

**KARAKTERISTIK HUKUM PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI:
STUDI ATAS PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI YANG
BERDIMENSI HAK ASASI MANUSIA**

TESIS



Oleh :

EKO RIYADI

**Nomor Mhs : 05912167
BKU : HTN/HAN
Program Studi : Ilmu Hukum**

**PROGRAM PASCASARJANA FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA
2012**

**KARAKTERISTIK HUKUM PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI:
STUDI ATAS PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI YANG
BERDIMENSI HAK ASASI MANUSIA**

Oleh :

EKO RIYADI

**Nomor Mhs : 05912167
BKU : HTN/HAN
Program Studi : Ilmu Hukum**

Telah diperiksa dan disetujui oleh Dosen Pembimbing untuk diajukan ke
Dewan Penguji dalam Ujian Tesis

Pembimbing

Dr. Ni'matul Huda, S.H., M.Hum.

Tanggal 9 Mei 2012

Mengetahui
Ketua Program

Dr. Ni'matul Huda, S.H., M.Hum.

Tanggal 9 Mei 2012

**KARAKTERISTIK HUKUM PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI:
STUDI ATAS PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI YANG
BERDIMENSI HAK ASASI MANUSIA**

Oleh :

EKO RIYADI

**Nomor Mhs : 05912167
BKU : HTN/HAN
Program Studi : Ilmu Hukum**

Telah dipertahankan di depan Dewan Penguji
pada tanggal 9 Mei 2012 dan dinyatakan LULUS

Tim Penguji

Ketua

Dr. Ni'matul Huda, S.H., M.Hum.

Tanggal

Anggota

Dr. Suparman Marzuki, S.H., M.Si.

Tanggal

Anggota

Sefriani, S.H., M.Hum.

Tanggal

Mengetahui
Ketua Program

Dr. Ni'matul Huda, S.H., M.Hum.

Tanggal

KATA PENGANTAR

Bismillahirrahmaanirrahiim

Segala puji bagi Allah, Tuhan Semesta Alam yang tiada Tuhan selain Dia. Akhirnya tesis ini bisa dipertanggungjawabkan dan dinyatakan lulus dengan baik.

Tesis ini merupakan perenungan dari beragamnya cara Mahkamah Konstitusi dalam merespon dan memberikan sikap berupa putusan atas permohonan pengujian penerapan pasal tertentu dalam undang-undang yang berdimensi hak asasi manusia. Putusan atas pasal-pasal yang berisi ketentuan yang berdimensi hak asasi manusia seringkali memunculkan polemik berupa pro dan kontra. Walaupun polemik tersebut tidak berpengaruh terhadap legalitas dan sifat putusan yang *final and legally binding*, namun secara akademik tetap saja polemik tersebut layak untuk diikuti dengan kerja ilmiah yang dapat dipertanggungjawabkan. Tesis ini ditulis guna menjawab polemik yang sering muncul tersebut. Tanpa bermaksud mendukung salah satu pihak yang terlibat polemik, tesis ini diharapkan mampu memberi nuansa baru di tengah-tengah polemik yang biasanya terjadi dalam forum perdebatan populer dengan perspektif akademis.

Penyusunan tesis ini dilakukan dalam 'ketergesaan yang menyenangkan'. Disebut ketergesaan karena tesis ini ditulis dibawah 'provokasi konstruktif' dari beberapa pihak sebagai bentuk 'kasih sayang' yang tulus. Atas hal itu, penulis mengucapkan terimakasih kepada para guru yang telah memberikan 'provokasi' tersebut.

Secara khusus, terimakasih kepada Istri tercinta Lina Pitasari, S.Pd. yang telah sabar namun selalu 'rewel' memprovokasi setiap hari agar tesis ini terselesaikan.

Pahlawan kecilku Narakila Scientia Mumtaz, maaf untuk beberapa hari jarang digendong demi ‘mengkebut’ penulisan.

Penghormatan dan ucapan syukur juga dihaturkan kepada Prof. Dr. Edy Suandi Hamid, M. Ec (Rektor Universitas Islam Indonesia) atas tidak bosannya menanyakan status studi penulis; Dr. Rusli Muhammad, S.H., M.H., Dr. Saifuddin, S.H., M.H., Karimatul Ummah, S.H., M.Hum., Bagja Agung Prabowo, S.H., M.Hum., (Pimpinan Fakultas Hukum) atas dukungannya; Dr. Ni’matul Huda, S.H., M.Hum (Pembimbing sekaligus Direktur Program Pascasarjana) atas bimbingan, ketelatenan dan kecermatan yang sangat berarti dan berbekas; Dr. Suparman Marzuki, S.H., M.Si dn Sefriani, S.H., M.Hum. atas kritik dan *support* serta pertanyaannya yang menggugah tatkala ujian; dan seluruh guru-guruku yang terhormat ‘terimakasih atas dibukakannya pintu lautan ilmu yang maha luas tak bertepi’.

Terakhir, segala hormat dan syukur untuk bapak simbok (Darto Sugiyono dan Giyarni), makasih telah menjadi ayah ibu yang kesederhanaannya selalu memberi semangat kekuatan dan menginspirasi langkah maju. Kuyakin telah tersedia ‘istana megah’ di surga untuk engkau berdua.

Semoga karya sederhana ini bermanfaat.

Penulis

Eko Riyadi

DAFTAR ISI

DAFTAR ISI

DAFTAR TABEL

BAB I PENDAHULUAN (1)

- A. Latar Belakang (1)
- B. Rumusan Masalah (9)
- C. Tujuan Penelitian (10)
- D. Manfaat Penelitian (12)
- E. Kerangka Teori dan Tinjauan Pustaka (12)
 - 1. Teori Negara Hukum (14)
 - 2. Teori Tipologi Hukum (17)
 - 3. Teori Hak Asasi Manusia (19)
- F. Definisi Konseptual (30)
- G. Metode Penelitian (31)
- H. Sistematika Penulisan (37)

BAB II NEGARA HUKUM, HAK ASASI MANUSIA DAN MAHKAMAH

KONSTITUSI (39)

- A. Negara Hukum dan Konstitusi (39)
- B. Hukum Hak Asasi Manusia (52)
 - (1) Konsep dan Prinsip Dasar Hak Asasi Manusia (52)
 - (2) Generasi Hak Asasi Manusia (59)
 - (a) Generasi Pertama Hak Asasi Manusia (60)

- (b) Generasi Kedua Hak Asasi Manusia (61)
 - (c) Generasi Ketiga Hak asasi manusia (62)
- (3) Genealogi Aktor dan Pelanggaran Hak Asasi Manusia (63)
 - (a) Aktor dan Pelanggaran Hak Asasi Manusia (63)
 - (b) Problem Konseptual Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat (75)
- (4) Hak Sipil dan Politik, dan Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya (87)
- (5) Hak yang Tidak Dapat Dikurangi (*Non-Derogable Rights*) dan Hak yang Dapat Dikurangi (*Derogable Rights*) (94)
 - (a) Hak yang Tidak Dapat Dikurangi (*Non-Derogable Rights*) (94)
 - (b) Hak yang Dapat Dikurangi (*Derogable Rights*) (96)
- (6) Universalisme (*Universalism*) dan Relatifisme Budaya (*Cultural Relativism*) (99)
 - (a) Universalisme (*Universalism*) (100)
 - (b) Relatifisme Budaya (*Cultural Relativism*) (102)
- (7) Konstitusionalisme Hak Asasi Manusia di Indonesia (111)
 - (a) Sejarah Pengaturan Hak Asasi Manusia Sejak Awal Kemerdekaan (111)
 - (b) Produk Peraturan Perundang-Undangan Indonesia tentang Hak Asasi Manusia (117)
 - (i) Konstitusi (118)
 - (ii) Undang-Undang Produk Legislasi Nasional Murni (120)
 - (iii) Peraturan Perundang-Undangan Hasil Ratifikasi (121)
 - (iv) Produk Kebijakan Pemerintah (123)

- C. Tipe Hukum (124)
 - (1) Hukum Represif (127)
 - (2) Hukum Otonom (131)
 - (3) Hukum Responsif (135)

- D. Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (141)
 - (1) Sejarah Pengaturan Mahkamah Konstitusi di Indonesia (141)
 - (2) Wewenang Mahkamah Konstitusi di Indonesia (144)
 - (a) Menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (144)
 - (b) Memutus Sengketa Kewenangan Lembaga Negara yang Kewenangannya Diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (146)
 - (c) Memutus Pembubaran Partai Politik (148)
 - (d) Memutus Perselisihan tentang Hasil Pemilihan Umum (150)
 - (e) Mahkamah Konstitusi Wajib Memberi Putusan Atas Pendapat Dewan Perwakilan Rakyat Mengenai Dugaan Pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar (150)

- E. Metode Penafsiran Konstitusi (153)
 - (1) Penafsiran Gramatikal (154)
 - (2) Penafsiran Sitematis (154)
 - (3) Penafsiran Historis (155)
 - (4) Penafsiran Teleologis (155)

- (5) Penafsiran Ekstesif dan Restriktif (156)

BAB III KARAKTERISTIK HUKUM PUTUSAN DAN PARADIGMA MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM MENAFSIRKAN UNDANG-UNDANG DASAR YANG BERDIMENSI HAK ASASI MANUSIA (157)

- A. Deskripsi Singkat Putusan (157)
- B. Karakteristik Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Menafsirkan Undang-Undang Dasar yang Berdimensi Hak Asasi Manusia (186)
- (1) Putusan tentang Pemberlakuan Hukum Secara Surut (191)
 - (2) Putusan tentang Calon Perseorangan dalam Pemilihan Kepala Daerah (195)
 - (3) Putusan tentang Hukuman Mati (199)
 - (4) Putusan tentang Undang-Undang Penodaan Agama (203)
 - (5) Putusan tentang Hak Pemilih yang Tidak Terdaftar (210)
 - (6) Putusan tentang Sistem Pendidikan Nasional (213)
 - (7) Putusan tentang Anggaran Pendidikan (217)
 - (8) Putusan tentang Sistem Jaminan Sosial (221)
 - (9) Putusan tentang Sumber Daya Air (225)
 - (10) Putusan tentang Penanaman Modal (228)
- C. Paradigma Mahkamah Konstitusi dalam Menafsirkan Undang-Undang Dasar yang Berdimensi Hak Asasi Manusia (234)
- (1) Putusan Mahkamah Konstitusi di Bidang Hak Sipil dan Politik (246)
 - (a) Putusan tentang Pemberlakuan Hukum Secara Surut (246)
 - (b) Putusan tentang Calon Perseorangan dalam Pemilihan Kepala Daerah (252)

- (c) Putusan tentang Hukuman Mati (257)
- (d) Putusan tentang Undang-Undang Pencegahan Penodaan Agama (267)
- (e) Putusan tentang Hak Pemilih yang Tidak Terdaftar (274)
- (2) Putusan Mahkamah Konstitusi di Bidang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya (275)
 - (a) Putusan tentang Sistem Pendidikan Nasional (275)
 - (b) Putusan tentang Anggaran Pendidikan (280)
 - (c) Putusan tentang Sistem Jaminan Sosial (282)
 - (d) Putusan tentang Sumber Daya Air (286)
 - (e) Putusan tentang Penanaman Modal (291)
- D. Peta Karakteristik Hukum Putusan dan Paradigma Hukum Hak Asasi Manusia Mahkamah Konstitusi (300)
 - (1) Peta Karakteristik Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi yang Berdimensi Hak Asasi Manusia (300)
 - (2) Perspektif Mahkamah Konstitusi tentang Hak yang Tidak Dapat Dikurangi (*Non-Derogable Rights*) dan Hak yang Dapat Dikurangi (*Derogable*) (305)
 - (3) Peta Paradigma Mahkamah Konstitusi dalam Memutus Perkara yang Berdimensi Hak Asasi Manusia (311)
 - (a) Paradigma Mahkamah Konstitusi terhadap Hak Sipil dan Politik (320)
 - (b) Paradigma Mahkamah Konstitusi terhadap Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya (326)

BAB IV KESIMPULAN DAN SARAN (329)

A. Kesimpulan (329)

- (1) Putusan Mahkamah Konstitusi atas Perkara yang Berdimensi Hak Asasi Manusia Cenderung Berkarakter Hukum Otonom (329)
- (2) Mahkamah Konstitusi Cenderung Menggunakan Paradigma Relativisme Budaya (*cultural relativism*) dalam Menafsirkan Pasal-Pasal Hak Asasi Manusia dalam Undang-Undang Dasar (331)
 - (a) Paradigma Mahkamah Konstitusi terhadap Hak Sipil dan Politik (332)
 - (b) Paradigma Mahkamah Konstitusi terhadap Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya (334)

B. Rekomendasi (335)

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Indonesia secara resmi memproklamlirkan diri sebagai negara hukum melalui konstitusinya. Pada Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dinyatakan bahwa "Indonesia adalah negara hukum". Pasal ini memiliki implikasi yang sangat luas dan berat. Implikasi utamanya adalah bahwa seluruh proses penyelenggaraan negara tidak boleh dijalankan kecuali ada dasar hukum yang melandasinya. Kebijakan negara, baik yang berupa peraturan dan/atau kebijakan, tidak boleh dijalankan berdasarkan komitmen politik, ekonomi dan budaya semata, seluruhnya harus dilandasi dengan dasar hukum yang jelas dan dapat dipertanggungjawabkan.

Prinsip negara hukum ini kemudian berimbas pada dibentuknya struktur yang bertugas memastikan bahwa seluruh kebijakan negara berada pada koridor negara hukum, dapat dipertanggungjawabkan secara hukum dan tidak berpotensi dan/atau telah melanggar hukum. Salah satu struktur yang dibentuk untuk memastikan berjalannya prinsip negara hukum adalah Mahkamah Konstitusi. Mahkamah Konstitusi didirikan sebagai lembaga pengawal tegaknya prinsip negara hukum ini. Hal ini juga dinyatakan oleh I Dewa Gede Palguna dengan menyatakan bahwa di Indonesia, Mahkamah Konstitusi didirikan dengan tujuan untuk mewujudkan Indonesia sebagai negara hukum yang demokratis (*demokratische rechtsstaat*) dan sekaligus negara demokrasi yang berdasar atas hukum (*constitutional democracy*).¹

¹ I Dewa Gede Palguna, *Mahkamah Konstitusi, Judicial Review dan Welfare State*, penerbit Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2008, hlm. 8

Hal ini juga sejalan dengan Pasal 28I ayat (5) yang menyatakan bahwa penegakan hak asasi manusia dilakukan dengan prinsip negara hukum yang demokratis.

