembaga-lembaga kepolisian, kejaksaan, pengadilan, dan masyarakat terpidana.⁸ Berdasarkan pengertian tersebut, sistem peradilan pidana yang terpadu adalah adanya keterpaduan antara unsur-unsur yang ada di dalam sistem peradilan pidana yaitu keterpaduan antara lembaga kepolisian, lembaga kejaksaan, lembaga peradilan, dan lembaga masyarakat.

V.N. Pillai mengartikan sistem peradilan pidana dengan kepolisian, penuntut umum, pengadilan dan lembaga masyarakat yang merupakan komponen-komponen dari susunan prosedur pidana.⁹ Sedangkan Sanford H. Kadish merumuskan sistem peradilan pidana terdiri dari tiga organisasi yang terpisah: kepolisian, pengadilan, dan lembaga masyarakat yang masing-masing mempunyai tugas sendiri-sendiri. Namun begitu bukan berarti bahwa tiap lembaga bebas satu dari yang lainnya. Apa yang dilakukan dan bagaimana dilakukan oleh suatu lembaga memberikan pengaruh langsung pada pekerjaan lembaga yang lainnya.¹⁰

Berdasarkan uraian di atas, komponen-komponen yang bekerja dalam sistem peradilan pidana adalah kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan lembaga masyarakat. Empat komponen ini diharapkan bekerjasama membentuk "*integrated criminal justice administration*". Keempat institusi tersebut masing-masing secara administratif berdiri sendiri. Kepolisian berada di bawah Kepala Kepolisian Republik Indonesia (Kapolri) yang bertanggung jawab langsung kepada Presiden; Kejaksaan berpuncak pada Kejaksaan Agung dipimpin oleh seorang Jaksa Agung yang diangkat dan diberhentikan oleh Presiden serta menyampaikan pertanggungjawaban tugasnya kepada Presiden dan DPR RI;

⁸ *Ibid.*, "Sistem Peradilan Pidana Indonesia (Melihat kepada kejahatan dan penegakan hukum dalam batas-batas toleransi)", Pidato Pengukuhan Penerimaan Jabatan Guru Besar Tetap dalam Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 1993, hal. 1.

⁹ V.N. Pillai, *An Approach to Criminal Correction in Developing Countries*. Report for 1978 and Resource Material Series No. 16, Unafei, 1978, hal. 42.

¹⁰ Sanford H. Kadish, *Criminal Law and Its Processes*, sebagaimana dikutip dalam "Upaya Mengefektifkan Sistem Peradilan Pidana Terpadu", Pusat Studi Peradilan Pidana Indonesia dan Pusat Pengkajian dan Pelayanan Informasi DPR RI, hal. 10.

pengadilan secara organisasi, administratif dan finansial berada di Mahkamah Agung; sedangkan lembaga pemasyarakatan berada di dalam struktur organisasi Departemen Hukum dan HAM.

Dalam sistem peradilan pidana yang dianut oleh KUHAP (Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana) telah ditentukan suatu garis pemisah yang tegas terhadap wewenang masing-masing lembaga guna menjaga adanya tumpang tindih wewenang antara satu lembaga dengan lembaga yang lain dalam menangani proses suatu perkara pidana. Dalam UU No. 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHAP), Kepolisian (polisi) memegang peranan penting dalam melakukan penyelidikan dan penyidikan; Kejaksaan (jaksa) mempunyai tugas utama melakukan penuntutan; Pengadilan sebagai institusi yang mengadili; dan lembaga pemasyarakatan merupakan tempat untuk melaksanakan pembinaan narapidana.

BAB III

ANALISIS

A. Putusan Mahkamah Konstitusi terhadap Permohonan *Judicial Review* Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

Pada tanggal 19 Desember 2006 Mahkamah Konstitusi (MK) mengeluarkan putusan atas *judicial review* Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (UU KPK) terhadap UUD Tahun 1945. *Judicial review* tersebut diajukan oleh Mulyana Wirakusumah (dengan pokok permohonan Pasal 6 huruf c dan Pasal 12 ayat (1) huruf a UU KPK); dan Nazaruddin Sjamsuddin dkk. (dengan pokok permohonan Pasal 1 angka 3, Pasal 2, Pasal 3, Pasal 11 huruf b, Pasal 12 ayat (1) huruf a, Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2), Pasal 40, dan Pasal 53 UU KPK mengenai kekuasaan KPK dan kedudukan pengadilan tindak pidana korupsi) yang merupakan terpidana dalam kasus korupsi di Komisi Pemilihan Umum (KPU); serta Capt. Tarcisius Walla (dengan pokok permohonan Pasal 72 UU KPK) yang merupakan terpidana kasus korupsi pengadaan tanah pembangunan Pelabuhan Danar di Tual Maluku Tenggara.

Dari 10 petitum yang diajukan oleh pemohon, hanya satu yang dikabulkan oleh MK, yaitu yang berkaitan dengan Pasal 53 UU KPK yang substansinya mengenai Pengadilan Tindak Pidana Korupsi (Pengadilan Tipikor). Sedangkan beberapa permohonan lainnya yang ditolak adalah:

- 1) Pasal 1 angka 3 tentang pengertian pemberantasan tindak pidana korupsi;
- 2) Pasal 2 juncto Pasal 20 tentang keberadaan KPK;
- 3) Pasal 3 tentang sifat KPK yang independen dan bebas dari kekuasaan mana pun;
- 4) Pasal 6 huruf c tentang tugas KPK melakukan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan terhadap tindak pidana korupsi;

- 5) Pasal 11 huruf b tentang tugas KPK melakukan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan terhadap tindak pidana korupsi yang mendapat perhatian yang meresahkan masyarakat;
- 6) Pasal 12 ayat (1) huruf a tentang wewenang KPK melakukan penyadapan dan merekam pembicaraan;
- 7) Pasal 20 ayat (1) dan (2) tentang pertanggungjawaban KPK kepada publik.
- 8) Pasal 40 tentang tidak adanya wewenang KPK mengeluarkan Surat Perintah Penghentian Penyidikan (SP3); dan
- 9) Pasal 72 tentang tanggal berlakunya UU KPK yang dikaitkan dengan asas non-retroaktif.

Pasal 53 UU KPK berbunyi “Dengan Undang-Undang ini dibentuk Pengadilan Tindak Pidana Korupsi yang bertugas dan berwenang memeriksa dan memutus tindak pidana korupsi yang penuntutannya diajukan oleh Komisi Pemberantasan Korupsi”. Substansi permohonan yang terkait dengan Pasal 53 UU KPK, bahwa terdapat dualisme pengadilan yang mengadili perkara korupsi, yakni peradilan umum (PN) dan peradilan khusus (Pengadilan Tipikor yang secara struktural juga berada di bawah lingkungan peradilan umum). Ketentuan tersebut dianggap telah menciptakan dualisme pengadilan yang berbeda dalam lingkungan peradilan yang sama, di sisi lain hukum acaranya berbeda dan susunan majelis hakim serta kewajiban memutus dalam jangka waktu tertentu berbeda pula. Padahal kedua pengadilan ini menyangkut perbuatan orang yang sama-sama didakwa melakukan tindak pidana korupsi, yang diancam pidana oleh undang-undang yang sama, sehingga dapat menghasilkan putusan akhir yang berbeda. Selain itu, dalam praktek ditunjukkan bukti adanya standar ganda dalam upaya pemberantasan korupsi melalui kedua mekanisme peradilan yang berbeda pula. Hal itu dianggap bertentangan dengan Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28I ayat (2) mengenai prinsip negara hukum, kekuasaan kehakiman, hak atas persamaan di depan hukum, jaminan perlindungan dan kepastian hukum, serta hak bebas dari perlakuan yang diskriminatif. Keadaan demikian dinyatakan oleh pemohon bahwa ada diskriminasi di depan hukum, yang tidak sejalan dengan

UUD Tahun 1945. Para pemohon merasa hak konstitusionalnya telah dirugikan karena telah terdiskriminasi.

UUD Tahun 1945 menjamin adanya kepastian hukum bagi pencari keadilan (*justiciabelen*). Pasal 27 ayat (1) menyebutkan bahwa “Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya”. Di samping itu, Pasal 28D ayat (1) menyebutkan bahwa “Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum”, dan Pasal 28I ayat (2) berbunyi bahwa “Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apa pun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu”. Berkaitan dengan ketiga Pasal dalam UUD Tahun 1945 tersebut, maka secara konstitusional pengaturan sistem peradilan pidana (*criminal justice system*) harus memperhatikan jaminan persamaan di depan hukum, kepastian hukum, dan bebas dari perlakuan diskriminatif.

MK memutuskan, bahwa Pasal 53 UU KPK bertentangan dengan UUD Tahun 1945 karena menimbulkan standar ganda peradilan korupsi antara peradilan umum yang dilakukan oleh PN dan Pengadilan Tipikor. Namun, MK tidak menyatakan eksistensi Pengadilan Tipikor bertentangan dengan UUD Tahun 1945. MK hanya memutuskan agar dasar hukum Pengadilan Tipikor diperkuat dengan membuat UU baru.

Putusan *judicial review* ini sesungguhnya merupakan putusan yang ditunggu-tunggu oleh banyak kalangan yang selama ini menyuarakan pemberantasan korupsi. Makna terpenting dari putusan ini adalah untuk mengukur responsibilitas MK dalam agenda besar pemberantasan korupsi, setelah dua putusan MK sebelumnya (yang membatalkan Penjelasan Pasal tentang melawan hukum materil dalam Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi dan wewenang pengawasan Komisi Yudisial dalam UU No. 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial) dipandang mengecewakan oleh banyak kalangan. Di samping itu, pengujian UU KPK ini dipandang memiliki nilai penting karena ia merupakan “arena pertarungan” tentang apa yang

dikhawatirkan sebagai serangan balik dari pelaku tindak pidana korupsi (*corruptors fight back*) terhadap keberadaan KPK dengan seperangkat wewenang.