Mahkamah Konstitusi dianggap sebagai "Fenomena Abad XX" karena Mahkamah Konstitusi baru berdiri pertama kali pada tahun 1920 di Austria. Mahkamah Konstitusi kemudian berkembang dengan sangat cepat seiring dengan tumbangannya rezim-rezim yang berproses menjadi negara-negara demokrasi di wilayah Afrika, Eropa Timur dan Asia.² Mahkamah Konstitusi dibangun sebagai mekanisme untuk menjamin hak-hak fundamental warga negara dan membatasi peran, kekuasaan dan tanggungjawab dari ketiga cabang kekuasaan negara yaitu eksekutif, legislatif dan yudikatif.³ Di Indonesia legitimasi peran dan struktur Mahkamah Konstitusi diatur di dalam konstitusi.

Mahkamah Konstitusi berdiri atas perintah Pasal 24 ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang menyatakan 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. Pasal 24C menyatakan bahwa Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir dan putusannya bersifat final. Mahkamah Konstitusi berwenang (a) untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar; (b) memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945; (c) memutus pembubaran partai politik; dan (d) memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum. Selain keempat wewenang tersebut, Mahkamah Konstitusi berkewajiban memberikan putusan atas

² *Ibid.*, hlm. 3

³ *Ibid.*, hlm. 4

pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar. Amanah Undang-Undang Dasar ini kemudian ditindaklanjuti dengan disahkannya Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Putusan Mahkamah Konstitusi memiliki dua dimensi yang sangat penting, yaitu dimensi *final* dan *legally binding*, serta dimensi luasnya implikasi putusan. Dimensi *final* dan *legally binding* bermakna bahwa putusan Mahkamah Konstitusi bersifat terakhir dan tidak ada upaya hukum setelahnya serta putusan tersebut serta merta langsung berlaku sesaat setelah putusan dibacakan. Sedangkan dimensi luasnya implikasi putusan bermakna bahwa putusan Mahkamah Konstitusi akan berlaku bagi seluruh masyarakat dan tidak hanya bagi para pihak yang berperkara di Mahkamah Konstitusi. Hal ini berbeda dengan peradilan yang lain di mana putusannya hanya mengikat pada para pihak yang berperkara.

Salah satu putusan yang implikasinya paling luas adalah putusan yang berdimensi hak asasi manusia. Sesuai dengan prinsip universalitas hak asasi manusia, maka putusan Mahkamah Konstitusi yang berdimensi hak asasi manusia akan berlaku bagi seluruh manusia, tidak hanya warga negara Indonesia tetapi juga warga negara asing yang ada di Indonesia. Beberapa contoh untuk membuktikan statemen di atas adalah sebagai berikut:

Pertama, Putusan Mahkamah Konstitusi yang mengabulkan permohonan calon independen dalam rangka pemilihan kepala daerah yang diajukan oleh Lalu Ranggalawe. Putusan Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa setiap orang berhak menjadi kepala daerah tanpa harus diusung oleh partai politik dan/atau gabungan

partai politik. Putusan ini tidak hanya mengikat bagi Lalu Ranggalawe sebagai pemohon, tetapi juga berlaku bagi seluruh warga negara Indonesia.⁴

Kedua, Putusan Mahkamah Konstitusi tentang hukuman mati. Permohonan *judicial review* atas hukuman mati diajukan oleh 4 (empat) orang yaitu Edith Yunita Sianturi dan Rani Andriani (Melisa Aprilia) keduanya berkewarganegaraan Indonesia, serta Myuran Sukumaran dan Andrew Chan yang keduanya berkewarganegaraan Australia. Setelah memeriksa permohonan para pemohon, Mahkamah Konstitusi memutuskan bahwa hukuman mati tidak bertentangan dengan Konstitusi, sehingga pasal-pasal yang mengatur hukuman mati sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1997 tentang Narkotika dinyatakan tetap berlaku. Putusan ini berlaku tidak hanya bagi empat orang yang mengajukan permohonan tersebut, namun juga berlaku bagi seluruh rakyat Indonesia bahkan warga negara asing.⁵

Ketiga, putusan tentang pemberlakuan hukum secara surut. Permohonan *judicial review* atas penyimpangan terhadap *non-retroactivity principle* ini diajukan oleh Abilio Jose Sorio Soares. Pemohon mengajukan dalil bahwa penggunaan Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM secara surut bertentangan dengan Pasal 28I Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Mahkamah Konstitusi dengan beberapa pertimbangan memutuskan bahwa pemberlakuan hukum secara surut tersebut tidak bertentangan dengan konstitusi. Akibat dari putusan ini adalah bahwa Undang-Undang tentang Pengadilan HAM tetap dapat digunakan untuk mengadili kasus-kasus yang terjadi

⁴ Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 5/PUU-V/2007

⁵ Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 2-3/PUU-V/2007

sebelum tahun 2000 dan berlaku bagi siapa saja yang diduga melakukan pelanggaran berat hak asasi manusia dan bukan hanya berlaku bagi Abilio Jose Sorio Soares.⁶

Ketiga kasus di atas merupakan sebagian contoh dari putusan Mahkamah Konstitusi yang berdimensi hak sipil dan politik. Kasus-kasus yang berdimensi hak ekonomi, sosial dan budaya juga banyak telah diputus oleh Mahkamah Konstitusi, beberapa diantaranya adalah sebagai berikut.

Pertama, putusan tentang sistem jaminan sosial. Permohonan *judicial review* atas kasus ini diajukan oleh dua orang yaitu Drs. H. Fathorrasjid, M.Si., Saleh Mukaddar, S.H., Edy Heriyanto, S.H., dan Dra. Nurhayati Aminullah, MHP., HIA. Para pemohon mengajukan peninjauan kembali atas pemberlakuan Undang-undang Republik Indonesia Nomor 40 Tahun 2004 Pasal 5 ayat (1), ayat (3), dan ayat (4) dan Pasal 52 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Pada kasus ini para pemohon mendalilkan bahwa kewenangan pemerintah pusat dalam mengatur sistem jaminan sosial telah menyebabkan hak-hak warga negara khususnya dalam pelayanan sosial menjadi tidak terpenuhi. Setelah melalui proses persidangan, Mahkamah Konstitusi memutuskan untuk mengabulkan permohonan para pemohon untuk sebagian, yaitu menyatakan bahwa Pasal 5 ayat (2), (3), dan (4) Undang-undang Republik Indonesia Nomor 40 Tahun 2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional bertentangan dengan konstitusi dan dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat.⁷ Putusan ini berlaku tidak hanya bagi para pemohon yang mewakili Dewan Perwakilan Rakyat Provinsi Jawa Timur, tetapi juga berlaku bagi daerah lain. Artinya, dewan

⁶ Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 065/PUU-II/2004

⁷ Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 007/PUU-III/2005

perwakilan rakyat di daerah lain di Indonesia kemudian memiliki kewenangan untuk membuat regulasi dalam rangka memberikan pelayanan sosial bagi warganya.

Kedua, putusan tentang sumber daya air. Para pemohon mengajukan pengujian pemberlakuan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air.⁸ Permohonan ini diajukan oleh Munarman, S.H. sebagai Ketua Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia (YLBHI), Longgena Ginting sebagai Ketua Wahana Lingkungan Hidup Indonesia (WALHI) dan Zumrotun seorang petani di Pati, Jawa Tengah yang mewakili 868 orang petani. Para pemohon pada pokoknya mendalilkan bahwa Undang-Undang tentang Sumber Daya Air yang memberikan kemungkinan privatisasi sumber daya air adalah bertentangan dengan konstitusi. Air adalah sarana utama bagi terpenuhinya hak untuk hidup layak, jika air sudah diprivatisasi maka hak tersebut tidak akan terpenuhi. Oleh karenanya, Undang-Undang tentang Sumber Daya Air khususnya yang berkaitan dengan privatisasi sumber daya air harus dinyatakan bertentangan dengan konstitusi dan dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat. Setelah memeriksa kasus ini, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa Undang-Undang tentang Sumber Daya Air tidak bertentangan dengan konstitusi dengan dua orang hakim menyatakan *disenting opinion*. Oleh karena itu, undang-undang ini tetap berlaku dan privatisasi sumber daya air tetap dapat dilakukan dan implikasinya adalah para petani menjadi kesulitan mendapatkan akses terhadap air.

Putusan di atas merupakan beberapa contoh dari sekian banyak putusan yang telah diambil oleh Mahkamah Konstitusi yang berkaitan dengan hak asasi manusia. Beberapa putusan ini menjadi menarik untuk dikaji karena dalam beberapa hal

⁸ Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Perkara Nomor 008/PUU-III/2005

memiliki perbedaan yang cukup penting dengan prinsip hukum hak asasi manusia internasional. Perbedaan ini antara lain berkaitan dengan perspektif Mahkamah Konstitusi dalam memahami hak yang dapat dikurangi (*derogable*) dan hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*). Mahkamah Konstitusi menyimpangi berbagai ketentuan di dalam instrumen internasional hak asasi manusia dengan memberikan penafsiran yang berbeda terhadap penerapan Pasal 28J ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 tentang pembatasan hak asasi manusia. Perspektif umum mengatakan bahwa pembatasan yang dilakukan di dalam Pasal 29 ayat (2) Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM), Pasal 28J ayat (2) UUDRI, Pasal 12 ayat (3) dan Pasal 21 serta Pasal 22 ayat (2) Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik hanya dapat dilakukan terhadap hak-hak yang masuk kategori hak yang dapat dikurangi (*derogable rights*) dan tidak berlaku bagi hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*). Putusan Mahkamah Konstitusi juga memunculkan pertanyaan berkaitan dengan paradigma hukum hak asasi manusia yang coba dikembangkan. Sangat sulit melihat apakah Mahkamah Konstitusi mengembangkan paradigma universalisme (*universalism*) atau relativisme budaya (*cultural relativism*) dalam putusannya. Pemilihan atas kedua paradigma ini menjadi penting untuk melihat kecenderungan pengembangan hukum hak asasi manusia dalam tataran praktis dan juga untuk menjadi acuan dalam rangka hubungan internasional yang akan dilakukan oleh pemerintah Indonesia khususnya yang berkaitan dengan isu-isu hak asasi manusia.

Putusan Mahkamah Konstitusi juga menarik untuk dikaji dari perspektif tipe atau karakteristik hukum yang dikembangkan. Sejauh ini banyak pihak dan ahli yang mengatakan bahwa Mahkamah Konstitusi sering memunculkan putusan yang bersifat

progresif karena selalu didasarkan pada kepentingan dan hak-hak rakyat. Apakah benar asumsi yang demikian? Berdasarkan bacaan singkat penulis, berikut kecenderungan tipe hukum dan paradigma hukum hak asasi manusia yang dikembangkan dalam beberapa putusan:

**Tabel 1:
Peta Kecenderungan Karakteristik dan Paradigma Putusan**

Nomor Putusan	Subtansi Putusan	Tipe Putusan	Paradigma Putusan
Nomor 5/PUU-V/2007	Calon Independen dalam PILKADA	Responsif	Universalisme
Nomor 2-3/PUU-V/2007	Hukuman Mati	Otonom	Relatifisme Budaya
Nomor 065/PUU-II/2004	Penyimpangan Asas Non-Retroaktif	Otonom	Relatifisme Budaya
Nomor 007/PUU-III/2005	Jaminan Sosial	Responsif	Universalisme
Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Nomor 008/PUU-III/2005	Sumber Daya Air	Otonom	Relatifisme Budaya

Sumber: Diolah Sendiri oleh Penulis

Beberapa kasus di atas menjadi cerminan besar tentang bagaimana perspektif Mahkamah Konstitusi dalam memutus perkara yang berdimensi hak asasi manusia. Kecenderungan tipe dan paradigma dalam pembacaan singkat di atas akan diuji di dalam penelitian ini untuk menemukan jawaban berdasarkan kerangka kerja akademik ilmiah. Secara praktis, Mahkamah Konstitusi telah menjadi institusi yang

tidak saja memberikan penafsiran terhadap konstitusi, tetapi juga memberikan pilihan hukum yang harus diterapkan. Di dalam kerangka ini, sesungguhnya Mahkamah Konstitusi telah mengembangkan model kaum realis yang banyak dipraktikkan di negara-negara penganut sistem *common law* seperti Amerika Serikat dan Inggris. Mahkamah Konstitusi telah menerapkan prinsip *judge made law* yaitu sekalipun pada awalnya hanya untuk memutus perkara hukum yang dimohonkan kepadanya, akan tetapi karena doktrin *stare decisis* berikut asas *precedence*-nya, maka putusan Mahkamah Konstitusi juga akan berlaku secara *in abstracto* kepada seluruh rakyat Indonesia.⁹ Prinsip ini dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi dengan menyatakan bahwa sebuah pasal tidak memiliki kekuatan hukum mengikat, dan/atau memerintahkan lembaga legislatif untuk membuat hukum yang baru yang mengakomodasi putusan Mahkamah Konstitusi.

Putusan Mahkamah Konstitusi seringkali menjadi kontroversi bagi masyarakat. Sebagian putusan dianggap sangat progresif/responsif dan mengakomodasi prinsip-prinsip hak asasi manusia dengan cukup baik, namun di sisi lain juga terdapat putusan yang dianggap konservatif dan bertentangan dengan prinsip-prinsip hak asasi manusia. Penelitian ini dilakukan untuk mengkaji karakteristik hukum dan paradigma hukum hak asasi manusia Mahkamah Konstitusi dalam menafsirkan konstitusi.

B. Rumusan Masalah

1. Bagaimana karakteristik hukum putusan Mahkamah Konstitusi dalam menafsirkan Undang-Undang Dasar yang berdimensi hak asasi manusia?

⁹ Lihat penjelasan dari Soetandyo Wignyosoebroto, 'Ragam-Ragam Penelitian Hukum' dalam Sulistyowati Irianto dan Sidharta (ed), *Metode Penelitian Hukum, Konstelasi dan Refleksi*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 2009, hlm. 129

2. Bagaimana paradigma hukum hak asasi manusia Mahkamah Konstitusi dalam menafsirkan pasal-pasal hak asasi manusia dalam Undang-Undang Dasar oleh Hakim Mahkamah Konstitusi?