Meskipun MK menyatakan bahwa Pasal 53 UU KPK bertentangan dengan Pasal 24 ayat (1) dan (2), Pasal 24A ayat (5), serta Pasal 28D ayat (1) UUD Tahun 1945, namun tidak serta-merta pasal tersebut dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat. MK memberikan batas waktu peralihan yang mulus (*smooth transition*) paling lama 3 (tiga) tahun sejak dikeluarkannya putusan MK untuk membuat undang-undang tersendiri mengenai Pengadilan Tipikor. Apabila dalam waktu tersebut belum juga terbentuk UU tentang Pengadilan Tipikor, maka Pasal 53 UU KPK tidak lagi memiliki kekuatan hukum mengikat. Oleh karena itu, setiap perkara tindak pidana korupsi harus dilimpahkan kepada pengadilan umum.

Putusan yang memberikan tenggang waktu peralihan (*smooth transition*) menimbulkan pro dan kontra dalam masyarakat. Bagi yang setuju (pro) putusan tersebut dianggap sebagai terobosan hukum dan dianggap sebagai toleransi yang bijaksana. Tidak demikian dengan yang tidak setuju (kontra), putusan MK tersebut dianggap “penuh ironi dan membingungkan” karena putusan MK memperoleh kekuatan hukum tetap sejak selesai diucapkan dalam sidang pleno terbuka untuk umum (Pasal 47 UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi). Akibat hukum (*rechtgevolg*) putusan MK bermula sejak diucapkan dan keberlakuan suatu norma materi, muatan ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang yang telah dinyatakan tidak mengikat secara hukum oleh MK tidak boleh lagi direntang ulur ke depan. Demikian pendapat berbeda (*dissenting opinion*) dari Hakim Konstitusi Laica Marzuki.¹¹

Putusan tersebut dianggap bertentangan dengan sifat putusan MK yang memperoleh kekuatan hukum tetap, sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 47 UU No. 24 Tahun 2003. Selain itu, Pasal 57 ayat (2) menyebutkan bahwa “Putusan Mahkamah Konstitusi yang amar putusannya menyatakan bahwa materi, muatan ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang tersebut bertentangan dengan

¹¹ “Eksistensi Pengadilan Tipikor Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi”, <http://www.legalitas.org/?q=node/268>, diakses tanggal 14 Oktober 2009.

Undang-Undang Dasar 1945, materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat”.

Dalam pertimbangannya, MK beralasan *smooth transition* perlu diberikan karena apabila Pasal 53 langsung dinyatakan tidak berlaku, dikhawatirkan akan mengganggu jalannya proses persidangan yang tengah berlangsung di Pengadilan Tipikor. Selain itu, MK juga khawatir pembatalan Pasal 53 menyebabkan timbulnya ketidakpastian hukum (*rechtsonzekerheid*) yang berujung pada kekacauan dan melemahnya semangat (*disinsentive*) pemberantasan korupsi. Terakhir, MK meyakini bahwa secara realistis penyempurnaan UU KPK dan penataan kelembagaan Pengadilan Tipikor tidak dapat diselesaikan dalam sekejap sehingga dibutuhkan waktu yang cukup. Dalam pemberlakuan suatu UU, masa transisi seperti ini kadang diperlukan untuk memberikan kesempatan kepada pelaksana UU melakukan persiapan dan penyesuaian-penyesuaian. Namun, hal itu harus ditentukan dalam UU yang bersangkutan agar ada kepastian hukum.

Sebagai tindak lanjut dari Putusan MK tersebut, Pembuat Undang-Undang (Presiden dan DPR) harus sesegera mungkin melakukan penyalarsan UU KPK dengan UUD Tahun 1945 dan membentuk Undang-Undang tentang Pengadilan Tindak Pidana Korupsi sebagai pengadilan khusus yang menangani proses pemeriksaan tindak pidana korupsi, juga sebagai satu-satunya sistem peradilan tindak pidana korupsi, sehingga dualisme sistem peradilan tindak pidana korupsi yang telah dinyatakan bertentangan dengan UUD Tahun 1945 tersebut dapat dihilangkan.

B. Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi

Dalam salah satu pertimbangannya, MK menyebutkan bahwa “.... Dengan kriteria kekhususan Pengadilan Tipikor, maka terdapat dua pengadilan yang berbeda dalam lingkungan peradilan yang sama, tetapi dengan hukum acara yang berbeda dan susunan majelis hakim serta kewajiban memutus dalam jangka waktu tertentu secara berbeda, padahal menyangkut perbuatan orang yang sama-sama didakwa melakukan tindak pidana korupsi, yang diancam pidana oleh undang-undang yang sama, yang dapat menghasilkan putusan

akhir yang sangat berbeda”.¹² Lebih lanjut, MK mengatakan bahwa “Kenyataan yang terjadi dalam praktek di pengadilan umum dan Pengadilan Tipikor selama ini, menunjukkan bukti adanya standar ganda dalam upaya pemberantasan korupsi melalui kedua mekanisme peradilan yang berbeda. Dilihat dari aspek yang dipertimbangkan tersebut, Pasal 53 UU KPK yang melahirkan dua lembaga jelas bertentangan dengan UUD 1945.”¹³

Sebagai tindak lanjut dari putusan MK, Pemerintah dan DPR RI telah menyetujui RUU tentang Pengadilan Tipikor menjadi undang-undang dalam Rapat Paripurna DPR RI tanggal 29 September 2009. Adanya UU No. 46 Tahun 2009 tentang Pengadilan Tindak Pidana Korupsi tersebut dapat memperkuat basis konstitusional upaya pemberantasan tindak pidana korupsi di Indonesia. UU menyebutkan bahwa “Pengadilan Tindak Pidana Korupsi merupakan satu-satunya pengadilan yang berwenang memeriksa, mengadili, dan memutus perkara tindak pidana korupsi”.¹⁴ Menurut Pasal 35 ayat (1) UU No. 46 Tahun 2009 “Dengan Undang-Undang ini untuk pertama kali Pengadilan Tindak Pidana Korupsi dibentuk pada setiap pengadilan negeri di ibu kota provinsi.” Ketentuan ini merupakan ketentuan peralihan karena Pasal 3 tidak memungkinkan untuk langsung diberlakukan. Pasal 3 UU ini berbunyi “Pengadilan Tindak Pidana Korupsi berkedudukan di setiap ibukota kabupaten/kota yang daerah hukumnya meliputi daerah hukum pengadilan negeri yang bersangkutan.”

Pembentukan Pengadilan Tipikor paling lama 2 (dua) tahun terhitung sejak UU tentang Pengadilan Tipikor diundangkan. Pembentuk UU menganggap perlu waktu bagi Pemerintah untuk menyiapkan hakim terutama hakim *ad hoc*, sarana dan prasarana untuk menyatukan pemeriksaan pengadilan atas perkara tindak pidana korupsi.

Pembentukan Pengadilan Tipikor telah menghilangkan dualisme dalam pemeriksaan di sidang pengadilan. Pengadilan Tipikor menjadi satu-satunya pengadilan yang memeriksa perkara

¹² Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006, hal. 282-283.

¹³ *Ibid.*, hal. 283.

¹⁴ Pasal 5 Undang-Undang Nomor 46 Tahun 2009 tentang Pengadilan Tindak Pidana Korupsi.

tindak pidana korupsi. Namun, sistem peradilan pidana dalam arti luas belum sepenuhnya mendasarkan pada Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28I ayat (2) UUD Tahun 1945 dalam menangani tindak pidana korupsi. Dalam tahap penyidikan dan penuntutan, perkara tindak pidana korupsi masih ditangani oleh beberapa institusi penegak hukum.

1. Tahap Penyidikan

Dalam tahap penyidikan, penyidikan tindak pidana korupsi dapat dilakukan oleh tiga institusi yaitu kepolisian, kejaksaan, dan KPK. Kepolisian berwenang melakukan penyidikan atas segala jenis tindak pidana termasuk tindak pidana korupsi berdasarkan KUHAP. Namun, KUHAP memberikan pengecualian, bahwa "Dalam waktu dua tahun setelah undang-undang ini diundangkan, maka terhadap semua perkara diberlakukan ketentuan undang-undang ini, dengan pengecualian untuk sementara mengenai ketentuan khusus acara pidana sebagaimana tersebut pada undang-undang tertentu, sampai ada perubahan dan/atau dinyatakan tidak berlaku lagi."¹⁵ Dengan demikian, untuk sementara waktu terhadap tindak pidana khusus jaksa berwenang melakukan penyidikan. Ketentuan untuk sementara waktu kemudian justru berlangsung sampai sekarang, jaksa berwenang melakukan penyidikan tindak pidana korupsi berdasarkan Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001.¹⁶

Disamping penyidikan tindak pidana korupsi dilakukan oleh polisi dan jaksa, Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 mengamanatkan pembentukan Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.¹⁷ Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (KPK) kemudian dibentuk dengan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. KPK mempunyai tugas dan wewenang melakukan

¹⁵ Pasal 284 KUHAP.

¹⁶ Lihat Pasal 27 UU No. 31 Tahun 1999.

¹⁷ Pasal 43 ayat (1) UU No. 31 Tahun 1999 menyebutkan bahwa "Dalam waktu paling lambat 2 (dua) tahun sejak undang-undang ini mulai berlaku, dibentuk Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi."

koordinasi dan supervisi, termasuk melakukan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Jadi aparat penegak hukum yang berwenang melakukan penyidikan tindak pidana korupsi ada tiga yaitu Polisi, Jaksa, dan KPK.

Salah satu dasar pertimbangan dibentuknya KPK, bahwa pemberantasan tindak pidana korupsi yang terjadi sampai sekarang belum dapat dilaksanakan secara optimal. Oleh karena itu, pemberantasan tindak pidana korupsi perlu ditingkatkan secara profesional, intensif, dan berkesinambungan. Di samping itu, lembaga pemerintah yang menangani perkara tindak pidana korupsi belum berfungsi secara efektif dan efisien dalam memberantas tindak pidana korupsi.¹⁸

Dengan adanya tiga institusi yang melakukan penyidikan, maka dualisme dalam pemeriksaan perkara tindak pidana korupsi masih terjadi. Penyidikan yang dilakukan oleh Kepolisian dan Kejaksaan mengacu pada hukum acara yang diatur dalam KUHAP dan UU No. 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana telah diubah dengan UU No. 20 Tahun 2001, sedangkan penyidikan yang dilakukan oleh KPK dilakukan berdasarkan hukum acara yang berlaku dan berdasarkan UU No. 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana telah diubah dengan UU No. 20 Tahun 2001 serta UU No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

2. Tahap Penuntutan

Berdasarkan KUHAP, penuntutan dilakukan oleh penuntut umum yaitu jaksa yang diberi wewenang untuk melakukan penuntutan dan melaksanakan penetapan hakim. Penuntutan adalah tindakan penuntut untuk melimpahkan perkara pidana ke pengadilan negeri yang berwenang dengan permintaan supaya diperiksa dan diputus oleh hakim di sidang pengadilan.¹⁹

¹⁸ Konsiderans Menimbang huruf a dan b UU No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

¹⁹ Lihat Pasal 1 angka 6 dan 7 KUHAP.

Dalam tindak pidana korupsi, sebagaimana telah disebutkan sebelumnya, bahwa jaksa dapat melakukan penyidikan terhadap tindak pidana korupsi, maka jaksa melakukan penyidikan sekaligus penuntutan terhadap tindak pidana korupsi. Selain jaksa, KPK juga diberi kewenangan untuk melakukan penuntutan tindak pidana korupsi. KPK diberi kewenangan yang bersifat luas oleh UU KPK, yaitu kewenangan dalam melakukan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan tindak pidana korupsi. Oleh karena itu, KPK menjalankan kewenangan gabungan apa yang dimiliki oleh Kepolisian RI dan Kejaksaan sekaligus.

Penanganan tindak pidana korupsi oleh KPK meliputi tindak pidana korupsi yang melibatkan aparat penegak hukum, penyelenggara negara, dan orang lain yang ada kaitannya dengan tindak pidana korupsi yang dilakukan oleh aparat penegak hukum atau penyelenggara negara; mendapat perhatian yang meresahkan masyarakat; dan/atau menyangkut kerugian negara paling sedikit Rp. 1.000.000.000,00 (satu milyar rupiah).²⁰ Dengan ketentuan tersebut, ada pembagian dalam penanganan perkara tindak pidana korupsi. Ada dua jenis pembagian, yaitu *pertama*, tindak pidana korupsi (sebut saja “khusus”) yaitu yang pelakunya penyelenggara negara, meresahkan masyarakat, dan kerugian negaranya Rp. 1 milyar/lebih dan *kedua*, tindak pidana korupsi umum, dalam hal ini tidak ada batasan, pokoknya tindak pidana korupsi (termasuk jenis pertama). Sementara aparat penegak hukum yang berwenang melakukan penyidikan tindak pidana korupsi ada tiga institusi yaitu polisi, jaksa, dan KPK. KPK melakukan penyidikan tindak pidana korupsi jenis pertama, sementara polisi dan jaksa berwenang melakukan penyidikan tindak pidana korupsi jenis kedua.²¹

UU No. 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggara Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme, menyebutkan definisi Penyelenggara Negara adalah Pejabat Negara yang menjalankan fungsi eksekutif, legislatif, atau yudikatif, dan pejabat lain yang fungsi dan tugas pokoknya berkaitan dengan penyelenggaraan negara sesuai dengan

²⁰ Pasal 11 UU tentang KPK.

²¹ Kajian Hukum Badan Legislasi terhadap RUU tentang Pengadilan Tindak Pidana Korupsi (Perspektif Konstitusi dan Sistem Peradilan Pidana), 14 Mei 2009.

ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Penyelenggara Negara meliputi 1. Pejabat Negara pada Lembaga Tertinggi Negara; 2. Pejabat Negara pada Lembaga Tinggi Negara; 3. Menteri; 4. Gubernur; 5. Hakim; 6. Pejabat negara yang lain sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku; dan 7. Pejabat lain yang memiliki fungsi strategis dalam kaitannya dengan penyelenggaraan negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.²² Dengan demikian, Penyelenggara Negara berdasarkan UU No. 28 Tahun 1999 mempunyai pengertian yang luas, sehingga dalam praktek akan menimbulkan masalah. Salah satu contoh yaitu Kasus Depnakertrans yang melibatkan Kepala Bagian Keuangan Direktorat Jenderal Pembinaan Pelatihan dan Produktivitas Departemen Tenaga Kerja Transmigrasi (Depnakertrans) diserahkan oleh KPK untuk ditangani Kejaksaan.

Dalam beberapa putusannya, MK kadangkala mengeluarkan putusan yang dinilai kontroversial dan mendapat sorotan dari masyarakat, misalnya MK melampaui kewenangannya dan menimbulkan ketidakpastian hukum. Dalam beberapa kasus, kewenangan MK memperlihatkan tumpang tindih dengan lembaga negara lainnya sesama kekuasaan yudikatif, yaitu Mahkamah Agung. Sementara pada kasus lain, MK dinilai mengeluarkan putusan yang tidak dimohonkan (*ultra petita*), atau mengeluarkan putusan *conditional unconstitutional* (bertentangan dengan UUD 1945) dengan syarat. Sebagai contoh Putusan MK tentang Pengujian UU Ketenagalistrikan, dan KKR (Putusan MK Nomor 006/PUU-IV/2006).²³ Di samping itu, karena MK diberi kewenangan menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Tahun 1945, maka MK ditempatkan sebagai *the Guardian of Constitution Order*. Oleh karena itu, setiap putusannya merupakan penjelasan serta penegasan lebih lanjut dari konstitusi, sehingga putusan MK akan dan seharusnya dipatuhi.

22 Pasal 2 UU No. 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggara Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme.

23 Taufiqurrohman Syahuri, Mahkamah Konstitusi dan Analisis Putusannya. Disampaikan pada Seminar "Mahkamah Konstitusi dan Teknis Analisisnya", Setjen DPR RI, Jakarta: Gedung Nusantara I DPR RI, Jum'at 23 Oktober 2009, hal. 3-4.

Saat ini MK merupakan lembaga negara yang dipercaya, terbukti dalam penyelesaian kasus Bibit dan Chandra, dengan memperdengarkan rekaman pembicaraan rekayasa kasus, MK mendapat sambutan baik dari masyarakat. Oleh karena itu, maka MK dapat memberikan putusan yang mengamanatkan kepada Pembentuk UU untuk segera merevisi UU yang menimbulkan tumpang tindih kewenangan agar hak pencari keadilan dapat terlindungi.

BAB IV

PENUTUP

A. Kesimpulan

Mahkamah Konstitusi merupakan pelaku kekuasaan kehakiman yang salah satu wewenangnya menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Dengan kewenangannya tersebut, MK menjadi satu-satunya lembaga yang dapat melakukan interpretasi/tafsiran terhadap Pembukaan dan Batang Tubuh UUD Tahun 1945.

Banyak putusan yang telah dihasilkan oleh MK terkait dengan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar dan beberapa di antaranya menimbulkan pro dan kontra dalam masyarakat. Salah satunya, Putusan No. 012-016-019/PUU-IV/2006 mengenai Pengadilan Tindak Pidana Korupsi, dimana MK menyatakan bahwa Pasal 53 UU KPK bertentangan dengan Pasal 24 ayat (1) dan (2), Pasal 24A ayat (5), serta Pasal 28D ayat (1) UUD Tahun 1945, karena menimbulkan standar ganda peradilan korupsi antara peradilan umum yang dilakukan oleh PN dan Pengadilan Tipikor. Namun, MK tidak serta-merta menyatakan pasal tersebut tidak memiliki kekuatan hukum mengikat. MK memberikan batas waktu paling lama 3 (tiga) tahun sejak dikeluarkannya putusan MK untuk membuat undang-undang tersendiri mengenai Pengadilan Tipikor. Apabila dalam waktu tersebut belum juga terbentuk UU tentang Pengadilan Tipikor, maka Pasal 53 UU KPK tidak lagi memiliki kekuatan hukum mengikat.

Putusan MK telah ditindaklanjuti oleh Pembentuk UU dengan membuat UU tersendiri tentang Pengadilan Tipikor yaitu UU No. 46 Tahun 2009. Pembentukan Pengadilan Tipikor telah menghilangkan dualisme dalam pemeriksaan di sidang pengadilan. Namun, sistem peradilan pidana dalam arti luas belum sepenuhnya mendasarkan pada Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28I ayat (2) UUD Tahun 1945 dalam menangani tindak pidana korupsi. Dalam tahap penyidikan dan penuntutan, perkara tindak pidana korupsi masih ditangani oleh beberapa institusi penegak hukum.

B. Saran

Mahkamah Konstitusi menyatakan ada dualisme peradilan dalam pembentukan pengadilan tindak pidana korupsi berdasarkan UU No. 30 Tahun 2002 dan perlu penyatuan peradilan dengan membentuk UU tersendiri mengenai Pengadilan Tindak Pidana Korupsi. Menindaklanjuti putusan tersebut, Pemerintah dan DPR RI telah membentuk UU tentang Pengadilan Tindak Pidana Korupsi yang di dalam pasalnya menegaskan bahwa Pengadilan Tipikor merupakan satu-satunya pengadilan yang menangani perkara tindak pidana korupsi. Namun, dualisme masih terjadi dalam proses penyidikan dan penuntutan perkara tindak pidana korupsi, terjadi tumpang tindih peraturan dan kewenangan dalam penegakan hukum tindak pidana korupsi. Oleh karena itu, di masa yang akan datang MK perlu memperhatikan hal-hal terkait yang tidak termasuk dalam permohonan, seperti adanya tumpang tindih ketentuan dalam beberapa UU.