C. Tujuan Penelitian

Penelitian ini memiliki standing poin yang cukup penting yaitu memposisikan putusan Mahkamah Konstitusi sebagai hukum. Pada posisi ini, maka putusan Mahkamah Konstitusi tidak saja berlaku sebagai putusan yang mengikat para pihak, namun juga sebagai sumber hukum bahkan sebagai hukumnya sendiri. Pada kerangka inilah penelitian ini dilakukan dengan tujuan dua hal antara lain:

1. Mengetahui karakteristik hukum putusan Mahkamah Konstitusi dalam menafsirkan Undang-Undang Dasar yang berdimensi hak asasi manusia. Pemahaman yang baik tentang karakteristik putusan Mahkamah Konstitusi ini diharapkan mampu mengidentifikasi mana putusan yang selayaknya didukung, baik secara akademik maupun secara implementatif, dan mana putusan yang sebaiknya dieksaminasi sebagai bentuk akuntabilitas publik. Penelaahan yang obyektif berdasarkan kerangka teori yang memadai diharapkan bisa digunakan untuk membaca putusan Mahkamah Konstitusi, tidak saja dari aspek normatif-yuridisnya, tetapi juga dari perspektif teoritis-filosofisnya.
2. Untuk mengetahui bagaimana paradigma hukum hak asasi manusia Mahkamah Konstitusi dalam menafsirkan pasal-pasal hak asasi manusia dalam Undang-Undang Dasar. Paradigma hukum hak asasi manusia Mahkamah Konstitusi ini wajib diketahui, karena putusan Mahkamah

Konstitusi tentang perkara-perkara yang berdimensi hak asasi manusia memiliki implikasi yang sangat luas. Di antara sekian banyak putusan Mahkamah Konstitusi, putusan yang berdimensi hak asasi manusia yang memiliki implikasi bagi seluruh orang yang berada di Indonesia, tidak saja Warga Negara Indonesia tetapi juga "manusia" berkewarganegaraan manapun yang ada dan/atau sedang berurusan di, dalam dan/atau dengan negara Indonesia.¹⁰

Dua tujuan di atas merupakan tujuan fungsional dari penelitian ini, namun penelitian ini dalam jangka panjang diharapkan mampu mencapai tujuan yang lebih jauh yaitu (1) merumuskan indikator mengenai karakteristik hukum putusan Mahkamah Konstitusi. Indikator ini diharapkan membantu masyarakat untuk memahami putusan Mahkamah Konstitusi dengan lebih mudah. Indikator ini disusun berdasarkan kerangka teori memadai yang digunakan untuk menganalisis putusan Mahkamah Konstitusi. Jika indikator ini telah dirumuskan, maka kerja-kerja eksaminasi putusan Mahkamah Konstitusi akan lebih mudah dan memiliki pola yang dapat dipertanggungjawabkan. Rekonstruksi pola atau model ekasminasi inilah yang menjadi tujuan akhir dari proses penelitian ini. (2) Konstruksi mengenai paradigma hukum hak asasi manusia yang sesuai dan tepat diterapkan di Indonesia.

¹⁰ Contohnya adalah Putusan Mahkamah Konstitusi yang menyatakan bahwa hukuman mati tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar, maka hukuman mati akan berlaku bagi siapa saja yang dijatuhi pidana mati oleh pengadilan yang sah, termasuk warga negara asing yang dijatuhi hukuman mati di Indonesia. Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 2-3/PUU-V/2007

D. Manfaat Penelitian

Penelitian ini diharapkan mampu memberikan kontribusi dan memiliki kemanfaatan yang cukup luas. Beberapa manfaat yang akan dicapai dari penelitian ini antara lain:

1. Secara teoretik penelitian ini sangat bermanfaat untuk mengungkap tipe putusan Mahkamah Konstitusi. Pengungkapan tipe ini dapat diikuti dengan untuk melakukan otokritik sekaligus mengembangkan pola penafsiran konstitusi. Pada kerangka yang lebih jauh, penelitian ini diharapkan akan mampu membuat konstruksi yang mapan mengenai (1) karakteristik hukum seperti apa yang dikembangkan oleh Mahkamah Konstitusi melalui putusannya; (2) merumuskan kaitan (saling dan silang pengaruh) antara hak asasi manusia dan teori hukum dalam bentuk rumusan teori ilmu hukum; (3) terumusnya pola atau kerangka eksaminasi putusan Mahkamah Konstitusi yang dapat dipertanggungjawabkan; dan (4) rumusan mengenai konstruksi paradigma hukum hak asasi manusia yang sesuai dan tepat diterapkan di Indonesia.
2. Secara praktis, penelitian ini diharapkan mampu memunculkan rekomendasi tentang perbaikan baik dalam konteks perumusan kebijakan maupun dalam konteks perencanaan amandemen Undang-Undang Dasar.

E. Kerangka Teori dan Tinjauan Pustaka

Penelitian ini akan menggunakan tiga teori sebagai bahan untuk melakukan analisis. Teori *pertama* yaitu teori negara hukum. Teori ini digunakan sebagai teori

payung atau teori utama (*grand theory*) untuk menjelaskan konsep bernegara bangsa Indonesia. Teori ini berguna untuk menegaskan bahwa seluruh kegiatan bernegara harus selalu didasarkan pada hukum dan bukan didasarkan pada kekuasaan. Tidak ada satupun perilaku apatur negara, baik eksekutif, legislatif, dan yudikatif yang boleh dilakukan kecuali ada dasar hukum yang melandasinya. Prinsip negara hukum juga dibutuhkan untuk mengawali diskusi tentang Mahkamah Konstitusi. Statemen tersebut muncul karena Mahkamah Konstitusi memiliki kewajiban utama untuk mengawal, menerapkan, menemukan bahkan membuat putusan agar prinsip negara hukum diterapkan dengan baik.

Teori negara hukum juga dibutuhkan untuk melandasi analisis terhadap putusan yang berdimensi hak asasi manusia. Di antara sekian banyak teori tentang negara hukum, sebagian besar mengatakan bahwa unsur utama dari prinsip negara hukum adalah perlindungan terhadap hak asasi manusia.

Teori *kedua* yaitu teori tentang tipologi hukum yang disusun oleh Philippe Nonet dan Philip Selznick. Pemilihan sikap untuk menggunakan teori ini adalah karena unsur atau prinsip-prinsip dasar yang digunakan oleh Nonet dan Selznick dalam membangun teori tentang tipologi hukum adalah tentang independensi dan/atau justru dependensi hukum dari pengaruh kekuasaan negara serta kepada siapa hukum berpihak. Apakah hukum berpihak kepada pemerintah sebagai aktor negara? Atau bersifat otonom tanpa keberpihakan yang begitu nyata atau justru berpihak kepada masyarakat? Teori ini penting dan sangat erat kaitannya dengan pemilihan obyek penelitian yaitu putusan yang berdimensi hak asasi manusia. Kaitannya adalah bahwa hukum hak asasi manusia merupakan hukum yang sangat tegas membedakan antara aktor negara sebagai pemangku kewajiban (*duty bearer*)

dan aktor manusia baik secara individu maupun kelompok sebagai pemangku hak (*rights holder*). Hukum hak asasi manusia juga dapat digunakan untuk memahami relasi yang ideal atau justru untuk menelisik jika terjadi relasi yang tidak ideal antara individu warga negara atau masyarakat dan negara.

Teori yang *ketiga* adalah teori hukum hak asasi manusia. Teori ini dapat dikatakan sebagai teori terapan (*applied theory*), karena secara praktis, teori inilah yang akan paling banyak berguna untuk menganalisis putusan Mahkamah Konstitusi yang menjadi obyek penelitian ini. Pemilihan teori hukum hak asasi manusia sebagai alat analisis serta pemilihan putusan Mahkamah Konstitusi yang berdimensi hak asasi manusia sebagai obyek penelitian didasarkan pada realitas bahwa salah satu putusan yang berimplikasi, baik langsung maupun tidak langsung, secara luas adalah putusan yang berdimensi hak asasi manusia.

Penjelasan singkat atas ketiga teori di atas akan dilakukan dengan menunjukkan beberapa rujukan standar yang berisi penjelasan ketiga teori tersebut. Penjelasan lebih detail dan luas tentang tiga teori tersebut akan dilakukan pada Bab II dan Bab III penelitian ini. Adapun penjelasan singkat beserta rujukan atas ketiga teori tersebut adalah sebagai berikut:

1. Teori Negara Hukum

Konsepsi negara hukum sesungguhnya merupakan konsep yang sangat tua. Konsep tersebut telah muncul sejak zaman Yunani kuno. Henry J. Schmandt menyatakan bahwa cita negara hukum pertama kali dikemukakan oleh Plato. Plato lahir di Athena pada tahun 429 SM dan meninggal dunia pada tahun 347 SM. Tiga buku besar karya Plato yang paling terkemuka adalah

Politeia (The Republica), *Politicos* (The Stateman); dan *Nomoi* (The Law).¹¹

Gagasan Plato kemudian didukung dan dikembangkan oleh Aristoteles. Ketika itu Aristoteles memberikan gambaran tentang negara hukum dengan mengaitkan dengan negara zaman Yunani kuno yang masih terikat kepada “polis”. Konsep negara hukum berkembang ke dalam dua kelompok yaitu konsep “*rechtsstaat*” dan “*the rule of the law*”.¹²

Konsep “*rechtsstaat*” lahir dari suatu perjuangan untuk melawan dominasi kerajaan yang absolut sehingga lebih bersifat revolusioner, sebaliknya konsep “*the rule of the law*” berkembang di Inggris secara evolusioner.¹³ Dari sekian banyak teori tentang negara hukum, berikut ini beberapa unsur yang harus dipenuhi jika sebuah negara ingin menyebut negaranya sebagai negara hukum.

1. Perlindungan hak asasi manusia.
2. Pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak-hak itu.
3. Pemerintahan berdasarkan peraturan perundang-undangan dan;
4. Peradilan administrasi dalam perselisihan.¹⁴

Tulisan terbaru yang membahas tentang prinsip negara hukum adalah naskah jurnal berjudul *An Elementary Approach to the Rule of Law* yang ditulis oleh Andriaan Bedner, seorang *associate professor* di Universitas Leiden,

¹¹ Lihat, Henry J. Schmandt, ‘A History of Political Philosophy’, The Bruce Publishing Company USA, 1960. Buku ini diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia oleh Ahmad Baidlowi dan Imam Baehaqi berjudul *Filsafat Politik: Kajian Historis dari Zaman Yunani Kuno sampai Zaman Modern*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta 2002, hlm. 51

¹² Philipus M. Hadjon, *Ide Negara Hukum dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, makalah dalam simposium tentang Politik, Hak Asasi Manusia dan Pembangunan dalam Rangka Dies Natalis XI/Lustrum VIII Universitas Airlangga-Surabaya, 3 November 1994.

¹³ *Ibid.*, hlm. 76

¹⁴ Miriam Budiardjo dikutip dari Ridwan, *Hukum Administrasi Negara*, cetakan pertama, UII Press, Yogyakarta, 2002, hlm. 3-4

Belanda.¹⁵ Bedner menyatakan dengan cukup tegas bahwa apapun nama dan istilah yang digunakan untuk mendefinisikan prinsip negara hukum, seperti *the rule of law*, *rule of the law*, *rule by law*, *rechtsstaat* dan lain-lain, yang justru paling penting dari konsep ini adalah elemen dari prinsip tersebut. Sebelum menyusun naskah ini, Bedner telah melakukan penelitian terhadap seluruh konsep negara hukum yang ditulis oleh para ahli hukum. Penelitian tersebut dilakukan secara seksama dan kesimpulannya adalah konsep negara hukum terdiri dari tiga elemen yaitu elemen prosedural (*procedural elements*), elemen substantif (*substantive elements*), dan elemen mekanisme kontrol (*controlling mechanisme/guardian institution*). Masing-masing elemen memiliki indikator seperti di bawah ini:¹⁶

1. Elemen prosedural (*procedural elements*)
 - a. Rule by law
 - b. State actions are subject to law
 - c. Formal legality (law must be clear and certain in its content, accessible and predictable for the subject, and general in its application)
 - d. Democracy (consent determines or influences the content of the law and legal actions)
2. Elemen substantif (*substantive elements*)
 - a. Subordination of all law and its interpretations to fundamental principles of justice
 - b. Protection of individual rights and liberties
 - c. Furtherance of social human rights
 - d. Protection of group rights
3. Elemen mekanisme kontrol (*controlling mechanisme / guardian institution*)
 - a. An independent judiciary (sometimes broadened to trias politica)
 - b. Other institutions charged with safeguarding elements of the rule of law

¹⁵ Andriaan Bedner, *An Elementary Approach to the Rule of Law*, Hague Journal on the Rule of Law, 2 : 48-74, 2010, © 2010 T.M.C.ASSER PRESS and Contributors
doi:10.1017/S1876404510100037

¹⁶ *Ibid.*

2. Teori Tipologi Hukum dari Philippe Nonet dan Philip Selznick

Teori ini dikembangkan oleh Philippe Nonet dan Philip Selznick.¹⁷ Nonet dan Selznick mengintroduksi bahwa hukum dapat dibagi menjadi tiga tipe yaitu hukum represif, hukum otonom dan hukum responsif. Penelitian yang dilakukan oleh Nonet dan Selznick ini sesungguhnya bersifat sosiologis, karena mereka mencoba mengkaji tipe hukum dalam kaitannya antara masyarakat dan negara serta bagaimana persepsi masyarakat terhadap hukum. Sekedar sebagai pengantar, penjelasan singkat akan ketiga tipe hukum tersebut adalah sebagai berikut. (a) Hukum represif adalah hukum yang mengabdikan pada kekuasaan negara. Hukum diposisikan sebagai alat kekuasaan untuk memerintah rakyat. Institusi hukum adalah pembantu penguasa yang harus tunduk pada keinginan penguasa. (b) Hukum otonom memosisikan hukum sebagai sesuatu yang netral dan tidak memihak, baik kepada penguasa maupun kepada rakyat. Hukum dianggap sebagai sesuatu yang netral, independen dan legitimasi kebenaran selalu didasarkan pada prosedur yang sah. Sedangkan (c) hukum responsif merupakan sintesa dari dua tipe sebelumnya. Hukum dianggap sebagai media untuk mengontrol kekuasaan dan di sisi lain sebagai media untuk memperjuangkan kepentingan rakyat. Kecenderungan hukum responsif adalah berpihak kepada rakyat namun demikian hukum responsif mengajak untuk mengintegrasikan dua kepentingan yaitu kepentingan hukum yang berpihak kepada rakyat dan kepentingan politik penguasa. Hukum menjadi media yang adaptif namun selektif terhadap hal-hal dari luar dirinya. Hukum mengembangkan mekanisme penyerapan aspirasi yang bertanggungjawab atas

¹⁷ Philippe Nonet dan Philip Selznick berjudul *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law* diterjemahkan oleh Raisul Muttaqien dengan judul *Hukum Responsif*, Penerbit Nusa Media, cetakan ke-2, Yogyakarta, 2008.

hal yang datang dari luar dirinya. Penjelasan lengkap tentang ketiga tipe hukum tersebut akan dilakukan pada Bab III penelitian ini.