DAFTAR PUSTAKA

- KRHN & LeIP, *Menuju Independensi Kekuasaan Kehakiman*, sebagaimana dikutip oleh Fatkhurohman, Dian Aminudin, dan Sirajuddin dalam buku "Memahami Kebenaran Mahkamah Konstitusi di Indonesia", PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2004.
- "Lima Tahun Menegakkan Konstitusi, Gambaran Singkat Pelaksanaan Tugas Mahkamah Konstitusi 2003 – 2008", Penerbit Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Cetakan Pertama, Nopember 2008.
- Mardjono Reksodiputro, "Sistem Peradilan Pidana Indonesia (Melihat kepada kejahatan dan penegakan hukum dalam batas-batas toleransi)", Pidato Pengukuhan Penerimaan Jabatan Guru Besar Tetap dalam Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 1993.
- "Hak Asasi Manusia dalam Sistem Peradilan Pidana, Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum", d/h Lembaga Kriminologi Universitas Indonesia, Jakarta, 1997.
- Moh. Mahfud. M.D., *Pergulatan Politik dan Hukum di Indonesia*, sebagaimana dikutip oleh Fatkhurohman, Dian Aminudin, dan Sirajuddin dalam buku "Memahami Kebenaran Mahkamah Konstitusi di Indonesia", PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2004.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006.
- Sanford H. Kadish, *Criminal Law and Its Processes*, sebagaimana dikutip dalam "Upaya Mengefektifkan Sistem Peradilan Pidana Terpadu", Pusat Studi Peradilan Pidana Indonesia dan Pusat Pengkajian dan Pelayanan Informasi DPR RI.
- V.N. Pillai, *An Approach to Criminal Correction in Developing Countries. Report for 1978 and Resource Material Series No. 16*, Unafei, 1978.
- Kajian Hukum Badan Legislasi terhadap RUU tentang Pengadilan Tindak Pidana Korupsi (Perspektif Konstitusi dan Sistem Peradilan Pidana), 14 Mei 2009.

Taufiqurrohmaan Syahuri, Mahkamah Konstitusi dan Analisis Putusannya. Disampaikan pada Seminar "Mahkamah Konstitusi dan Teknis Analisisnya", Setjen DPR RI, Jakarta: Gedung Nusantara I DPR RI, Jum'at 23 Oktober 2009.

Peraturan Perundang-undangan

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana.

Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggara Negara yang Bebas Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme.

Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor Tahun 20 Tahun 2001.

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

Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Undang-Undang Nomor 46 Tahun 2009 tentang Pengadilan Tindak Pidana Korupsi.

Internet

"Eksistensi Pengadilan Tipikor Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi", <http://www.legalitas.org/?q=node/268>, diakses tanggal 14 Oktober 2009.

"Rekapitulasi Perkara UU 2003 – 2009", <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=website.Rekap..> diakses tanggal 16 Oktober 2009.

**Bagian Keempat:
Sudut Pandang Hukum Internasional**

**PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI
TENTANG UJI MATERI TERHADAP PIDANA MATI
DALAM UU NO. 22 TAHUN 1997 TENTANG NARKOTIKA:
PERSPEKTIF HUKUM INTERNASIONAL
TENTANG HAK ASASI MANUSIA**

Novianti*

* Peneliti Muda Bidang Spesialisasi Hukum Internasional pada Pusat Pengkajian Pengolahan Data dan Informasi (P3DI) Sekretariat Jenderal DPR-RI.

BAB I

PENDAHULUAN

Masalah hukuman mati selalu menjadi perdebatan yang kontroversial. Pro dan kontra penerapan hukuman mati selalu menjadi perdebatan baik di tingkat nasional maupun internasional. Di tingkat internasional, hukuman gantung terhadap Saddam Hussein di Irak memicu debat di fora internasional. Demikian juga di Indonesia kontroversi ini juga memanaskan ketika eksekusi Tibo Cs dilakukan dan rencana eksekusi terhadap Amrozi Cs. Pihak yang mendukung berpendapat perlu diatur pemberian hukuman berat bagi pelaku kejahatan untuk memberikan efek jera sehingga dapat meminimalkan terulangnya kejahatan serupa. Sedangkan pihak yang menolak menilai jenis hukuman mencabut nyawa orang lain sudah tidak tepat lagi diterapkan di era modern. Selain karena tidak menghasilkan efek jera karena ternyata kejahatan serupa masih tetap terjadi, hukuman mati termasuk jenis hukuman yang keji dan tidak lagi sejalan dengan budaya masyarakat modern.¹⁾

Secara yuridis formal, penerapan hukuman mati di Indonesia memang dibenarkan. Hal ini bisa ditelusuri dari beberapa pasal dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) yang memuat ancaman hukuman mati. Di luar KUHP, tercatat setidaknya ada 6 (enam) peraturan perundang-undangan yang memiliki ancaman hukuman mati, semisal UUNarkotika, UU Anti Korupsi, UU Anti terorisme, dan UU Pengadilan HAM, UU Intelijen dan RUU Rahasia Negara. Hal ini menunjukkan bahwa hukuman mati di Indonesia semakin eksis dalam tata peraturan perundang-undangan di Indonesia. Lebih dari itu, eksekusi hukuman mati di Indonesia menunjukkan kecenderungan meningkat pada tahun-tahun terakhir²⁾.

Putusan Mahkamah Konstitusi menolak permohonan pengujian pasal-pasal yang memuat sanksi pidana mati yang terdapat di dalam Undang-undang Narkotika dan Psikotropika. Permohonan pengujian terhadap pasal-pasal tersebut diajukan oleh dua orang Warga Negara

1) Kontras, "Praktik Badan Pekerja Hukuman Mati di Indonesia", diakses dari http://www.kontras.org/hmati/data/Working%20Paper_Hukuman_Mati_di_Indonesia.pdf, diakses tanggal 8 November 2009.

2) Lihat <http://www.legalitas.org/?q=content/dilema-hukuman-mati>, diakses tanggal 18 November 2009.

Indonesia yakni Edith Yunita Sianturi dan Rani Andriani alias Melisa Aprilia, serta tiga warga negara Australia Myuran Sukumaran, Andrew Chan, dan Scott Anthony³⁾. Edith terlibat kasus peredaran heroin seberat 1000 (seribu) gram, sedangkan Rani dihukum dalam kasus peredaran heroin seberat 3.500 gram. Mereka divonis mati oleh Pengadilan Negeri (PN) Tangerang. Ketiga WN Australia itu divonis mati oleh PN Denpasar, karena terbukti menyelundupkan sebanyak 8,2 kilogram heroin dari Australia ke Bali. Kelima orang tersebut mengajukan uji materi terhadap Pasal 80 ayat 1 huruf a, Pasal 80 ayat 2 huruf a, Pasal 80 ayat 3 huruf a, Pasal 81 ayat 3 huruf a, Pasal 82 ayat 1 huruf a, Pasal 82 ayat 2 huruf a, dan Pasal 82 ayat 3 huruf a yang terdapat dalam UU No 22 Tahun 1997 Tentang Narkotika. Pasal-pasal tersebut mengatur tentang ancaman hukuman mati bagi produsen dan pengedar narkotika secara terorganisasi. Namun, hanya permohonan Edith dan Rani yang diuji MK, sedangkan permohonan ketiga orang Australia tidak diuji karena sebagai orang asing mereka tidak berhak mengajukan uji materi UU ke MK.

Mahkamah Konstitusi (MK) memutuskan pidana mati yang diancamkan untuk kejahatan tertentu dalam UU No 22 Tahun 1997 tentang Narkotika tidak bertentangan dengan UUD 1945. Putusan itu diucapkan oleh majelis hakim konstitusi yang diketuai oleh Ketua MK, Jimly Asshiddiqie dalam sidang pembacaan putusan uji materi UU Narkotika. Pidana mati, menurut MK, tidak bertentangan dengan hak untuk hidup yang dijamin oleh UUD 1945, karena konstitusi Indonesia tidak menganut azas kemutlakan hak asasi manusia. Hak azasi yang diberikan oleh konstitusi kepada warga negara mulai dari Pasal 28A hingga Pasal 28I Bab XA UUD 1945, menurut MK, dibatasi oleh pasal selanjutnya yang merupakan pasal kunci yaitu Pasal 28J, bahwa hak azasi seseorang digunakan dengan harus menghargai dan menghormati hak azasi orang lain demi berlangsungnya ketertiban umum dan keadilan-sosial. Pandangan konstitusi tersebut, menurut MK, diteruskan dan ditegaskan juga oleh UU No 39 Tahun 1999 tentang Hak Azasi Manusia yang juga menyatakan pembatasan hak azasi seseorang dengan adanya hak orang lain demi ketertiban umum. Dengan menerapkan pidana mati

³⁾ Uji materi pasal yang mengatur mengenai *hukuman mati* dalam Undang-undang Nomor 22 Tahun 1997 tentang Narkotika. Harian Suara Merdeka, Tanggal 31 Oktober 2007.

untuk kejahatan serius seperti narkoba, MK berpendapat Indonesia tidak melanggar perjanjian internasional apa pun, termasuk Konvensi Internasional Hak Sipil dan Politik (ICCPR) yang menganjurkan penghapusan hukuman mati. Bahkan, MK menegaskan Pasal 6 ayat 2 ICCPR itu sendiri membolehkan masih diberlakukannya hukuman mati kepada negara peserta, khusus untuk kejahatan yang paling serius.

Sebaliknya, MK menyatakan Indonesia memiliki kewajiban untuk mematuhi konvensi internasional narkoba dan psikotropika yang telah diratifikasi oleh Indonesia dalam bentuk UU Narkoba. Konvensi itu justru mengamanatkan kepada negara pesertanya untuk memaksimalkan penegakan hukum secara efektif terhadap pelaku kejahatan narkoba. Konvensi juga mengamanatkan negara peserta untuk mencegah serta memberantas kejahatan-kejahatan narkoba yang dinilai sebagai kejahatan sangat serius, terlebih lagi yang melibatkan jaringan internasional. Dengan demikian, penerapan pidana mati dalam UU Narkoba bukan saja tidak bertentangan, tetapi justru dibenarkan oleh konvensi dimaksud⁴⁾.

Penerapan dan penghapusan hukuman mati (*death penalty*) dalam konteks hukum Indonesia khususnya terhadap putusan Mahkamah Konstitusi menjadi perdebatan sejalan dengan dinamika hukum nasional dan hukum internasional. Oleh karena itu dalam tulisan ini yang menjadi permasalahan adalah bagaimana penerapan dan penghapusan hukuman mati ditinjau dari aspek hukum internasional khususnya tentang Hak Azasi Manusia ?.

4) *Ibid.*

BAB II

KERANGKA PEMIKIRAN

Perjanjian internasional yang dibuat antara negara dengan negara lainnya atau dengan organisasi internasional merupakan perjanjian internasional dalam pengertian hukum internasional publik. Bagaimana perjanjian internasional sebagai norma hukum internasional diterapkan dalam hukum nasional persoalannya terletak pada permasalahan bagaimana hubungan hukum internasional dengan hukum nasional. Dalam hukum internasional, ada dua macam teori yang mencoba untuk menerangkan hubungan hukum internasional dengan hukum nasional, yaitu teori dualisme dan teori monisme⁵⁾. Menurut aliran monisme, hukum internasional dan hukum nasional merupakan dua bagian dari satu kesatuan yang lebih besar yaitu hukum yang mengatur kehidupan manusia. Akibat pandangan monisme ini ialah bahwa antara dua perangkat ketentuan hukum ini mungkin ada hubungan hirarki. Karena adanya hubungan hirarki ini, maka timbul aliran monisme dengan primat hukum internasional dan monisme dengan primat hukum nasional.

Menurut monisme dengan primat hukum nasional, berlakunya hukum internasional karena negara atau hukum negara itu menyetujui berlakunya hukum internasional, dan karena hukum internasional itu tidak lain merupakan kelanjutan hukum nasional. Di lain pihak, menurut monisme dengan primat hukum internasional, hukum nasional mengatur sesuatu karena diperbolehkan oleh hukum internasional. Menurut aliran ini hukum nasional membuat peraturan pelaksanaan, dan pada hakekatnya tidak terjadi penciptaan hukum tersendiri oleh hukum nasional. Pembuatan hukum nasional dianggap sebagai penerusan dan penciptaan hukum internasional.

Sebaliknya, menurut aliran dualisme, hukum internasional dan hukum nasional itu sama sekali terlepas satu sama lainnya karena masing-masingnya mempunyai sifat yang berlainan. Menurut aliran dualisme ini, daya pengikat hukum internasional bersumber pada kemauan negara, maka hukum internasional dan hukum nasional merupakan dua sistem atau perangkat hukum yang terpisah satu dari

⁵⁾ Sri Setianingsi Suwardi, *Masalah-masalah Hukum Perjanjian Pinjaman Internasional*, Makalah pada Fakultas Pasca Sarjana Bidang Hukum Internasional UNPAJ, 1990, hal. 5.

yang lainnya. Dengan perkataan lain, dalam teori dualisme tidak ada tempat bagi persoalan hirarki antara hukum nasional dan hukum internasional karena pada hakekatnya kedua perangkat hukum ini tidak saja berlainan dan tidak tergantung satu sama lainnya tapi juga lepas satu dari yang lainnya. Dengan demikian, hukum internasional hanya berlaku setelah ditransformasikan dan menjadi hukum nasional⁶⁾.

Indonesia sebagai negara yang menganut paham dualisme, hal ini terlihat dalam Pasal 9 ayat 2 UU No. 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional, dinyatakan bahwa:

"Pengesahan atau ratifikasi perjanjian internasional sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dilakukan dengan undang-undang atau keputusan presiden."

Dengan demikian pemberlakuan perjanjian internasional mengenai hak azasi manusia khususnya yang mengatur tentang hukuman mati dalam hukum nasional Indonesia tidak serta merta bisa dilakukan, karena harus melalui ratifikasi berupa Undang-Undang tentang Hak Azasi Manusia tersebut. Hal ini juga memperlihatkan bahwa Indonesia memandang hukum nasional dan hukum internasional sebagai dua sistem hukum yang berbeda dan terpisah satu dengan yang lainnya.

Perjanjian internasional berupa konvensi tentang Hak Azasi Manusia harus ditransformasikan menjadi hukum nasional dalam bentuk peraturan perundang-undangan. Perjanjian internasional sesuai dengan UU No. 24 tahun 2000, diratifikasi melalui undang-undang dan keputusan presiden. Undang-undang ratifikasi tersebut tidak serta merta menjadikan perjanjian internasional menjadi hukum nasional Indonesia, undang-undang ratifikasi hanya menjadikan Indonesia sebagai negara terikat terhadap perjanjian internasional tersebut.

Dengan demikian pemberlakuan perjanjian internasional ke dalam hukum nasional Indonesia tidak serta merta. Hal ini juga memperlihatkan bahwa Indonesia memandang hukum nasional dan hukum internasional sebagai dua sistem hukum yang berbeda dan terpisah satu dengan yang lainnya.

⁶⁾ Hans Kelsen, *General Theory Of Law and State*, Translated by Anders Wedberg, New York, Russel & Russel, 1973, hal. 123-124.

Berkaitan dengan materi hukuman mati, menurut van Bemmelen, dengan mengutip pendapat J.J. Rousseau, pada dasarnya hukum secara menyeluruh bersandar pada suatu perjanjian masyarakat yang di dalamnya dinyatakan kehendak bersama.⁷⁾ Jika terdapat tingkah laku yang menurut kehendak bersama tersebut harus dipidana, maka hal itu sejak awal harus diuraikan atau ditulis dalam undang-undang. Penguraian yang rinci dimaksudkan untuk menghindari pelanggaran kebebasan individu, sebab dalam perjanjian masyarakat, setiap orang hanya bersedia melepaskan sebagian kecil kebebasannya ke dalam wadah bersama. Begitu pula dengan hukuman mati. Sekiranya hukuman mati tersebut masih layak diberlakukan dan diterima oleh kehendak bersama, maka hukuman tersebut harus dituangkan dalam bentuk hukum tertulis (undang-undang).

⁷⁾ M. Van Bemmelen, *Hukum Pidana I; Hukum Pidana Material Bagian Umum*, (Bandung: Binacipta, 1987), Edisi Indonesia, hal. 50

BAB III

ANALISIS PUTUSAN MK TENTANG UJI MATERI HUKUMAN MATI DALAM UU NO. 22 TAHUN 1997 TENTANG NARKOTIKA DARI ASPEK HUKUM INTERNASIONAL

A. Pidana Mati dalam Undang-Undang No. 22 Tahun 1997 tentang Narkotika

Salah satu bahaya yang paling besar yang mengancam generasi muda ialah bahaya penyalahgunaan narkotika. Akibat dari penyalahgunaan narkotika dapat merusak kehidupan sosial, budaya, agama, ekonomi, dan bahkan dapat pula menjadi penyebab kejahatan dan masalah sosial lainnya. Sadar akan semua itu, maka Pemerintah dan DPR menciptakan Undang-Undang tentang Narkotika yang lebih luas cakupannya, lebih lengkap dan lebih berat ancaman pidananya bagi yang melanggar dari pada peraturan yang digantinya yaitu *BVerdovende Middlen Ordonantie Stbld. 1927 jo. Nomor 536*.

Dikatakan lebih luas dan lebih lengkap, karena Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1997 tentang Narkotika memuat ⁸⁾:

- a. selain mengenai perdagangan dan penggunaan narkotika, juga memuat tentang pemberian pelayanan kesehatan untuk usaha penyembuhan pecandunya;
- b. jenis-jenis narkotika diperinci dan ancaman pidananya sepadan dengan bahaya jenis-jenis narkotika tersebut;
- c. semua kegiatan yang menyangkut narkotika seperti penanaman, peracikan dan sebagainya;
- d. acara pidannya bersifat khusus;
- e. ada ketentuan pemberian premi bagi orang yang berjasa membongkar suatu pelanggaran narkotika;
- f. ketentuan mengenai kerjasama internasional dalam pemberantasan penyalahgunaan narkotika;

⁸⁾ Andi Hamzah, *Delik-delik Tersebar di Luar KUHP Dengan Komentar*, Penerbit: Pradya Paramita, 1979. hal.202.

- g. banyak ketentuan-ketentuan yang menyimpang dari hukum acara pidana seperti pemidanaan badan hukum, aturan tentang residivis, tata tertib dan seterusnya; dan
- h. ancaman pidana yang sangat berat.

Dalam Undang-Undang Narkotika ini, pasal-pasal yang ketentuan pidananya menggunakan ancaman pidana mati adalah terdapat pada pasal 23 ayat 4 jo. Pasal 36 ayat (4) dan Pasal 25 ayat (5) jo. Pasal 36 ayat (5).

Untuk lebih jelasnya mengenai bunyi pasal yang mengatur tentang ketentuan pidana mati, adalah sebagai berikut:

Pasal 36 ayat (4):

“Barangsiapa melanggar Pasal 23 ayat (4) :

- a. dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara selama-lamanya 20 (dua puluh) tahun dan denda setinggi-tingginya Rp. 30.000.000,- (tiga puluh juta rupiah) apabila perbuatan tersebut menyangkut daun koka atau tanaman ganja;
- b. dipidana dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara selama-lamanya 20 (dua puluh) tahun dan denda setinggi-tingginya Rp.50.000.000,- (lima puluh juta rupiah) apabila perbuatan tersebut menyangkut narkotika lainnya⁹⁾.

Pasal 36 ayat (5):

“Barang siapa melanggar Pasal 23 ayat (5):

- a. dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara selama-lamanya 20 (dua puluh) tahun dan denda setinggi-tingginya Rp.30.000.000,- (tiga puluh juta rupiah) apabila perbuatan tersebut menyangkut daun koka atau tanaman ganja;
- b. dipidana dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara selama-lamanya 20 (dua puluh) tahun dan denda setinggi-tingginya Rp.50.000.000,- (lima puluh

⁹⁾ *Ibid.*, hal.226-227.

juta rupiah) apabila perbuatan tersebut menyangkut narkoba lainnya¹⁰⁾.

Guna memberikan efek preventif yang lebih tinggi terhadap dilakukannya tindak pidana narkoba, dan untuk memberikan keleluasaan kepada penegak hukum dalam menangani perkara tindak pidana tersebut secara efektif, maka ditentukan ancaman hukuman yang diperberat bagi pelaku tindak pidana, terutama dalam hal perbuatan tersebut dilakukan atau ditujukan terhadap anak-anak di bawah umur.