Teori lain yang akan digunakan untuk memperkaya analisis adalah teori tentang hukum progresif yang dikembangkan oleh Satjipto Raharjo.¹⁸ Penggunaan teori hukum progresif ini didasari oleh asumsi bahwa antara hukum progresif karya Satjipto Raharjo dengan tipe hukum responsif dari Nonet dan Selznick memiliki kemiripan makna. Bahkan secara tegas Satjipto mengatakan bahwa hukum progresif memiliki tipe responsif.¹⁹ Kemiripan antara teori hukum progresif dan tipe hukum responsif terletak pada bagaimana hukum harus diposisikan sebagai alat untuk memenuhi kebutuhan masyarakat di bidang hukum. Sifat responsif dapat diartikan sebagai melayani kebutuhan dan kepentingan sosial yang dialami dan ditemukan, tidak oleh pejabat melainkan oleh rakyat. Pada poin ini sifat hukum responsif hampir sama dengan karakter dasar hukum progresif yaitu hukum dilihat sebagai institusi yang mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan bahagia.²⁰

Secara umum, hukum progresif memiliki 4 (empat) kriteria antara lain (a) mempunyai tujuan besar berupa kesejahteraan dan kebahagiaan manusia; (b) memuat kandungan moral kemanusiaan yang sangat kuat; (c) hukum prgresif adalah hukum yang membebaskan meliputi dimensi yang amat luas tidak hanya bergerak di ranah praktik melainkan juga teori; (d) bersifat kritis dan

¹⁸ Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif, Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Penerbit Genta Publishing, Yogyakarta, 2009.

¹⁹ *Ibid.*, hlm. 6

²⁰ *Ibid.*, hlm. 2

fungsional, hukum progresif akan selalu melihat kekurangan yang ada pada dirinya dan mencari jalan untuk memperbaikinya.²¹

3. Teori Hak Asasi Manusia

Hak asasi manusia saat ini menjadi bahasa pergaulan internasional. Hak asasi manusia juga mendobrak rezim hukum, baik hukum nasional maupun hukum internasional. Misalnya, pada awalnya rezim hukum internasional hanya mengakui negara sebagai subyek hukum, namun dengan munculnya berbagai instrumen internasional hak asasi manusia, maka saat ini individu dan/atau kelompok manusia dapat menjadi subyek hukum internasional. Pada konteks hukum nasional misalnya, setiap orang—dalam hal ini warga negara—saat ini dapat mengajukan klaim akan pemenuhan hak-hak dasar mereka kepada negara. Klaim inilah yang membedakan hak asasi manusia dengan hak yang lain yang bukan hak asasi manusia. Pada kasus ini, prinsip-prinsip hak asasi manusia telah mempengaruhi secara signifikan dalam perancangan hingga implementasi undang-undang partai politik, undang-undang pemilihan umum, undang-undang susunan dan kedudukan dewan perwakilan rakyat dan lain sebagainya.

Pada konteks nasional pula, saat ini hak asasi manusia telah merubah atau memberi warna berbeda pada berbagai peraturan perundang-undangan. Misalnya adalah akses yang semakin luas bagi setiap orang untuk turut serta dalam pemerintahan, dan/atau memilih dan dipilih dalam perhelatan pemilihan umum. Pada saat yang sama saat ini setiap orang Indonesia dapat mengklaim pemenuhan hak dasar mereka berupa akses atas fasilitas pendidikan dan

²¹ *Ibid.*, hlm. viii

kesehatan. Pada kasus ini, undang-undang sistem pendidikan nasional dan undang-undang kesehatan dapat menjadi permisalannya. Hukum hak asasi manusia saat ini telah melembaga, baik secara substansi, struktur maupun budaya.²² Berbagai peraturan perundang-undangan nasional tentang hak asasi manusia telah disahkan, lembaga yang menerapkan serta menerima komplain atas dugaan pelanggaran hak asasi manusia juga telah tersedia, serta kesadaran masyarakat untuk mendorong serta menggugat jika haknya dilanggar juga cukup tinggi. Demosntrasi dalam rangka menuntut hak-hak dasar masyarakat juga sering digelar.

Pembahasan tentang hak asasi manusia sangatlah luas. Hukum hak asasi manusia telah menjadi 'rezim' tersendiri dalam peta pembelajaran hukum, baik secara nasional maupun internasional. Pada situasi demikian, maka teori hak asasi manusia yang akan digunakan dalam pelaksanaan penelitian ini akan dibatasi pada beberapa pembahasan yang dirasa dibutuhkan untuk melakukan analisis. Beberapa teori yang akan dibahas adalah antara lain (a) konsep dan prinsip dasar hak asasi manusia; (b) penjelasan tentang definisi dan perbedaan hak sipil dan politik, dan hak ekonomi, sosial dan budaya; (c) penjelasan tentang hak yang dapat dikurangi (*derogable rights*) dan hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*); (d) teori tentang *universalism* dan *cultural relativism*; dan (e) konstitusionalisme hak asasi manusia di Indonesia.

²² Meminjam istilah dari W. Friedmann, *Teori dan Filsafat Hukum : Telaah Kritis atas Teori-Teori Hukum*, (diterjemahkan oleh Muhammad Arifin, Buku Susunan I, II dan III), PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1990.

Penjelasan atas beberapa teori di atas akan dilakukan dengan menggali materi dari buku-buku yang ditulis dan diterbitkan oleh lembaga internasional dan juga buku-buku karya dalam negeri.

Hak asasi manusia merupakan hak dasar manusia yang dimilikinya sebagai karena ia adalah manusia. Hak asasi manusia berkembang dari teori hukum kodrat. Penjelasan mengenai dasar-dasar pemahaman hak asasi manusia akan diambil dari beberapa buku berikut ini. Henry J. Steiner dan Philip Alston²³ telah menulis sebuah buku setebal 1497 halaman yang mengkaji hak asasi manusia menurut perspektif internasional secara lengkap. Pada buku ini, Steiner dan Alston menulis segala hal yang berkaitan dengan hak asasi manusia mulai dari telaahan tentang konteks munculnya hak asasi manusia, instrumen internasional hak asasi manusia, organisasi-organisasi hak asasi manusia baik yang diakomodasi menjadi bagian struktur Perserikatan Bangsa-Bangsa maupun organisasi non-pemerintah (*non-government organisation*). Di dalam buku ini, penulis juga membahas tentang kewajiban negara dalam konteks hak asasi manusia serta kasus-kasus hak asasi manusia. Pembahasan kasus ini dilakukan dengan dua pendekatan yaitu pendekatan isu dan pendekatan lokasi. Pendekatan isu dilakukan dengan mengangkat beberapa isu utama seperti isu *gender equality* dan *vulnerable persons*, sedangkan pendekatan lokasi dilakukan dengan mengkaji pelanggaran hak asasi manusia yang terjadi di Kosovo dan beberapa wilayah lainnya. Pada buku ini Henry J. Steiner dan Philip Alston juga mengkaji dengan cukup dalam mengenai pertentangan dua

²³ Henry J. Steiner dan Philip Alston, *Internasional Human Rights in Context, Law, Politics, Moral*, second edition, Oxford University Press, Oxford, New York, 2000.

teori utama dalam hak asasi manusia yaitu *universalism* dan *cultural relativism*.

Manfred Nowak,²⁴ seorang ahli hukum internasional dan hukum hak asasi manusia berkebangsaan Swedia, juga menyusun sebuah buku yang cukup memadai tentang hak asasi manusia. Secara umum, buku yang ditulis oleh Manfred Nowak juga mengkaji hal-hal yang relatif sama dengan Steiner dan Alston, kelebihanannya adalah Nowak juga memperkenalkan instrumen serta mekanisme yang berbasis pada regionalisasi dunia seperti instrumen dan mekanisme Uni Afrika, instrumen dan mekanisme Uni Eropa serta instrumen dan mekanisme Inter Amerika.

Rhona K. M. Smith, seorang pemikir berkebangsaan Irlandia yang menjadi pengajar di Northumbria University, Newcastle, Inggris juga telah menulis buku berjudul *Textbook on International Human Rights*.²⁵ Buku karya Rhona merupakan buku teks. Kelebihan buku ini adalah penjelasannya yang runtut, sistematis dan bersifat pengantar. Membaca buku ini, pembaca akan memperoleh bangunan besar tentang hak asasi manusia. Rhona juga memberikan contoh bagaimana menganalisis kasus-kasus hak asasi manusia berbasis isu-isu tertentu seperti hak untuk tidak disiksa, hak atas peradilan yang fair, kebebasan berekspresi, hak atas pendidikan dan lain sebagainya.

Buku lain yang menjelaskan konsep hak asasi manusia secara umum adalah buku berjudul *The Universal Declaration of Human Rights, A Common*

²⁴ Manfred Nowak, *Introduction to the International Human Rights Regime*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2003.

²⁵ Rhona K. M. Smith, *Textbook on International Human Rights*, second edition, Oxford University Press, Oxford, New York, 2005.

Standard of Achievement.²⁶ Buku ini memberi penjelasan cukup rinci berbasis pasal-pasal Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia. Buku ini termasuk buku yang sangat lengkap dalam memahami substansi dari masing-masing pasal. Buku ini juga akan sangat membantu memahami substansi yang terkandung di dalam pasal-pasal. Pada konteks penelitian ini, buku ini dapat membantu memberikan penafsiran dan/atau alternatif penafsiran terhadap hak-hak tertentu yang diajukan *judicial review* kepada Mahkamah Konstitusi.

Christian Tomuschat juga telah menulis buku berjudul *Human Rights, Between Idealism and Realism*.²⁷ Buku berisi penjelasan mengenai sejarah munculnya hak asasi manusia di dunia dan di beberapa region seperti Eropa dan Afrika. Buku ini juga memberi penjelasan mengenai universalisme hak asasi manusia yang nantinya akan membantu menjelaskan kontradiksi antara *universalism* dan *cultural relativism*. Thomas Buergenthal, seorang hakim di *International Court of Justice, Former President Inter-American Court of Human Rights* dan *Lobingier Professor of Comparative Law and Jurisprudence Emeritus The George Washington University*, menulis buku yang sangat baik tentang bangunan hukum hak asasi manusia internasional.²⁸ Buku ini banyak berisi bagaimana mekanisme dan metode menangani kasus-kasus pelanggaran hak asasi manusia di pengadilan hak asasi manusia regional seperti European Court of Human Rights, Inter-American Court of Human Rights dan African Court of Human Rights. Buku ini akan sangat membantu

²⁶ Gudmundur Alfredson dan Asbjorn Eide (editors), *The Universal Declaration of Human Rights, A Common Standard of Achievement*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1999.

²⁷ Christian Tomuschat *Human Rights, Between Idealism and Realism*, Oxford University Press, New York, 2003.

²⁸ Thomas Buergenthal, *International Human Rights In Nutshell*, A Thomson Company, United State of America, 2002.

bagaimana menafsirkan pasal-pasal dalam instrumen untuk menyelesaikan kasus di pengadilan.

Beberapa karya dalam negeri juga akan digunakan sebagai kerangka teori pada penelitian ini, diantaranya adalah Rhona K.M. Smith dan lima belas penulis lain.²⁹ Buku ini ditulis oleh lima belas orang, tiga orang dari Eropa dan tiga belas orang yang lain adalah pakar dalam negeri. Buku ini sangat membantu memahami hak asasi manusia secara umum, namun buku ini lebih bersifat pengantar dan harus dibarengi dengan membaca buku-buku lainnya. Pranoto Iskandar juga telah menulis buku berjudul *Hukum HAM Internasional, Sebuah Pengantar Konseptual*.³⁰ Buku ini termasuk buku yang sangat lengkap memberikan penjelasan mengenai hukum hak asasi manusia internasional mulai dari aspek sejarah, filsafat hingga aspek normatif dari hak asasi manusia.

Hak asasi manusia telah memiliki substansi dan mekanisme yang baku di dunia sebagaimana dipraktikkan oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa. Kerja-kerja Perserikatan Bangsa-Bangsa dalam hal hak asasi manusia didasarkan pada instrumen internasional hak asasi manusia. Pemahaman yang baik akan instrumen internasional hak asasi manusia merupakan persyaratan mutlak bagi seorang sarjana hukum jika ingin mengerti hukum hak asasi manusia secara baik. Pada konteks penelitian ini, rujukan utama untuk menggali instrumen hak asasi manusia adalah buku yang berjudul *Basic Document on Human Rights*, edisi keempat yang diedit oleh Ian Brownlie dan Guy S. Goodwin-Gill,³¹ dan

²⁹ Knut D. Asplun, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (editor), *Hukum Hak Asasi Manusia*, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2008.

³⁰ Pranoto Iskandar, *Hukum HAM Internasional, Sebuah Pengantar Konseptual*, IMR Press, 2010.

³¹ Ian Brownlie dan Guy S. Goodwin-Gill, *Basic Document on Human Rights*, fourth edition, Oxford University Press, New York, 2002.

website resmi Perserikatan Bangsa-Bangsa.³² Sedangkan seri bahasa Indonesia, buku yang digunakan sebagai rujukan ketika mengutip pasal instrumen internasional dan nasional hak asasi manusia adalah buku yang diterbitkan oleh Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia berjudul *Landasan Hukum dan Rencana Aksi Nasional HAM Di Indonesia 2004-2009*.³³

Pembahasan mengenai hak asasi manusia biasanya dilakukan dengan memberikan pembedaan antara hak sipil dan politik, dan ekonomi sosial dan budaya. Pembedaan ini juga berkaitan dengan teori bahwa hak sipil dan politik dianggap sebagai hak generasi pertama, sedangkan hak generasi kedua adalah hak ekonomi, sosial dan budaya.

Manfred Nowak telah menulis buku yang cukup lengkap tentang hak generasi pertama.³⁴ Buku ini penjelasan pasal per pasal Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (KIHSP) hingga penjelasan mengenai mekanisme komplain serta lembaga yang berwenang menangani pengaduan menyangkut hak sipil dan politik. Buku ini akan sangat berguna untuk menganalisis bagaimana Mahkamah Konstitusi memberikan penafsiran terhadap pasal-pasal Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang termasuk dalam klasifikasi hak sipil dan politik.

Karya dalam negeri yang melengkapi teori hak sipil dan politik adalah buku yang diterbitkan oleh eLSAM dengan judul *Hak Sipil dan Politik, Esai-*

³² Web site yang dimaksud adalah www.ohchr.org

³³ Hafid Abbas dan Ibnu Sina (editor), *Landasan Hukum dan Rencana Aksi Nasional HAM Di Indonesia 2004-2009*, cetakan ketiga, Direktorat Jenderal Perlindungan HAM, Staf Ahli Menteri Sekretaris Negara, Raoul Wallenberg Institute, dan Pusat Studi HAM dan Demoktasi Universitas Nasional, 2006.

³⁴ Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, second revised edition, N.P. Engel Publishers, Germany, 2005.

Esai Pilihan.³⁵ Buku ini berisi enam naskah yang semuanya berbicara tentang hak sipil dan politik. Kelebihan naskah dalam buku ini adalah pembahasannya dilakukan dengan mengambil isu tertentu dan kemudian dibahas dengan sangat mendalam. Naskah dalam buku ini akan membantu analisis isu-isu hak sipil dan politik tertentu yang berkaitan dengan putusan Mahkamah Konstitusi tentang hak sipil dan politik.

Berkaitan dengan hak generasi kedua, yaitu hak ekonomi, sosial dan budaya, Asbjorn Eide, Catarina Krause dan Allan Rosas telah menulis buku cukup besar berjudul *Economic, Social and Cultural Rights*.³⁶ Buku ini berisi 32 (tiga puluh dua) naskah yang semuanya tentang hak ekonomi, sosial dan budaya dengan mengambil kerangka yang berbeda-beda. Walaupun penulisnya banyak, namun buku ini cukup lengkap membahas tentang hak ekonomi, sosial dan budaya mulai dari aspek normatifnya, mekanisme implementasi, mekanisme monitoring, mekanisme komplain serta indikator pemenuhan hak ekonomi, sosial dan budaya.

Buku lain yang juga membahas tentang hak ekonomi sosial dan budaya adalah buku yang diterbitkan oleh eLSAM dengan judul Hak Ekonomi Sosial dan Budaya, Esai-Esai Pilihan.³⁷ Buku ini berisi 10 (sepuluh naskah) yang semuanya membicarakan hak ekonomi, sosial dan budaya. Buku ini akan sangat membantu memahami putusan Mahkamah Konstitusi yang berkaitan dengan hak ekonomi, sosial dan budaya.

³⁵ Ifdal Kasim (editor), *Hak Sipil dan Politik, Esai-Esai Pilihan*, eLSAM, Jakarta, 2001.

³⁶ Asbjorn Eide, Catarina Krause dan Allan (editor), *Economic, Social and Cultural Rights, A Textbook*, second revised edition, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 2001.

³⁷ Ifdal Kasim dan Johannes da Masenus Arus, *Hak Ekonomi Sosial dan Budaya, Esai-Esai Pilihan*, eLSAM, Jakarta, 2001.

Sebagaimana disampaikan sebelumnya, bahwa saat ini hak asasi manusia dianggap sebagai bahasa pergaulan internasional. Bagi kalangan yang menganut teori universalisme, hak asasi manusia dianggap sebagai etika universal. Sekelompok pemikir berkebangsaan Skandinavia mencoba merumuskan teori tersebut dengan menerbitkan buku berjudul *Universal Ethics, Perspective and Proposal from Scandinavian Scholars*.³⁸ Goran Bexell³⁹ misalnya, ia mencoba menganalisis secara mendalam perdebatan antara *universalism* dan *cultural relativism* dengan posisi mendorong agar *universalism* dapat dianggap sebagai yang benar. Menurut mereka, dengan menggunakan paradigma *universalism* maka setiap orang di seluruh dunia akan memiliki perspektif yang sama dalam mengkaji dan menyelesaikan persoalan hak asasi manusia di seluruh dunia.

Tore Lindolm seorang pemikir dan peneliti kenamaan tentang agama dan hak asasi manusia memperkenalkan bahwa hak asasi manusia adalah etika universal dan merupakan sari pati dari berbagai norma dan agama di seluruh dunia.⁴⁰ Tore menyatakan bahwa hak asasi manusia merupakan karya besar umat manusia abad ke-20 yang digali dari seluruh agama dan norma yang ada di dunia. Universalitas hak asasi manusia bukan hanya karena intrumennya, yaitu Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia, yang disahkan oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa dengan anggota dari seluruh dunia, namun juga karena prinsip dan norma hak asasi manusia dapat diimplementasikan serta diterima oleh seluruh umat manusia yang beradab. Tulisan Tore diperkuat oleh Lars Ostnor

³⁸ Goran Bexell dan Dan-Erick Anderson (editor), *Universal Ethics, Perspective and Proposal from Scandinavian Scholars*, Martinus Nijhorr Publishers, The Hagues/London/New York, 2002.

³⁹ *Ibid.*, hlm. 13

⁴⁰ *Ibid.*, hlm. 63

dengan menulis naskah berjudul *A Universal Ethics Across The Religions*.⁴¹ Ostnor mencoba menggali perspektif Islam, Judaisme, Christianity dan Buddhism yang berkaitan dengan hak asasi manusia. Salah satu kesimpulannya adalah bahwa seluruh agama memiliki kesamaan norma misalnya tentang bagaimana berperihakan dan perlakuan yang harus dilakukan bagi orang miskin. Hal inilah yang mendasari munculnya pasal-pasal hak ekonomi, sosial dan budaya sebagaimana diakomodasi dalam Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya (KIHESB).

Eva Brems juga telah menulis buku yang cukup apik berjudul *Human Rights: Universality and Diversity*.⁴² Buku ini banyak mengulas tentang perdebatan antara ide universalisme dan ide relativisme budaya. Buku ini juga banyak mengulas tema-tema sensitif tentang hak asasi manusia seperti Islam dan hak asasi manusia, antara hak dan kewajiban, individualisme dan komunisme dan hak asasi manusia dan lain sebagainya. Buku ini akan cukup membantu menganalisis putusan Mahkamah Konstitusi yang berkaitan dengan tema-tema kebebasan beragama.

Untuk menjaga keaslian penelitian, berikut akan diuraikan beberapa penelitian yang terdahulu dan kemudian dianalisis perbedaannya untuk membuktikan kebaruan penelitian ini. Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia merupakan lembaga peradilan di Indonesia yang cukup transparan. Statemen tersebut didasari oleh dua alasan yaitu *pertama*, putusan Mahkamah Konstitusi dapat diakses oleh masyarakat melalui web site hanya beberapa menit setelah putusan tersebut selesai dibacakan dalam persidangan; dan *kedua*, Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga memberikan

⁴¹ *Ibid.*, hlm. 107

⁴² Eva Brems, *Human Rights: Universality and Diversity*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 2001.

kesempatan bahkan mengundang segenap lapisan masyarakat untuk mengkaji, mengeksaminasi dan melakukan kritik ilmiah terhadap putusan yang telah dibuat. Eksaminasi tersebut bahkan dibiayai menggunakan anggaran resmi Mahkamah Konstitusi. Mahkamah Konstitusi juga memberikan fasilitas berupa jurnal untuk mempublikasikan hasil kajian dari masyarakat.

Sejauh ini, eksaminasi telah banyak dilakukan oleh masyarakat. Beberapa diantaranya adalah eksaminasi yang dilakukan oleh Ni'matul Huda yang kemudian dibukukan dengan judul *Dinamika Ketatanegaraan Indonesia dalam Putusan Mahkamah Konstitusi*. Buku ini mengkaji putusan Mahkamah Konstitusi dalam kaitannya dengan perubahan dan konstruksi lembaga negara di Indonesia. Buku ini mengkaji putusan yang berkaitan dengan lembaga negara dan tidak secara khusus membicarakan putusan yang berdimensi hak asasi manusia. Jikalau ada pembahasan yang menyangkut tentang isu hak asasi manusia adalah kajiannya tentang putusan tentang Undang-Undang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi (KKR), namun pembahasannya lebih pada konteks ketatanegaraan dan bukan pada aspek kajian dan teoritisasi hukum hak asasi manusia.⁴³

Kajian lain tentang putusan Mahkamah Konstitusi juga dilakukan oleh M. Syafi'i dengan judul *Ambiguitas Hak Kebebasan Beragama di Indonesia dan Posisinya Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi*.⁴⁴ Naskah ini secara cukup apik telah melakukan telaahan terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 140/PUU-VII/2009. Pada penelitian ini, penulis menjelaskan bagaimana perspektif hukum internasional dan hukum nasional terhadap hak atas kebebasan beragama dikaitkan

⁴³ Ni'matul Huda, *Dinamika Ketatanegaraan Indonesia dalam Putusan Mahkamah Konstitusi*, FH UII Press, Yogyakarta, 2011.

⁴⁴ Naskah ini dipublikasikan dalam *Jurnal Konstitusi* yang diterbitkan oleh Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Volume 8 Nomor 5, Oktober 2011, hlm. 675-706

dengan pemberlakuan Undang-Undang Nomor 1/PNPS/1965 tentang Pencegahan, Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama.

Dua penelitian di atas memiliki perbedaan dengan apa yang akan dilakukan dalam penelitian ini. Perbedaannya terletak pada bahwa penelitian pertama mengkaji putusan Mahkamah Konstitusi dengan pendekatan struktur ketatanegaraan dan penelitian kedua dilakukan hanya dengan mengkaji satu putusan dan menggunakan instrumen hak sipil dan politik saja, sedangkan penelitian ini akan mencoba mengkaji putusan yang berdimensi hak asasi manusia secara umum termasuk hak sipil dan politik, dan hak ekonomi, sosial dan budaya. Obyek penelitian juga berupa 10 (sepuluh) putusan, sehingga diharapkan hasil penelitian ini dapat digunakan untuk membaca karakteristik hukum dan paradigma hukum hak asasi Mahkamah Konstitusi secara general.

F. Definisi Konseptual

1. Karakteristik adalah tipe. Maksudnya adalah tipe hukum yang didasarkan pada teori-teori tentang tipe hukum.
2. Putusan adalah hasil akhir berupa keputusan tertulis dari pemeriksaan terhadap perkara yang dimohonkan untuk diperiksa dan diputus oleh Mahkamah Konstitusi.
3. Mahkamah Konstitusi adalah Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia yang didirikan berdasarkan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.
4. Dimensi Hak Asasi Manusia adalah hak asasi manusia yang pemaknaannya tidak hanya mengacu pada Pasal 28 Undang-Undang

Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 dan Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, namun juga pada berbagai kovenan dan konvensi internasional hak asasi manusia baik yang sudah maupun belum diratifikasi oleh pemerintah Indonesia.

G. Metode Penelitian

1. Obyek Penelitian

Obyek penelitian ini adalah putusan Mahkamah Konstitusi yang berdimensi hak asasi manusia.

2. Sumber Data

Sumber data dalam penelitian ini diperoleh dari dokumen putusan peradilan dan penelitian kepustakaan (*library research*) yang terdiri dari bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier.⁴⁵

1. Bahan hukum primer dalam penelitian ini adalah Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Instrumen Internasional Hak Asasi Manusia, Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia yang berkaitan dengan hak asasi manusia, dan 10 (sepuluh) putusan Mahkamah Konstitusi yang berdimensi hak asasi manusia. Pengambilan putusan tidak dibatasi oleh waktu putusan diambil dan periode kepemimpinan pimpinan dan hakim Mahkamah Konstitusi. Putusan diambil mulai dari Mahkamah Konstitusi berdiri hingga saat ini. Indikator pemilihan putusan adalah dimensi hak asasi manusia yang terdapat dalam perkara yang diputus oleh Mahkamah Konstitusi.

⁴⁵ Penggunaan istilah bahan hukum merujuk pada Abdulkadir Muhammad, *Hukum dan Penelitian Hukum*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2004, hlm. 67

Indikator tambahan dalam mengambil putusan ada dua antara lain (a) putusan yang merepresentasi dimensi hak sipil dan politik serta hak ekonomi, sosial dan budaya; (b) respon publik berupa pembicaraan atau diskusi di media massa mengenai putusan tersebut. Kesepuluh putusan tersebut antara lain:

- a. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 065/PUU-II/2004 tentang Pemberlakuan Hukum Secara Surut
- b. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 5/PUU-V/2007 tentang Calon Perseorangan dalam Pemilihan Kepala Daerah
- c. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 2-3/PUU-V/2007 tentang Hukuman Mati
- d. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 140/PUU-VII/2009 tentang Undang-Undang Penodaan Agama
- e. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 102/PUU-VII/2009 tentang Hak Pemilih yang Tidak Terdaftar
- f. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 011/PUU-III/2005 tentang Sistem Pendidikan Nasional
- g. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 24/PUU-V/2007 tentang Anggaran Pendidikan
- h. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 007/PUU-III/2005 tentang Sistem Jaminan Sosial
- i. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 Perkara Nomor 008/PUU-III/2005 tentang Sumber Daya Air

- j. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21-22/PUU-V/2007 tentang Penanaman Modal
2. Bahan hukum sekunder berupa literature/buku, jurnal, artikel, makalah dan hasil penelitian terdahulu yang berkaitan dengan masalah penelitian. Buku-buku yang akan digunakan untuk melakukan penelitian ini adalah sebagaimana telah disebutkan dalam kajian pustaka ditambah berbagai jurnal dan naskah lain yang dapat digunakan untuk memperkaya penelitian ini.
3. Bahan hukum tersier berupa kamus, ensiklopedi dan leksikon yang dapat membantu memahami dan menganalisis masalah yang dikaji dalam penelitian ini. Salah satu ensiklopedi utama yang akan digunakan dalam penelitian ini adalah *Encyclopedia of Human Rights*, edisi kedua.⁴⁶ Ensiklopedi ini dipilih karena didasari bahwa ensiklopedi ini termasuk ensiklopedi yang paling lengkap dibanding yang lain. Ensiklopedi ini diperlukan untuk mencari data-data internasional terutama berkaitan dengan proses penyusunan instrument internasional tentang hak asasi manusia. Informasi ini penting guna memahami aspek *historical* dari klausula pasal yang ada di dalam berbagai instrument tersebut.