B. Putusan MK tentang Hukuman Mati dalam UU Narkoba

Melalui Putusan Nomor 2-3/PUU-V/2007¹¹⁾, Mahkamah Konstitusi berpendirian bahwa hak hidup tidak bersifat mutlak dan bahwa pemberlakuan hukuman mati dalam UU Narkoba No. 22 Tahun 1997 sepanjang yang menyangkut ancaman pidana mati tidak melanggar UUD 1945. Pendirian Mahkamah Konstitusi didasarkan pada beberapa pendapat yaitu bahwa semua hak yang ada dalam konstitusi 'keberlakuannya dapat dibatasi' termasuk hak hidup.

Selain itu, Mahkamah Konsitusi berpendapat bahwa ditempatkannya Pasal 28 J sebagai pasal penutup memberi tafsir bahwa Pasal 28 A-I yang mendahuluinya. tunduk pada ketentuan pembatasan hak yang dimuat dalam Pasal 28 J Konstitusi Indonesia. Menurut Mahkamah Konstitusi, hak hidup bersifat tidak mutlak juga mendasarkan pada argumen bahwa instrumen internasional memuat pula ketidakmutlakan hak hidup di antaranya Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik yang memuat ketentuan tentang pelaksanaan hukuman mati namun dengan pembatasan-pembatasan tertentu. Dalam hal ini Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa pemberlakuan hukuman mati terhadap kejahatan narkoba tidak menyalahi ketentuan pembatasan dalam Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik mengenai pemberlakuan hukuman mati yang diperuntukkan hanya pada kejahatan yang paling serius (*the most serious crimes*). Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa

¹⁰⁾ *Ibid.*, hal. 227.

¹¹⁾ <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/berita.php?newscode=471>, diakses tanggal 21 November 2009.

frasa 'kejahatan yang paling serius' haruslah dibaca dengan frasa berikutnya : sesuai dengan hukum yang berlaku pada saat kejahatan dilakukan (*in accordance with the law in force at the time of the commission of the crime*).

Dalam hal ini kemudian Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa apakah ketentuan-ketentuan yang memuat kejahatan dengan ancaman pidana mati dalam UU No. 22 Tahun 2007 tentang Narkotika masuk dalam kejahatan yang paling serius haruslah dikaitkan dengan hukum yang berlaku terhadap kejahatan-kejahatan tersebut baik nasional maupun internasional. Mahkamah Konstitusi kemudian menyatakan bahwa di tingkat internasional hukum yang berlaku adalah *UN Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances 1988* (Konvensi Narkotika dan Psikotropika) dimana Indonesia merupakan pihak dari Konvensi tersebut. Konvensi tersebut menyatakan bahwa kejahatan narkotika termasuk dalam kejahatan yang paling serius (*particularly serious*). Dengan mendasarkan pada ketentuan Konvensi itu, Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa kejahatan narkotika yang dinyatakan sebagai kejahatan yang sangat serius (*particularly serious*) dalam Konvensi tersebut dapat 'disetarakan' dengan kejahatan yang paling serius (*the most serious crimes*) menurut ketentuan Pasal 6 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik.

Selain itu, menurut Mahkamah Konstitusi, hak hidup bersifat tidak mutlak dan dapat dibatasi. Hukuman mati tidak melanggar UUD 1945. Ketentuan hukuman mati dalam UU No. 22 Tahun 1997 tentang Narkotika, menurut Mahkamah Konstitusi juga tidak melanggar ketentuan mengenai hak hidup sebagai hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*) dalam Konstitusi Indonesia. Dalam hal ini adalah penting pula untuk mengingat bahwa tafsir Mahkamah Konstitusi atas kejahatan yang paling serius dalam putusan tersebut berbeda dengan tafsir menurut Konvenan dan Komite yang tidak memasukkan kejahatan obat-obatan sebagai kejahatan yang paling serius (*the most serious crimes*).

Dengan demikian, Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa tidak ada kewajiban internasional yang dilanggar oleh Indonesia dengan memberlakukan hukuman mati dalam UU Narkotika.

C. Putusan Hukuman Mati dari Sudut Pandang Hukum Internasional tentang Hak Azasi Manusia (HAM)

Legalitas hukuman mati di Indonesia berasal dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) dan utamanya dari Undang-Undang tentang Narkotika dan Psikotropika Tahun 1997 yang berlaku untuk pelaku kejahatan narkoba. Undang-Undang HAM No. 39 tahun 1999 terhadap Hak Azasi Manusia tidak mengatur tegas tentang penghapusan hukuman mati, kendati semangat instrumen HAM di tingkat internasional adalah penghapusan hukuman mati.

Terdapat beberapa instrumen HAM internasional yang menghapus hukuman mati. Antara lain: (1) *Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, (2) *Protocol to the American Convention on Human Rights to Abolish the Death Penalty*, (3) *Protocol No 6 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1982 (European Convention on Human Rights*, dan (4) *Protocol No 13 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 2002 (European Convention on Human Rights)*.

Selanjutnya untuk memahami teks pada Konvenan Internasional Hak-hak Sipil dan Politik tentang hukuman mati, PBB juga mengeluarkan sebuah panduan berjudul *Jaminan Perlindungan bagi Mereka yang Menghadapi Hukuman Mati (Safeguards Guaranteeing Protection of the Rights of Those Facing the Death Penalty)* melalui Resolusi Dewan Ekonomi Sosial PBB 1984/50, tertanggal 25 Mei 1984. Panduan ini memperjelas pembatasan praktek hukuman mati menurut Kovenan Internasional Hak-hak Sipil dan Politik. Pembatasan praktek hukuman mati tersebut antara lain¹²⁾:

- a. Di negara yg belum menghapuskan hukuman mati, penerapannya hanya bisa berlaku bagi 'kejahatan yang paling serius' yang kategorinya harus sesuai dengan tingkat konsekwensi yang sangat keji.
- b. Hukuman mati hanya boleh berlaku bila kejahatan tersebut tercantum dalam produk hukum tertulis yang tidak bisa bersifat

¹²⁾ *Instrumen Internasional Pokok Hak-Hak Azasi Manusia*, Penyunting : Peter Baehr, Penerjemah, Burhan Tsany dan S, Maimoen, Pengantar : Adnan Buyung Nasution – ed.1, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 1996, hal. 294.

retroaktif (berlaku surut) pada saat kejahatan tersebut dilakukan. Dan jika di dalam produk hukum tersebut tersedia hukuman yang lebih ringan, maka yang terakhir ini yang harus diterapkan.

- c. Hukuman mati tidak boleh diterapkan pada anak yang berusia di bawah 18 tahun pada saat ia melakukan kejahatan tersebut. Hukuman mati tidak boleh diterapkan kepada perempuan yang sedang hamil atau ibu yang baru melahirkan. Hukuman mati tidak boleh dijatuhkan kepada orang yang cacat mental atau gila.
- d. Hukuman mati hanya boleh diterapkan ketika kesalahan si pelaku sudah tidak menyediakan sedikitpun celah yang meragukan dari suatu fakta atau kejadian.
- e. Hukuman mati hanya bisa dijatuhkan sesuai dengan keputusan hukum yang final lewat sebuah persidangan yang kompeten yang menjamin seluruh prinsip *fair trial*, paling tidak sesuai dengan Pasal 14 Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik, termasuk pada setiap kasus yang diancam hukuman mati, seorang terdakwa harus disediakan pembelaan hukum yang memadai.
- f. Seseorang yang dijatuhi hukuman mati berhak untuk mengajukan banding ke pengadilan yang lebih tinggi dan banding tersebut bersifat imperatif/wajib.
- g. Seseorang yang dijatuhi hukuman mati berhak untuk mengajukan pengampunan, atau perubahan hukuman. Hal ini harus mencakup semua jenis kejahatan.
- h. Hukuman mati tidak boleh diberlakukan untuk membatalkan upaya pengajuan pengampunan atau perubahan hukuman.
- i. Ketika eksekusi mati dijalankan, metodenya harus seminimal mungkin menimbulkan penderitaan.

Tak seorang pun boleh diambil nyawanya secara semena-mena. Deklarasi Universal HAM memang bukanlah dokumen hukum yang mengikat. (*legally binding*) Namun demikian, ia merupakan pedoman standar penyelenggaraan hak asasi manusia bagi warga dunia. Akan halnya ICCPR dan SOP adalah dua instrumen hukum yang mengikat bagi para pihak yang telah meratifikasinya (*state parties*). Indonesia

merupakan salah satu negara anggota ICCPR, namun tidak ikut serta dalam protokol opsionalnya, ICCPR memang tidak melarang mengenai kemungkinan adanya penjatuhan hukuman mati, di mana hal ini berbeda dengan protokol opsionalnya. Dikarenakan Indonesia bukanlah negara anggota dari protokol opsional ICCPR, pidana hukuman mati diyakini tidak akan bertentangan dengan kewajiban internasional dalam ICCPR, selama perlakuan terhadap terdakwa hukuman mati dan pengeksekusiannya dilaksanakan berdasarkan standar internasional yang berlaku¹³).

Masalah penafsiran Pasal 28I ayat (1) terhadap Pasal 28J ayat (2) merupakan hal yang sedikit bertolak belakang. Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 berbunyi, *"Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut, adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun"*. Tetapi Pasal 28J ayat (2) menyatakan *"Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis."*

Penulis berpendapat bahwa Pasal 28J ayat (2) merupakan pengecualian bagi pasal 28I ayat (1). Jika hanya sebatas membaca Pasal 28I ayat (1) itu saja, kesan dan pesan pertama yang ditangkap adalah seolah-olah konstitusi kita "melarang hukuman mati", tetapi begitu kita membaca sebagai satu kesatuan Pasal 28I ayat (1) maupun Pasal 28J ayat (2), maka dapatlah ditarik suatu kesimpulan bahwa, hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut, adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun, tetapi

¹³)Perdebatan konstitusionalitas hukuman mati dalam <http://panmohamadfaiz.com/page/9/?s=memiliki>, diakses tanggal 18 November 2009.

pelaksanaan hak tersebut dapat dibatasi dan bahkan dihilangkan pelaksanaannya asalkan:

- a. sesuai dengan undang-undang;
- b. sesuai dengan pertimbangan moral;
- c. sesuai dengan nilai agama;
- d. sesuai dengan keamanan dan ketertiban umum.