3. Jenis Penelitian

Para ahli membedakan penelitian hukum ke dalam dua jenis yaitu penelitian hukum yang doktrinal dan penelitian hukum yang non-doktrinal. Penelitian hukum yang doktrinal dilakukan untuk menemukan jawaban-jawaban yang benar dengan

⁴⁶ Edward Lawson, *Encyclopedia of Human Rights*, Second Edition, Taylor and Francais, London, Tanpa Tahun.

pembuktian kebenaran yang dicari di atau dari preskripsi-preskripsi hukum yang tertulis di kitab undang-undang, sementara penelitian hukum yang non-doktrinal dilakukan guna menemukan jawaban-jawaban yang benar dengan pembuktian kebenaran yang dicari di atau dari fakta-fakta sosial yang bermakna hukum sebagaimana tersimak dalam kehidupan sehari-hari, atau telah terinterpretasi dan menjadi bagian dari dunia makna yang hidup di lingkungan masyarakat.⁴⁷ Penelitian ini memilih jenis penelitian doktrinal sebagaimana dalam pemaknaan di atas. Bernard Arief Sidharta menamakan penelitian jenis ini dengan penelitian hukum normatif atau dogmatika hukum (*rechtsdogmatiek*), atau ilmu hukum positif menurut Mochtar Kusumaatmaja dan Koesnoe, atau ilmu hukum dogmatik menurut Philipus M. Hadjon, atau Ilmu Hukum Praktika menurut H. Ph. Visser 't Hooft.⁴⁸

Menurut B. Arief Sidharta, Ilmu Hukum Dogmatik adalah ilmu yang kegiatan ilmiahnya mencakup kegiatan menginventarisasi, memaparkan, menginterpretasi dan mensistematisasi dan juga mengevaluasi keseluruhan hukum positif yang berlaku dalam suatu masyarakat atau negara tertentu yang keseluruhan kegiatannya itu diarahkan untuk mempersiapkan upaya menemukan penyelesaian yuridik terhadap masalah hukum yang terjadi di masyarakat.⁴⁹

Abdulkadir Muhammad penelitian ini dengan nama penelitian hukum normatif, yaitu penelitian yang mengkaji hukum sebagai norma atau kaidah yang berlaku dalam masyarakat. Norma hukum itu berupa peraturan perundang-undangan, dan norma hukum tertulis hasil dari mekanisme peradilan serta norma hukum buatan para pihak yang berkepentingan seperti kontrak. Fokus penelitian hukum normatif adalah

⁴⁷ Soetandyo Wignjosoebroto, 'Ragam-Ragam Penelitian Hukum' dalam Sulistyowati Irianto dan Sidharta (ed), *Metode ... op. cit.*, hlm. 121

⁴⁸ Bernard Arief Sidarta, 'Penelitian Hukum Normatif: Analisis Penelitian Filosofikal dan Dogmatikal' dalam Sulistyowati Irianto dan Sidharta (ed), *Metode ... op. cit.*, hlm. 142

⁴⁹ *Ibid.*

inventarisasi hukum positif, asas-asas dan doktrin hukum, penemuan hukum dalam perkara *in concreto*, sistematika hukum, sinkronisasi hukum, perbandingan hukum dan sejarah hukum.⁵⁰

Penelitian ini akan dilakukan dengan menjadikan putusan Mahkamah Konstitusi sebagai data primer. Putusan tersebut akan dikaji dengan menggunakan berbagai konsep, teori, kategori klasifikasi dan berbagai metode dalam rangka memaparkan, memahami, memberikan analisis dan memutus kesimpulan. Data yang digunakan dalam penelitian ini semuanya adalah berupa dokumen peradilan dan buku serta naskah, dan tidak menggunakan yang diperoleh dari studi lapangan.

4. Metode Pendekatan

Penelitian ini menggunakan metode pendekatan dogmatik. Metode ini bertumpu pada kaidah-kaidah yang kepatuhannya dapat dipaksakan dengan menggunakan kekuasaan negara (normatif), berkiprah dalam dunia keharusan-keharusan (*das Sollen*), dan produknya bersifat mengkaidahi. Penelitian ini akan mengembangkan model yuridis-filosofis, yaitu mengkaji obyek penelitian dengan menggunakan berbagai peraturan perundang-undangan, baik nasional maupun international serta menggunakan berbagai buku yang relevan dalam rangka menggali nilai filosofis dari tema-tema tertentu yang menjadi bahasan penelitian.

5. Metode Analisis

Analisis penelitian ini akan dilakukan dengan metode deskriptif kualitatif. Data yang merupakan bahan hukum primer akan digambarkan atau diuraikan secara

⁵⁰ Abdulkadir Muhammad ... *op. cit.*, hlm. 52

bermutu dalam bentuk kalimat teratur, runtun, logis, tidak tumpang tindih, dan efektif.⁵¹ Setelah data dinarasikan, maka data akan dianalisis menggunakan tiga teori utama yaitu *pertama*, teori negara hukum. Teori ini digunakan untuk membaca posisi Mahkamah Konstitusi dalam konteks negara modern dan mengapa Mahkamah Konstitusi memiliki wewenang yang sangat strategis dalam kehidupan berbangsa yang salah satunya adalah menerima permohonan pengujian undang-undang terhadap undang-undang dasar. Teori ini akan lebih banyak membantu memahami konteks filosofis dari keberadaan Mahkamah Konsitusi. *Kedua*, teori tentang tipe hukum dari Philip Nonet dan Philip Selznick. Teori tersebut mengatakan bahwa hukum dapat dibagi ke dalam tiga tipe yaitu hukum represif, hukum otonom dan hukum responsif. A.A.G. Peters dan Koesriani Siswosoebroto menganalisis teori tersebut dengan menyusun 10 (sepuluh) indikator yaitu tujuan, legitimasi, aturan-aturan, alasan, kebijakan, pemaksaan, moralitas, politik, harapan ketaatan, dan partisipasi. Dari kesepuluh indikator tersebut, tiga indikator yang akan digunakan sebagai alat analisis yaitu legitimasi, moralitas dan politik. penjelasannya adalah bahwa (a) legitimasi hukum represif terletak pada pertahanan sosial dan kepentingan negara, hukum otonom pada keadilan prosedural, sedangkan hukum responsif pada keadilan substantif; (b) moralitas hukum represif berupa moralitas pengawasan atau moralisme hukum, hukum otonom berpijak pada moralitas institusional dengan memperhatikan prosedur sedangkan hukum responsif berpijak pada moralitas rakyat berbasis kerjasama; dan (c) politik hukum tipe hukum otonom adalah hukum tunduk pada kekuasaan, hukum otonom meletakkan pemisahan institusional yang tegas antara hukum dan politik, sedangkan hukum responsif mengembangkan integrasi

⁵¹*Ibid.*, hlm. 127

atau adaptasi yang selektif dan bertanggungjawab antara hukum dan politik. Pemilihan ketiga indikator ini didasarkan pada pemikiran bahwa poin penting dari penjelasan tipe hukum adalah bagaimana perspektif Mahkamah Konstitusi dalam menjelaskan relasi antara negara dan warga negara. Poin inilah yang akan menjadi penyambung antara teorinya Nonet-Selznick dan teori hak asasi manusia yang akan digunakan dalam analisis data ini.

Ketiga, teori yang akan digunakan untuk menganalisis data adalah teori hak asasi manusia yang dibatasi tentang teori hak yang dapat dikurangi (*derogable*) dan hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable*) serta paradigma universalisme (*universalism*) dan relativisme budaya (*cultural relativism*). Teori dan paradigma ini akan mampu mengintip kecenderungan teori dan paradigma besar apa yang sedang dikembangkan oleh Mahkamah Konstitusi. Hal ini penting untuk melakukan pemetaan serta melakukan advokasi mengenai teori dan paradigma hukum hak asasi manusia seperti apa yang seyogyanya dikembangkan di Indonesia.

H. Sistematika Penulisan

Tesis ini disusun dalam 4 (empat) bab yang antara bab pertama hingga bab keempat akan disambungkan oleh satu alur pemikiran yaitu menggali tipe hukum dan paradigma hukum hak asasi manusia di dalam putusan Mahkamah Konstitusi. Pembabakannya adalah sebagai berikut.

Bab I merupakan kerangka pikir yang menjawab mengapa tesis ini disusun, teori apa yang digunakan serta bagaimana tesis disusun hingga mencapai kesimpulan. Bab II merupakan penjelasan mengenai teori negara hukum, teori hak asasi manusia, teori tipe hukum serta penjelasan tentang eksistensi Mahkamah

Konstitusi di Indonesia. Bab III berisi deskripsi singkat putusan dan analisis yang nantinya akan menjadi jawaban atas rumusan masalah yang telah diuraikan pada bab pertama. Sedangkan Bab IV adalah kesimpulan dan saran penelitian.

BAB II
NEGARA HUKUM, HAK ASASI MANUSIA DAN MAHKAMAH
KONSTITUSI

A. Negara Hukum dan Konstitusi

(1) Prinsip Negara Hukum

Istilah dan konsep tentang negara hukum telah populer dalam kehidupan bernegara di dunia sejak lama sebelum berbagai macam istilah yang disebut-sebut sebagai konsep Negara Hukum lahir. Embrio munculnya gagasan negara hukum dimulai semenjak Plato. Pada masanya, Plato mengintrodusir konsep *Nomoi* sebagai karya tulis ketiga yang dibuat di usia tuanya. Di dalam *Nomoi*, Plato mengemukakan bahwa penyelenggaraan negara yang baik adalah yang berdasarkan atas hukum (pola pengaturan) yang baik.⁵² Gagasan ini kemudian didukung dan dikembangkan oleh Aristoteles. Aristoteles memberikan gambaran tentang negara hukum dengan mengaitkan konsep negara hukum dengan negara zaman Yunani kuno yang masih terikat kepada “polis”.

“Aristoteles berpendapat bahwa pengertian negara hukum timbul dari polis yang mempunyai wilayah kecil, seperti kota dan berpendudukan sedikit, tidak seperti negara-negara sekarang ini yang mempunyai wilayah yang luas dan berpenduduk banyak. Dalam polis itu segala urusan negara dilakukan dengan musyawarah, dimana seluruh warga negaranya ikut serta dalam urusan penyelenggaraan negara”.⁵³

Aristoteles berpendapat bahwa suatu negara yang baik adalah negara yang dijalankan berdasarkan aturan konstitusi dan hukum yang berdaulat. Lebih lanjut George Sabine menggambarkan gagasan Aristoteles dengan menyatakan:

⁵² Thahir Azhary dikutip dari Ridwan, ... *op. cit.*, hlm. 2

⁵³ Moh. Kusnardi dan Bintan R. Saragih dikutip dari Dahlan Thaib *Kedaulatan Rakyat, Negara Hukum dan Konstitusi*, cetakan kedua, Liberty, Yogyakarta, 2000, hlm. 21

“Aturan konstitusional dalam negara berkaitan secara erat, juga dengan pertanyaan kembali apakah lebih baik diatur oleh manusia atau hukum terbaik, selama suatu pemerintahan menurut hukum, oleh sebab itu supremasi hukum diterima oleh Aristoteles sebagai tanda negara yang baik dan bukan semata-mata sebagai keperluan yang tidak layak”.⁵⁴

Penegakan supremasi hukum dapat dilakukan dengan mendasarkan penyelenggaraan pemerintahan pada aturan dasar yang disepakati bersama sebagai konstitusi. Lebih lanjut Aristoteles menjelaskan bahwa ada tiga unsur yang menjadi syarat pelaksanaan pemerintahan yang berkonstitusi yaitu:

1. Pemerintahan dilaksanakan untuk kepentingan umum.
2. Pemerintahan dilaksanakan menurut hukum yang berdasarkan pada ketentuan-ketentuan umum, bukan hukum yang dibuat secara sewenang-wenang yang mengesampingkan konvensi dan konstitusi.
3. Pemerintahan berkonstitusi berarti pemerintahan yang dilaksanakan atas kehendak rakyat, bukan berupa paksaan dan tekanan yang dilaksanakan pemerintahan despotik.⁵⁵

Secara umum dapat diketahui bahwa konsep negara hukum terbagi ke dalam dua kelompok istilah yang berpengaruh yaitu “*rechtsstaat*” di Jerman yang mulai populer di Eropa sejak abad 19 dan “*the rule of the law*” di Inggris yang populer dengan terbitnya sebuah buku karangan Albert Venn Dicey tahun 1885 berjudul “*Introduction to the study of the law of the constitution*”.⁵⁶

Konsep “*rechtsstaat*” lahir dari suatu perjuangan untuk melawan dominasi kerajaan yang absolut sehingga lebih bersifat revolusioner. Sementara sebaliknya, konsep “*the rule of the law*” berkembang di Inggris secara evolusioner.⁵⁷ Kenyataan ini dapat ditilik dari sejarah dan kenyataan politik yang sangat berlainan ketika itu antara Jerman dan Inggris.

⁵⁴ George Sabine dikutip dari Dahlan Thaib, ... *ibid.*, hlm. 22

⁵⁵ Thahir Azhari dikutip dari Ridwan, ... *loc. cit.*

⁵⁶ Philipus M. Hadjon, ... *op. cit.*, hlm. 2

⁵⁷ *Ibid.*, hlm. 76

Konsep “*rechtsstaat*” berlandaskan pada sistem hukum kontinental yang biasa diistilahkan dengan “*civil law*” atau “*modern roman law*” sedangkan konsep kedua (*the rule of the law*) dilandaskan pada sistem hukum yang biasa diistilahkan dengan “*common law*”.⁵⁸

Konsep “*rechtsstaat*” pertama kali diperkenalkan oleh Frederich Julius Stahl dengan menyatakan bahwa unsur negara hukum adalah sebagai berikut:

1. Perlindungan hak asasi manusia.
2. Pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak-hak itu.
3. Pemerintahan berdasarkan peraturan perundang-undangan.
4. Peradilan administrasi dalam perselisihan.⁵⁹

Sedangkan gagasan negara hukum “*rule of law*” sebagaimana telah disebutkan di atas merupakan gagasan yang berasal dari Albert Vann Dicey tahun 1885. Dicey mengemukakan unsur-unsur *rule of law* adalah sebagai berikut:

1. Supremasi aturan-aturan hukum (*supremacy of the law*); tidak adanya kekuasaan sewenang-wenang (*absence of arbitrary power*), dalam arti seseorang boleh dihukum jika melanggar hukum.
2. Kedudukan yang sama di hadapan hukum (*equality before the law*).
3. Terjaminnya hak-hak manusia oleh undang-undang serta keputusan-keputusan pengadilan.⁶⁰

Gagasan *rule of law* yang diperkenalkan oleh A. V. Dicey tersebut diakomodasi dari praktik ketatanagaraan di Inggris. Menurut Dicey, saat ini orang Inggris bisa jadi akan terkejut karena mereka menganggap bahwa *rule of law* merupakan keunikan institusi Inggris, namun ternyata saat ini *rule of law* bukan lagi merupakan sifat khas

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Miriam Budiardjo dikutip dari Ridwan, *op. cit.* hal., 3-4

⁶⁰ *Ibid.*, hal. 4

satu bangsa manapun tetapi lebih sebagai sifat yang umum dimiliki oleh setiap negara beradab dan tertata.⁶¹

Perkembangan sejarah menunjukkan bahwa konsep negara hukum mengalami pembaharuan. Salah satu contohnya adalah apa yang dilakukan oleh *International Commission of Jurist* dalam konferensinya di Bangkok pada tahun 1965. Mereka meninjau kembali rumusan negara hukum yang telah berkembang sebelumnya terutama konsep *rule of law*. Hasil pengembangan rumusan negara hukum yang telah dilakukan oleh *International Commission of Jurist* disebutkan bahwa pengertian dan syarat suatu negara hukum atau pemerintah yang demokratis dibawah *rule of the law* adalah sebagai berikut:

1. Adanya proteksi konstitusional.
2. Pengadilan yang bebas dan tidak memihak.
3. Pemilihan umum yang bebas.
4. Kebebasan untuk menyatakan pendapat.
5. Kebebasan berserikat/berorganisasi dan oposisi.
6. Pendidikan kewarganegaraan.⁶²