Dengan kata lain, “dikecualikannya” jaminan hak yang ada dalam Pasal 28I ayat (1) itu dimungkinkan jika berdasarkan undang-undang, pertimbangan moral, nilai agama, demi keamanan dan ketertiban umum. Lebih penting lagi adalah hukuman mati tetap diperlukan karena tindakan dari pelaku sendiri yang tidak lagi memperhatikan aspek kehidupan yang berperikemanusiaan (Sila kedua dari Pancasila) dan kehidupan yang penuh dengan berkeadilan sosial (Sila kelima dari Pancasila).

Sekiranya hukuman mati tersebut masih layak diberlakukan dan diterima oleh kehendak bersama, maka hukuman tersebut harus dituangkan dalam bentuk hukum tertulis (undang-undang). Hal itu berarti bahwa ketentuan hukuman mati dalam undang-undang di negara Indonesia pada dasarnya telah sesuai dengan teori perjanjian masyarakat ataupun konsitusi. Maka, sangat relevan mengaitkan ketentuan Pasal 28A dan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 dengan Pasal 28J UUD 1945, hal itu berarti bahwa ketentuan hukuman mati dalam undang-undang di negara Indonesia pada dasarnya telah sesuai dengan teori perjanjian masyarakat ataupun konsitusi. Maka, sangat relevan mengaitkan ketentuan Pasal 28A dan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 dengan Pasal 28J UUD 1945. Dalam hal ini, Pasal 28J UUD 1945 menentukan:

1. Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.
2. Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral,

nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

Dengan demikian, ketentuan Pasal 28A dan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 tersebut keberlakuannya dibatasi oleh ketentuan Pasal 28J UUD 1945. Karena itu, untuk melindungi kepentingan hukum nasional yang lebih besar, seharusnya dalam memahami ketentuan pidana atau hukuman mati di Indonesia tidak hanya membaca ketentuan Pasal 28A dan Pasal 28I UUD 1945, tetapi harus pula memperhatikan dan mengaitkannya dengan ketentuan Pasal 28J UUD 1945. Dengan demikian, perdebatan hukuman mati dalam konteks demokrasi hendaknya lebih ditempatkan sebagai komoditas politik hukum.

Mengenai hukuman mati dalam kasus narotika, karena tindak kejahatan narkoba telah diatur sendiri dalam UU No. 5 dan UU No. 22 Tahun 1997 pengenaan hukuman mati bagi pelaku kejahatan narkoba masih dibutuhkan di Indonesia. Paling tidak sebagai *shock therapy*, sebab secara psikologis hukuman mati bertujuan untuk kepentingan prevensi umum, agar orang lain tidak ikut melakukan kejahatan. Kemudian mengenai pendapat bahwa hukuman mati melanggar HAM, penulis menilai perlunya pelurusan pendapat tersebut. Menurut penulis, Penerapan sanksi pidana mati bagi para pelaku yang memproduksi, mengedarkan secara gelap dan sebagainya bukanlah dipandang telah melanggar hak asasi manusia, akan tetapi justru para pelaku tersebut telah melanggar hak asasi manusia, yang memberikan dampak terhadap kehancuran generasi muda di masa yang akan datang. Si pelaku pengedar narkotika telah menghilangkan "hak untuk hidup" warganegara, karena dengan tindakannya mengedarkan narkotika mengakibatkan hilangnya "kehidupan" bagi korbannya dan kematian berada di depan matanya. Si pelaku pengedar narkotika dengan tindakannya telah melakukan penyiksaan yang luar biasa sebagai akibat dari ketergantungan sebagai akibat dari pengaruh narkotika. Si pelaku pengedar narkotika dengan dampak dari ketergantungan dan pengaruh narkotika menghilangkan hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak dan hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum.

Penyalahgunaan penggunaan narkoba yang diatur dalam UU No. 22 Tahun 1997 serta penyalahgunaan penggunaan psikotropika yang diatur dalam UU No.5 Tahun 1997 memang mencantumkan tentang ancaman tertinggi yaitu hukuman mati. Dengan adanya prinsip teritorial maka peraturan tersebut wajib ditaati dan diberlakukan kepada setiap orang yang ada di wilayah yurisdiksi Indonesia. Jadi mau tidak mau WNI atau WNA wajib mentaati peraturan tersebut dan apabila terjadi pelanggaran terhadap peraturan itu, wajib dihukum sesuai dengan apa yang telah disebutkan di dalam aturan tersebut.

Dalam ICCPR sendiri tidak dijelaskan secara detail bahwa penyalahgunaan narkoba merupakan salah satu kejahatan yang serius. Tetapi dalam ICCPR sendiri disebutkan bahwa yang dimaksud pelanggaran yang paling serius dan memungkinkan untuk dijatuhi hukuman mati adalah pelanggaran yang sengaja dilakukan untuk menimbulkan kekerasan yang berpotensi menimbulkan akibat mematikan. Maksud dari Pasal 6 ayat 2 konvensi ICCPR tersebut memang tidak menjelaskan secara detail, sehingga penafsiran dari pelanggaran yang serius itu juga berbeda-beda di tiap negaranya. Dapat dikatakan di Indonesia ini telah mengakui bahwa tindakan penyalahgunaan narkoba itu termasuk kategori pelanggaran yang serius.

Jadi, poin dari Pasal 6 ayat 2 ICCPR yang menyebutkan bahwa "...menimbulkan kekerasan yang berpotensi menimbulkan akibat mematikan..." sesuai dengan akibat dari penyalahgunaan narkoba, sehingga tindak penyalahgunaan narkoba di Indonesia bisa dikategorikan pelanggaran yang serius. Dengan tidak bertentangnya pemberlakuan ancaman hukuman mati terhadap tersangka kasus penyalahgunaan narkoba terhadap hukum internasional (perjanjian/konvensi internasional) maka negara-negara lain tidak berhak untuk menentang atau melarang apa yang diberlakukan oleh Indonesia. Meskipun yang diadili itu adalah warga negara mereka. Misalnya saja Australia, yang beberapa warga negaranya didakwa hukuman mati karena kasus narkoba. Australia tidak dapat memaksa Indonesia untuk melepaskan beberapa warganya yang didakwa mati itu, bahkan memaksa Indonesia untuk meringankan pidana yang diberikan (memberikan hak hidup). Karena itu adalah keputusan dari

pengadilan yang sah di Indonesia dan hasil keputusan tersebut wajib untuk diberlakukan, dan dilaksanakan. Jadi yang bisa dilakukan oleh Negara-negara tersebut (seperti Australia) hanyalah melakukan bantuan-bantuan pada tersangka pada saat persidangan (melakukan banding, kasasi, dsb), atau memohonkan hak untuk hidup terhadap warganya itu kepada Pemerintah Indonesia. Selebihnya negara-negara tersebut tidak bisa melakukan apa-apa, karena merupakan kekuasaan penuh dari Lembaga Yudikatif Indonesia yang berhak menentukan.

BAB IV

PENUTUP

A. Kesimpulan

Putusan Mahkamah Konstitusi tentang Uji Materi terhadap UU No. 22 Tahun 1997 tentang Narkotika, dimana pasal-pasal yang ketentuan pidananya menggunakan ancaman pidana mati adalah terdapat pada Pasal 23 ayat 4 jo. Pasal 36 ayat (4) dan Pasal 25 ayat (5) jo. Pasal 36 ayat (5).

Dalam putusnya Mahkamah Konstitusi mendasarkan pada beberapa pendapat yaitu bahwa semua hak yang ada dalam konstitusi 'keberlakuannya dapat dibatasi' termasuk hak hidup. Ditematkannya Pasal 28 J sebagai pasal penutup memberi tafsir bahwa Pasal 28 A-I yang mendahuluihaya. tunduk pada ketentuan pembatasan hak yang dimuat dalam Pasal 28 J UUD 1945. Terkait dengan Hukum Internasional tentang Hak Azazi Manusia, hak hidup bersifat tidak mutlak juga mendasarkan pada argumen bahwa instrumen internasional memuat pula ketidakmutlakan hak hidup di antaranya Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik yang memuat ketentuan tentang pelaksanaan hukuman mati namun dengan pembatasan-pembatasan tertentu. Dengan demikian, pemberlakuan hukuman mati terhadap kejahatan narkotika tidak menyalahi ketentuan pembatasan dalam Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik mengenai pemberlakuan hukuman mati yang diperuntukkan hanya pada kejahatan yang paling serius (*the most serious crimes*). Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa frasa 'kejahatan yang paling serius' haruslah dibaca dengan frasa berikutnya "sesuai dengan hukum yang berlaku pada saat kejahatan dilakukan (*in accordance with the law in force at the time of the commission of the crime*)".

Dengan mendasarkan pada ketentuan Konvensi bahwa kejahatan narkotika yang dinyatakan sebagai kejahatan yang sangat serius (*particularly serious*) dalam Konvensi tersebut dapat 'disetarakan' dengan kejahatan yang paling serius (*the most serious crimes*) menurut ketentuan Pasal 6 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik. Oleh karena itu, sesuai dengan teori Perjanjian

Masyarakat, maka jika hukuman mati tersebut masih layak diberlakukan dan diterima oleh kehendak bersama, maka hukuman tersebut harus dituangkan dalam bentuk hukum tertulis (undang-undang). Hal itu berarti bahwa ketentuan hukuman mati dalam undang-undang di negara Indonesia pada dasarnya telah sesuai dengan teori perjanjian masyarakat ataupun konsitusi. Maka, sangat relevan mengaitkan ketentuan Pasal 28A dan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 dengan Pasal 28J UUD 1945.

B. Saran

Pengaturan pidana mati dalam UUNarkotika tidak bertentangan dengan kewajiban internasional dalam ICCPR, namun diharapkan perlakuan terhadap terdakwa hukuman mati dan pengeksekusiannya dilaksanakan berdasarkan standar internasional yang berlaku.