Berikut ini naskah teranyar yang membahas *rule of law*, yaitu naskah jurnal yang ditulis oleh Andriaan Bedner. Menurutnya prinsip *rule of law* sebagaimana dimaksud dalam tulisan ini adalah sebagaimana dimaksud dengan *rule of law* di Inggris dan America, *rechtsstaat* di Jerman dan Belanda, *état de droit* di Perancis dan ‘negara hukum’ di Indonesia.⁶³

⁶¹ A. V. Dicey, *Pengantar Studi Hukum Konstitusi*, Penerbit Nusa Media, Yogyakarta, 2007, hlm. 255

⁶² Dikutip dari Miriam Budiardjo sebagaimana dikutip oleh Dahlan Thaib, ... *op. cit.*, hal., 25-26

⁶³ Andriaan Bedner, ... *op. cit.*, hlm. 50

Raz mendefinisikan *rule of law* dengan :

‘The rule of law means literally what it says: the rule of laws. Taken in its broadest sense this means that people should obey the law and be ruled by it.’⁶⁴

Thomas Carothers mendefinisikan *rule of law*:

‘The rule of law can be defined as a system in which the laws are public knowledge, are clear in meaning, and apply equally to everyone. They enshrine and uphold the political and civil liberties that have gained status as universal human rights over the last half-century. In particular, anyone accused of a crime has the right to a fair, prompt hearing and is presumed innocent until proved guilty. The central institutions of the legal system, including courts, prosecutors, and police, are reasonably fair, competent, and efficient. Judges are impartial and independent, not subject to political influence or manipulation. Perhaps most important, the government is embedded in a comprehensive legal framework, its officials accept that the law will be applied to their own conduct, and the government seeks to be law-abiding’.⁶⁵

Penelitian tersebut dilakukan secara seksama dan kesimpulannya adalah bahwa konsep negara hukum terdiri dari tiga elemen yaitu elemen prosedural (*procedural elements*), elemen substantif (*substantive elements*), dan elemen mekanisme kontrol (*controlling mekanisme/guardian institution*). Masing-masing elemen dan penjelasannya akan diuraikan sebagai berikut.

1. Elemen prosedural (*procedural elements*)

a. Pemerintahan Berdasarkan Hukum (*rule by law*)⁶⁶

Ide soal *rule by law* berasal dari pemikir hukum klasik Plato dan Aris Toteles. Sebagaimana Raz mendefinisikan *rule of law* dengan masyarakat harus tunduk pada hukum dan diatur dengan hukum. Hukum yang dimaksud harus dipahami sebagai hukum umum (*general rule*) dan bukan hukum individual atau kebijakan arbitrase. *Rule by law* seringkali dikontraskan dengan ‘*rule by men*’. Negara tidak boleh diperintah oleh

⁶⁴ J. Raz, ‘The Rule of Law and its Virtue’, in Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, 1979, pp. 210-232 dalam Adriaan Bedner, ... *ibid*, hlm. 54

⁶⁵ Carothers, *Promoting the Rule of Law Abroad*, p. 4. dalam Adriaan Bedner, ... *ibid.*, hlm. 55

⁶⁶ *Ibid.*, hlm. 56

kebijakan individu. Hukum harus disusun dengan bahasa yang umum dan dapat dipahami. *Rule of law* merupakan langkah pertama untuk bisa mencari legitimasi berbasis pemerintahan resmi yang rasional.

- b. Tindakan Negara Dilakukan Berdasarkan Hukum (*state actions are subject to law*)⁶⁷

Seluruh kebijakan dan tindakan negara harus dilandasi oleh hukum. Persoalan yang seringkali muncul pada poin ini adalah kewenangan diskresioner yang biasanya disebut dengan istilah '*freies ermessen*' yang dimaknai sebagai tindakan bebas pemerintah yang mencerminkan kewenangannya tanpa didasari oleh basis hukum. Persoalan lain dalam konteks ini adalah 'konsep terbuka' di dalam hukum yaitu 'kepentingan umum' (*the public interest*), 'aset publik' (*the common good*) menurut pemerintah, menurut harapan dan preferensi mereka. Aspek yang lain dari unsur ini adalah penerapan asas non-retroaktif, artinya seseorang hanya boleh dihukum dengan hukum yang telah disahkan sebelumnya.

- c. Legalitas Formal (*formal legality*)⁶⁸

Unsur ini sangat penting bagi masyarakat untuk dapat merencanakan perilaku mereka agar sesuai dengan hukum dan tidak melanggar hukum. Hukum pada poin ini harus disusun secara jelas, substansi tertentu, dapat diakses, subjeknya dapat diprediksi dan pelaksanaannya umum.

⁶⁷ *Ibid.*, hlm. 58

⁶⁸ *Ibid.*, hlm. 60

d. Demokrasi (*democracy*)⁶⁹

Demokrasi dianggap sebagai unsur dari *rule of law* karena substansi hukum beserta mekanismenya harus disusun berdasarkan persetujuan perwakilan rakyat secara legal dan dapat dipertanggungjawabkan.

2. Elemen substantif (*substantive elements*)

a. Subordinasi hukum dan interpretasinya sesuai dengan prinsip-prinsip keadilan fundamental (*subordination of all law and its interpretations to fundamental principles of justice*)⁷⁰

Elemen substansi ini antara lain berisi prinsip keadilan, moralitas, *fairness* dan *due process*. Empat prinsip tersebut dapat dilakukan kontekstualisasi dan interpretasi berdasarkan waktu dan tempat. Prinsip ini disebut sebagai prinsip ‘relatif’ dan oleh karena itu rentan untuk disalahgunakan. Oleh karena itu pengawalan atas penerapan prinsip ini mutlak perlu dilakukan.

b. Perlindungan hak-hak dan kebebasan individual (*protection of individual rights and liberties*)⁷¹

Konsep perlindungan hak asasi manusia sebagai bagian dari *rule of law* ini hampir diterima oleh seluruh negara di dunia, bahkan disebut sebagai hukum kebiasaan internasional (*customary international law*). Masuknya hak asasi manusia sebagai bagian dari *rule of law* karena hak asasi manusia merupakan konsep penting dalam pembangunan, sedangkan pemenuhan hak asasi manusia seperti kebebasan pers atau hak atas makanan membutuhkan jaminan sistem hukum yang memadai.

⁶⁹ *Ibid.*, hlm. 62

⁷⁰ *Ibid.*, hlm. 63

⁷¹ *Ibid.*, hlm. 64

- c. Keberlangsungan pemenuhan hak-hak sosial (*furtherance of social human rights*)⁷²

Negara berkewajiban menggunakan kewenangan yang dimilikinya untuk kepentingan rakyatnya antara lain dengan memenuhi hak atas makanan, perumahan, pendidikan dan lain-lain. Alasan terkuat memasukkan pemenuhan hak-hak sosial menjadi bagian dari *rule of law* adalah bahwa unsur-unsur lain dari *rule of law* hanya akan berfungsi jika hak-hak sosial terpenuhi dan orang miskin mendapatkan manfaat dari konsep ini.

- d. Perlindungan hak-hak kelompok (*protection of group rights*)⁷³

Perlindungan hak kelompok merupakan bagian dari konsep *rule of law* karena beberapa hak kelompok bisa menjadi senjata yang kuat untuk melawan negara, oleh karena itu pemenuhan hak-hak ini menjadi penting.

3. Elemen mekanisme kontrol (*controlling mechanism / guardian institution*)

- a. Peradilan yang independen (*an independent judiciary*)⁷⁴

Secara umum, pengadilan memiliki kewajiban untuk menerapkan hukum secara adil dengan mempertimbangkan hak asasi manusia. Pengadilan adalah aktor yang bertugas memastikan bahwa pemerintah dan rakyat sama-sama menghormati batasan atas kekuasaan dan kewenangan mereka. Oleh karena itu, pembagian dan independensi kekuasaan kehakiman sangat penting.

- b. Institusi lain diatur sesuai elemen *rule of law* (*other institutions charged with safeguarding elements of the rule of law*)⁷⁵

⁷² *Ibid.*, hlm. 65

⁷³ *Ibid.*, hlm. 66

⁷⁴ *Ibid.*, hlm. 67

Abad ini ditandai dengan munculnya lembaga-lembaga negara pendukung (*guardian institutions*) yang memiliki kewenangan strategis. Beberapa lembaga yang perkembangannya sangat pesat antara lain Komisi Nasional Hak Asasi Manusia dan Ombudsman. Alasan masuknya *guardian institutions* sebagai mekanisme kontrol adalah karena dalam banyak kasus kekuasaan kehakiman tidak cukup kuat untuk melindungi masyarakat. Alasan lain adalah dukungan organisasi dan hubungan internasional sehingga lembaga pendukung ini berdiri seperti Perserikatan Bangsa-Bangsa melalui berbagai organisasi di bawahnya yang mendorong berdirinya Komisi Nasional Hak Asasi Manusia dan praktik negara-negara Skandinavia yang mendorong berdirinya Ombudsman.

(2) **Konstitusi : Sejarah dan Cakupan**

Catatan sejarah klasik memberikan informasi bahwa pembicaraan mengenai konstitusi telah terjadi sejak ribuan tahun yang lalu. Beberapa literatur menjelaskan bahwa minimal ada dua perkataan yang berkaitan erat dengan pengertian konstitusi sekarang ini, yaitu dalam bahasa Yunani kuno dikenal '*politeia*' dan dalam bahasa Latin dikenal '*constitutio*' yang juga berkaitan dengan kata '*jus*'.⁷⁶ Dari kedua istilah tersebut, yang diketahui sebagai yang tertua adalah istilah '*politeia*' yang secara luas berarti :

"all the innumerable characteristics which determine that state's peculiar nature, and these include its whole economic and social texture as well as

⁷⁵ *Ibid.*, hlm. 69

⁷⁶ Jimly Asshidiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, diterbitkan oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dan Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2004, hlm. 1

matters governmental in our narrower modern sense. It is a purely descriptive term, and as inclusive in its meaning as our own use of the word "constitution" when we speak generally of a man's constitution or the constitution of matter".⁷⁷

Saat itulah manusia dianggap pertama kali mengekspresikan konstitusionalisme berbangsa dan bernegara. Sejarah menunjukkan bahwa konstitusi berkembang dengan cepat dan kemudian menjadi satu isu sentral bagi masing-masing kelompok bangsa yang tergabung dalam sebuah negara-negara. Pada tahun 1164, di Inggris muncul "*Constitutions of Clarendon 1164*" yaitu pada masa Henry II yang secara umum mengatur tentang bagaimana hubungan antara Gereja dan Negara, namun pemaknaan konstitusi tersebut lebih bersifat religius. Setelah tahun 1164 banyak bermunculan aturan yang bersifat sekuler tetapi aturan tersebut lebih tepat dikenal sebagai *lex* dan bukan *constitutio*. Pada tahun 1225 dikeluarkan Magna Charta yang dikenal sebagai *constitutio libertatis* dan kemudian diikuti dengan pemberlakuan Undang-Undang Mercon tahun 1236.⁷⁸

Jauh sebelum tahun 1236, di dalam sejarah perkembangan Islam di kenal Piagam Madinah yaitu pada abad ke-6 Masehi. Piagam Madinah ini berisi prinsip-prinsip hubungan antara masyarakat Negara Kota Madinah dengan Nabi Muhammad sebagai pemimpin negara dan hubungan antar berbagai kelompok masyarakat di Madinah baik kelompok berdasarkan suku, agama, dan lain sebagainya. Menurut sebagian ahli, sebenarnya sejarah awal munculnya konstitusi tidak dapat dipisahkan dari sejarah dalam Piagam Madinah tersebut dalam tradisi Islam.⁷⁹

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*, hlm. 2-5

⁷⁹ Muhammad Alim, *Demokrasi dan Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Madinah dan Undang Undang Dasar 1945*, cetakan pertama, UII Press, Yogyakarta, 2001, hlm. 5, lihat juga M. Tahir Azhary, *Negara Hukum, Suatu Studi tentang Prinsip-Prinsipnya dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Madinah dan Masa Kini*, Penerbit Kencana, Jakarta, 2003, hlm. 17-18

Sejarah singkat di atas mengasumsikan bahwa konstitusi haruslah tertulis, sehingga sebelum adanya konstitusi tertulis sangat mungkin sudah berkembang adanya konsitusi dalam arti luas yang berkembang di tengah-tengah kehidupan masyarakat saat itu. Pada zaman modern, kemudian dikenal bahwa konstitusi pastilah dokumen tertulis. Secara sederhana konstitusi diartikan ”... *a constitution is document which contains the rules for the operation of an organization*”.⁸⁰ Dokumen tersebut haruslah tertulis karena dia akan mengatur sekian banyak lembaga dan struktur yang ada di dalamnya. Dia harus tertulis juga untuk menjamin bahwa ketika terjadi perselisihan antar struktur yang ada di dalamnya akan dengan mudah diselesaikan dan tidak ada perdebatan mengenai sumber apa yang dapat digunakan sebagai alat pemutus sengketa tersebut. Sengketa mana pasti akan terjadi antar struktur yang ada dalam organisasi.

Organisasi yang dimaksud adalah organisasi besar yang di dalamnya terdapat berbagai struktur baik sebagai alat kelengkapan organisasi maupun struktur independen tetapi tetap memiliki hubungan dengan organisasi tersebut. Organisasi terbesar yang memiliki struktur paling rumit adalah negara. Oleh karena negara pada umumnya selalu memiliki naskah tertulis yang disebut konstitusi atau Undang-Undang Dasar. Selama ini hanya Inggris dan Israel yang dikenal sebagai negara yang tidak mempunyai Undang-Undang Dasar.⁸¹ Walaupun demikian, dua negara tersebut tetap saja memiliki konstitusi dalam arti luas yaitu bangunan aturan yang tumbuh dan berkembang dalam praktik ketatanegaraan yang di Inggris dikenal dengan sebutan adat istiadat atau kebiasaan yang mengatur susunan dan kekuasaan organ-organ negara dan yang mengatur hubungan-hubungan di antara berbagai organ-organ

⁸⁰ Jimly Asshidiqie, ... *op. cit.*, hlm. 16-17

⁸¹ *Ibid.*

negara dan yang mengatur hubungan-hubungan di antara berbagai organ negara itu satu sama lain, serta hubungan organ-organ negara itu dengan warga negara.