DAFTAR PUSTAKA

- Andi Hamzah, *Delik-delik Tersebar di Luar KUHP Dengan Komentar*, Penerbit : Pradya Paramita, 1979.
- Hans Kelsen, *General Theory Of Law and State*, Translated by Anders Wedberg, New York, Russel & Russel, 1973.
- Instrumen Internasional Pokok Hak-Hak Azazi Manusia*, Penyunting: Peter Baehr, Penerjemah, Burhan Tsany dan S, Maimoen, Pengantar: Adnan Buyung Nasution – ed.1, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 1996.
- M. Van Bemmelen, *Hukum Pidana I; Hukum Pidana Material Bagian Umum*, (Bandung: Binacipta, 1987), Edisi Indonesia.
- Sri Setianingsi Suwardi, *Masalah-masalah Hukum Perjanjian Pinjaman Internasional*, Makalah pada Fakultas Pasca Sarjana Bidang Hukum Internasional UNPAJ, 1990.

Peraturan-peraturan:

- Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945.
- Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1997 tentang Narkotika.

Surat Kabar dan Internet:

- Harian Suara Merdeka, Tanggal 31 Oktober 2007.
- Kontras, "Praktik Badan Pekerja Hukuman Mati di Indonesia", diakses dari http://www.kontras.org/hmati/data/Working%20Paper_Hukuman_Mati_di_Indonesia.pdf, diakses tanggal 8 November 2009.
- <http://www.legalitas.org/?q=content/dilema-hukuman-mati>, di akses tanggal 12 November 2009.
- <http://panmohamadfaiz.com/page/9/?s=memiliki>, diakses tanggal 18 November 2009.
- <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/berita.php?newscode=471>, diakses tanggal 21 November 2009.

SEKILAS TENTANG PENULIS

DR. Ronny Sautma Hotma Bako, SH., MH., lahir di Jakarta Maret 1962. Pendidikan Ilmu Hukum dijalankan di Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Sarjana Hukum pada tahun 1987, Magister Ilmu Hukum tahun 1994 dan Doktor Ilmu Hukum pada tahun 2003. Bekerja di P3DI Setjen DPR- RI sejak tahun 1990 dengan pangkat saat ini Pembina Utama Muda (Golongan IV/c) dan saat ini sebagai Peneliti Utama Bidang Hukum dengan konsentrasi Hukum Konstitusi. Aktif sebagai tim ahli pada sejumlah RUU. Juga sebagai staf pengajar di Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan sejak tahun 1996, mengajar mata kuliah Ilmu Perundang-undangan, Hukum Asuransi, Hukum Transportasi dan Metode Penelitian Hukum. Aktif sebagai narasumber masalah hukum Indonesia untuk media massa dan sejumlah kantor hukum dalam dan luar negeri dan sebagai pembicara masalah hukum Indonesia.

Novianto Murti Hantoro, SH., MH., lahir di Semarang 11 November 1971. Pendidikan S1 ilmu hukum diselesaikan di Fakultas Hukum Universitas Diponegoro pada tahun 1995. Magister ilmu hukum diselesaikan di Universitas Indonesia tahun 2002 dengan program kekhususan hukum dan kehidupan kenegaraan. Bekerja di Sekretariat Jenderal DPR RI mulai tahun 1996 sebagai peneliti bidang hukum konstitusi pada Pusat Pengkajian Pengolahan Data dan Informasi (P3DI). Jabatan saat ini adalah Peneliti Madya dengan pangkat/golongan Penata Tingkat I/III/d. Ditugaskan sebagai Tim Pendamping pembahasan beberapa Rancangan Undang-Undang di DPR, terakhir pada Pansus RUU tentang Penyelenggara Pemilihan Umum, RUU tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD, dan RUU tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden, serta menjadi anggota Tim Penyusun Keterangan DPR dalam Perkara Uji Materiil UU Pemilu di Mahkamah Konstitusi.

DR. Inosentius Samsul, SH., MH., lahir di Pembe, Manggarai Timur, NTT, 10 Juli 1965. Pendidikan Sarjana Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada Yogyakarta, lulus tahun 1989. Magister Ilmu Hukum Ekonomi Program Pascasarjana Universitas Tarumanagara, Jakarta pada tahun 1997. Menyelesaikan Doktor Ilmu Hukum Bidang Ekonomi dan Program Pascasarjana

Fakultas Hukum Universitas Indonesia pada tahun 2003. Mulai bekerja sebagai Peneliti Bidang Hukum di Sekretariat Jenderal DPR RI sejak tahun 1990. Selain bekerja di DPR RI, penulis menjadi Staf Pengajar Program Pascasarjana Ilmu Hukum Universitas Indonesia dan beberapa Universitas lainnya seperti Universitas Pancasila, Universitas Kristen Indonesia, Universitas 17 Agustus 1945, Universitas Katolik Atma Jaya, dan Universitas Mahendradatta, Denpasar, Bali untuk mata kuliah Hukum Perlindungan Konsumen, Teori Hukum, Hukum dan Pembangunan, Hukum dan Kebijakan Publik, Ilmu Perundang-undangan, dan *Legislative Drafting*. Menjadi narasumber dalam seminar nasional dan internasional serta training keparlemen untuk Anggota DPRD yang diselenggarakan oleh Badan Pendidikan dan Pelatihan Departemen Dalam Negeri Republik Indonesia. Anggota Asosiasi Ahli Hukum Perlindungan Konsumen Internasional dan *ASEAN University Network*. Kegiatan terakhir mengikuti *Training Legislative Research and Analysis* di Congress Amerika Serikat, Washington, D.C pada tanggal 6-18 Desember 2009.

Sulasi Rongiyati, SH.,MH., lahir di Purwokerto April 1968. Pendidikan S1 ilmu hukum diselesaikan di Fakultas Hukum Universitas Jenderal Soedirman Purwokerto pada tahun 1991 dan Magister Ilmu Hukum Universitas Indonesia dengan program kekhususan hukum ekonomi pada tahun 2004. Bekerja di Sekretariat Jenderal DPR RI sejak tahun 1998 sebagai peneliti bidang hukum ekonomi di Pusat Pengkajian Pengolahan Data dan Informasi (P3DI). Jabatan saat ini adalah Peneliti Muda dengan pangkat Penata Muda Tingkat I Golongan III/d. Bertugas sebagai Pendamping/Ahli dalam pembahasan beberapa Rancangan Undang-Undang di DPR RI, terakhir pada Pansus RUU tentang Paket Perubahan Undang-Undang Perbankan, RUU tentang Perubahan UU di bidang perpajakan (RUU tentang Ketentuan Umum Perpajakan; RUU tentang Perubahan UU tentang Pajak Penghasilan; RUU tentang Perubahan UU Pajak Pertambahan Nilai Barang dan Jasa dan Pajak Penjualan atas Barang Mewah), dan RUU tentang Jaring Pengaman Sistem Keuangan.

Dian Cahyaningrum, S.H. M.H., lahir di Demak, Mei 1973. Pendidikan S1 ilmu hukum diselesaikan di Fakultas Hukum Universitas Diponegoro pada tahun 1996. Magister ilmu hukum diselesaikan di Universitas Indonesia tahun 2004 dengan program kekhususan

Hukum Ekonomi. Bekerja di Sekretariat Jenderal DPR RI mulai tahun 1999 sebagai peneliti bidang hukum ekonomi pada Pusat Pengkajian Pengolahan Data dan Informasi (P3DI). Jabatan saat ini adalah Peneliti Muda dengan pangkat/golongan Penata Tingkat I (Golongan III/d). Ditugaskan sebagai Tim Pendamping pembahasan beberapa Rancangan Undang-Undang di DPR, terakhir pada Pansus RUU tentang Perseroan Terbatas dan Pansus RUU tentang Informasi dan Transaksi Elektronik. Beberapa penelitian yang telah dilakukan di antaranya privatisasi sumber daya air, membangun *good corporate governance* (GCG) pada BUMN, dan pengelolaan investasi di wilayah perbatasan.

Puteri Hikmawati, SH., MH., lahir di Yogyakarta, 19 Mei 1965, Pendidikan S1 ilmu hukum diselesaikan di Fakultas Hukum Universitas Indonesia (UI) pada tahun 1989 dan Magister Ilmu Hukum juga diselesaikan di UI tahun 2000 dengan program kekhususan Hukum Pidana. Bekerja di Sekretariat Jenderal DPR RI mulai tahun 1990 sebagai Peneliti bidang Hukum pada Pusat Pengkajian Pengolahan Data dan Informasi (P3DI). Jabatan saat ini Peneliti Madya bidang spesialisasi Hukum Pidana dengan pangkat/golongan Pembina IV/a. Di samping itu, juga bertugas sebagai Pendamping/Ahli dalam pembahasan Rancangan Undang-Undang di DPR RI, terakhir pada Pansus RUU tentang Perubahan Atas UU No. 31 Tahun 1997 tentang Peradilan Militer, RUU tentang Informasi dan Transaksi Elektronik, RUU tentang Perubahan Kedua UU No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, dan RUU tentang Pengadilan Tindak Pidana Korupsi. Berbagai penelitian yang telah dilakukan, antara lain Penelitian tentang Kriminalisasi Kekuatan Magis, Perluasan Pelaku Perzinaan, Korupsi di Sektor Swasta, Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang, dan *Cyber Crime*.

Novianti, SH., MH., lahir di Solok, Sumatera Barat tahun 1965. Pendidikan S1 di Fakultas Hukum Universitas Bung Hatta Padang lulus tahun 1990, pendidikan S2 di Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara lulus tahun 2000. Diangkat menjadi PNS pada tahun 1996 dan diangkat menjadi peneliti bidang Hukum dengan kepakaran Hukum Internasional pada tahun 1997 dan jenjang fungsional saat ini adalah Peneliti Muda (Golongan III d). Saat ini juga menjadi Staf Pengajar Tidak Tetap di Fakultas Hukum Universitas Syech Yusuf Islam, Tangerang, sejak tahun 1992 dengan mata kuliah Pengantar Hukum Internasional. Juga ditugaskan sebagai Tim Pendamping Komisi/Pansus RUU, antara lain

RUU Kesehatan, RUU Kependudukan, RUU Narkotika, RUU Rumah Sakit. Penelitian yang pernah dilakukan di P3DI Setjen DPR-RI, antara lain Penelitian tentang Pinjaman Luar Negeri dan Penelitian tentang Pengembalian Aset.