James Bryce seperti dikutip oleh C. F. Strong mengatakan bahwa konstitusi adalah "suatu kerangka masyarakat politik (negara) yang diorganisir dengan dan melalui hukum. Dengan kata lain, hukum menetapkan adanya lembaga-lembaga permanen dengan fungsi yang telah diakui dan hak-haknya telah ditetapkan".⁸² Konstitusi dapat pula dikatakan sebagai sekumpulan prinsip-prinsip yang mengatur kekuasaan pemerintahan, hak-hak pihak yang diperintah (rakyat) dan hubungan di antara keduanya. Secara praktis, konstitusi dapat berupa satu dokumen tertulis utuh yang bisa diubah dan diamandemen menurut kebutuhan dan perkembangan zaman dan juga dapat berupa sekumpulan hukum yang terpisah dan memiliki otoritas khusus sebagai dokumen konstitusi.

Hampir semua negara di dunia ini mendasarkan praktik penyelenggaraan negara kepada konstitusi tertulis. Konstitusi inilah yang akan menjadi rujukan bagi penyelenggara negara dan semua organnya dalam menjalankan pemerintahan. Konstitusi berfungsi sebagai pengikat utama semua organ yang ada dalam negara. Secara rinci fungsi konstitusi menurut Jimly Asshidiqie adalah :⁸³

1. Fungsi penentu dan pembatas kekuasaan organ negara.
2. Fungsi pengatur hubungan kekuasaan antar organ negara.
3. Fungsi pengatur hubungan kekuasaan antar organ negara dengan warga negara.
4. Fungsi pemberi atau sumber legitimasi terhadap kekuasaan negara.

⁸² C. F. Strong, *Konstitusi Politik Moderen, Kajian tentang Sejarah dan Bentuk-Bentuk Konstitusi Dunia*, Penerbit Nusamedia, Yogyakarta 2004, hlm. 15

⁸³ Jimly Asshidiqie, ... *op. cit.*, hlm. 27

5. Fungsi penyalur atau pengalih kewenangan dari sumber kekuasaan yang asli (yang dalam sistem demokrasi adalah rakyat) kepada organ negara.
6. Fungsi simbolik sebagai pemersatu (*symbol of unity*).
7. Fungsi simbolik sebagai rujukan identitas dan kagungan kebangsaan (*identity of nation*).
8. Fungsi simbolik sebagai pusat upacara (*center of ceremony*).
9. Fungsi sebagai sarana pengendalian masyarakat (social control) baik dalam arti sempit hanya di bidang politik maupun dalam arti luas mencakup bidang sosial dan ekonomi.
10. Fungsi sebagai sarana perekayasaan dan pembrauan masyarakat (*social engineering atau social reform*), baik dalam arti sempit maupun dalam arti luas.

Keberadaan konstitusi merupakan keniscayaan bagi negara modern. Konstitusi berguna untuk memperjelas ideologi, sistem ketatanegaraan serta bagi kewenangan antar lembaga negara. Konstitusi juga berguna untuk melakukan pembatasan agar kekuasaan tidak dijalankan secara sewenang-wenang serta menjamin hak-hak yang diperintah. Beberapa hal itulah tujuan konstitusi dibentuk. C.F. Strong mengatakan bahwa tujuan konstitusi adalah “*to limit the arbitrary action of the government, to guarantee the rights of the governed, and to define the operation of the sovereign power.*”⁸⁴

⁸⁴ C.F. Strong, *Modern Political Constitution*, Sidwick and Jackson Ltd, London, 1963 sebagaimana dikutip oleh Dahlan Taib, Jazim Hamidi dan Ni'matul Huda, *Teori dan Hukum Konstitusi*, Rajawali Press, Jakarta, 2006, hlm. 24

Koerniatmanto Soetoprawiro berpendapat bahwa tujuan konstitusi ada dua hal antara lain:⁸⁵

1. Untuk memberikan pembatasan dan pengawasan terhadap kekuasaan politik; dan
2. Untuk membebaskan kekuasaan politik dari kontrol mutlak para penguasa, serta menetapkan bagi para penguasa tersebut batas-batas kekuasaan mereka.

B. Hukum Hak Asasi Manusia

(1) Konsep dan Prinsip Dasar Hak Asasi Manusia

Hak asasi manusia merupakan kristalisasi dari berbagai sistem nilai dan filsafat tentang manusia dan seluruh aspek kehidupannya. Fokus utama dari hak asasi manusia adalah kehidupan dan martabat manusia. Martabat manusia akan terganggu ketika mereka menjadi korban penyiksaan, menjadi korban perbudakan atau pemiskinan, termasuk jika hidup tanpa kecukupan pangan, sandang dan perumahan.

Gagasan tentang nilai luhur martabat manusia, yang menjadi esensi gagasan hak asasi manusia modern, dapat ditemukan dalam semua ajaran agama. Selain itu, prinsip kesetaraan yang menjadi salah satu prinsip utama hak asasi manusia juga banyak mendapatkan pengakuan normatif dalam berbagai ajaran agama. Abdullahi A. An-Na'im menyebut prinsip ini dengan istilah 'Prinsip Emas' (*Golden Rule*). Ruh utama dari prinsip ini adalah adanya prinsip hubungan timbal balik (resiprositas) dalam hubungan kemanusiaan (termasuk hubungan antara penguasa dan rakyat), yakni tuntunan untuk memperlakukan orang lain sebagaimana kita ingin

⁸⁵ Koerniatmanto Soetoprawiro, 'Konstitusi: Pengertian dan Pekembangannya', *Pro Justicia*, No. 2 Tahun V, Mei 1987, sebagaimana dikutip oleh Dahlan Taib, Jazim Hamidi dan Ni'matul Huda, ... *ibid.*

diperlakukan.⁸⁶ Islam misalnya mengajarkan umatnya untuk mencintai saudaranya seperti ia mencintai diri sendiri, dan itu merupakan prasyarat kesempurnaan iman. Islam juga mengajarkan agar umatnya memberikan harta kepada saudaranya berupa sesuatu yang paling ia sukai, dan itu merupakan prasyarat untuk memperoleh kebaikan.⁸⁷ Bagaimana memperlakukan orang lain menjadi fokus besar dalam tradisi ajaran Islam. Ajaran tentang perlakuan terhadap orang lain tersebut sesungguhnya dapat ditemukan dalam seluruh agama-agama. Abdullahi A. An-Na'im memposisikan kesamaan ajaran berupa 'Prinsip Emas' ini menjadi salah satu landasan normatif bagi prinsip kesetaraan dan non-diskriminasi yang menjadi prinsip dasar gagasan hak asasi manusia dewasa ini. Pada kesempatan yang lain An-Naim menyatakan bahwa ada satu prinsip normative umum yang dimiliki oleh semua tradisi kebudayaan besar yang mampu menopang gagasan universalitas hak asasi manusia. Prinsip tersebut adalah 'seseorang harus memperlakukan orang lain sama seperti ia menginginkan diperlakukan orang lain'. Aturan moral ini mengacu pada prinsip resiprositas yang mengakar kuat di hampir seluruh agama-agama besar dan proposisi yang sederhana tersebut dengan mudah diapresiasi oleh semua umat manusia, baik tradisi kultural maupun persuasi filosofis.⁸⁸ Tantangan penerapan prinsip resiprositas adalah ketika harus bersikap dengan orang yang berbeda baik jenis kelamin atau kepercayaan agama. Tujuan prinsip resiprositas adalah bahwa seseorang harus mencoba mencapai sistem taksiran yang paling dekat untuk menempatkan dirinya dalam posisi orang lain. Ini mengasumsikan adanya kesamaan

⁸⁶ Abdullahi A. An-Na'im, 'Shari'a and Basic Human Rights Concerns' dalam *Liberal Islam A Sourcebook*, Oxford University Press, New York, 1998, hlm. 223

⁸⁷ Al-Qur'an Surat Ali Imran ayat 92

⁸⁸ Abdullahi Ahmed An-Na'im, *Toward an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights, and Internasional Law*, diterjemahkan oleh Ahmad Suaedy dan Amirudin ar-Rany, *Dekonstruksi Syari'ah, Wacana Kebebasan Sipil, Hak Asasi Manusia, dan Hubungan Internasional dalam Islam*, LKiS, Yogyakarta, 2004, hlm. 268

posisi dengan orang lain dalam semua hal termasuk jenis kelamin dan agama. Sifat resiprositas adalah saling menguntungkan, sehingga ketika orang mengidentifikasi diri dengan orang lain, maka seseorang seyogyanya menggunakan prinsip timbal balik yang sama terhadap sistem kepercayaan orang lain.⁸⁹

Bunyi 'Prinsip Emas' sebagaimana dijelaskan di atas secara lengkap adalah sebagai berikut:⁹⁰

Islam : “No one of you is a believer until he desires for this brother that which he desires for him self”.

Hinduism : “ Do naught to others which, if done to thee, would cause thee pain: this is the sum of duty”.

Judaism : “What is hateful for you, do not to your fellow man. That is the entire law; all the rest is commentary”.

Christianity : “Do unto others as you would have them do unto you”.

Buddhism : “Hurt not others in ways that you yourself would find hurtful”.

Secara filosofis, akar nilai dan perspektif hak asasi manusia memang tidak dapat dipisahkan dari perkembangan agama, namun demikian tidak sedikit kalangan yang mempertanyakan kaitan antara hak asasi manusia dan nilai agama karena bagi mereka agama memiliki aspek kontradiksi yang cukup tinggi serta dalam sejarah peradaban manusia merupakan factor penyumbang peperangan dan kekerasan yang cukup panjang. Agama juga memiliki karakter elitis dimana hanya orang-orang tertentu dari kaum 'tinggi' yang dianggap memiliki otoritas untuk menafsirkan agama.⁹¹ Secara historis, banyak kalangan menganggap bahwa akar filosofis dari munculnya gagasan hak asasi manusia adalah teori hak kodrati (*natural rights theory*) yang dikembangkan oleh para pemikir Abad Pencerahan di Eropa, seperti John Locke, Thomas Paine dan Jean Jacques Rousseau. Intisari teori hak kodrati

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Manfred Nowak, *Introduction to The International Human Rights Regime*, Nijhoff Publishers, Leiden, 2003, hlm. 9

⁹¹ David O. Brink, *The Autonomy of Ethics*, dalam Michael Martin, *The Cambridge Companion to Atheism*, Cambridge University Press, New York, 2007, hlm. 149 sebagaimana dirujuk oleh Pranoto, *Hukum HAM Internasional, ... op. cit.*, hlm. 178

adalah pemikiran bahwa semua individu dikaruniai oleh alam hak-hak yang melekat pada dirinya, dan karena itu ia tidak dapat dicabut oleh negara. Teori hak kodrati menganggap bahwa hak-hak alamiah semua individu tersebut tidak lahir dari pengakuan politis yang diberikan negara pada mereka. Teori hak kodrati erat kaitannya dengan teori ‘kontrak sosial’ (*social contract*) yang merujuk pada suatu kesepakatan sosial dan politik bahwa perlindungan atas hak-hak individu yang tidak dapat dicabut tersebut diserahkan kepada negara. Apabila penguasa negara mengabaikan kontrak sosial itu dengan melanggar hak-hak kodrati individu, maka rakyat di negara itu bebas menurunkan sang penguasa dan menggantikannya dengan suatu pemerintah yang bersedia menghormati hak-hak tersebut. Gagasan mengenai hak-hak kodrati inilah yang melandasi munculnya berbagai revolusi yang meletup di Inggris, Amerika Serikat dan Perancis pada abad ke-17 dan ke-18.⁹²

Secara terminologis, dalam bahasa Inggris hak asasi manusia dikenal dengan empat istilah yaitu (a) *human rights*; (b) *fundamental rights*; (c) *citizens' rights*; dan (d) *collective rights*.⁹³ *Human rights* dianggap sebagai terminologi yang paling memadai dan paling komprehensif dan terminologi ini dapat menampung aspek internasional dan aspek nasional dari hak asasi manusia. Sedangkan terminologi *fundamental freedom* hanya lebih mengacu pada aspek nasional. Istilah *citizens' rights* ditemukan di dalam *Declaration des droits de l'Homme et du Citoyen* tahun 1789 di Perancis. Penyebutan *citizens' rights* masih dianggap memungkinkan sepanjang hak yang dimaksud adalah seperti kebebasan berbicara, berorganisasi dan berkumpul, termasuk kebebasan untuk bergerak melewati batas negara. Hari ini, hanya tinggal sedikit dari hak-hak politik yang bisa disebut sebagai *citizens' rights*

⁹² Manfred Nowak, *Introduction to ... loc. cit.*

⁹³ *Ibid.*, hlm. 4

seperti hak untuk memilih dan dipilih. Terminologi yang ketiga adalah *collective rights* yang ditemukan dalam *African Charter on Human and Peoples' Rights* tahun 1981. Piagam ini memberikan pembedaan yang cukup tegas antara *individual rights* dan *collective rights*. Di antara empat terminologi tersebut, *human rights* yang dalam diterjemahkan ke dalam Bahasa Indonesia menjadi hak asasi manusia dianggap sebagai terminologi yang paling komprehensif dan memadai serta dalam praktik paling banyak digunakan.⁹⁴

Di Indonesia, hak asasi manusia dipahami sebagai hak yang universal dan melekat pada manusia. Soetandyo Wignjosoebroto mendefinisikan hak asasi manusia sebagai hak-hak mendasar (fundamental) yang diakui secara universal sebagai hak-hak yang melekat pada manusia karena hakikat dan kodratnya sebagai manusia. Hak-hak ini disebut 'universal' karena hak-hak ini dinyatakan sebagai bagian dari kemanusiaan setiap sosok manusia, apapun warna kulit, jenis kelamin, usia, latar belakang budaya, agama atau kepercayaannya. Sementara dikatakan 'melekat' atau 'inheren' karena hak-hak itu dimiliki setiap manusia semata-mata karena keberadaannya sebagai manusia dan bukan karena pemberian dari suatu organisasi kekuasaan manapun. Karena bersifat 'melekat', maka hak-hak tersebut juga tidak dapat dirampas atau dicabut.⁹⁵

Sementara itu, Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia mendefinisikan hak asasi manusia adalah seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Soetandyo Wignjosoebroto, 'Hak-Hak Asasi Manusia: Konsep Dasar dan Pengertiannya Yang Klasik pada Masa-Masa Awal Perkembangannya' dalam *Toleransi dalam Keragaman: Visi untuk Abad ke-21 Kumpulan Tulisan tentang Hak Asasi Manusia*, Pusat Studi Hak Asasi Manusia Universitas Surabaya dan The Asia Foundation, Surabaya, 2003, hlm. 4

negara, hukum, pemerintah, dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia.

Penjelasan di atas menunjukkan bahwa hak asasi manusia telah menjadi bagian dari system nilai yang harus ditegakkan dan dihormati oleh seluruh umat manusia. Hak asasi manusia menjadi system nilai baru yang di dalamnya terkandung seperangkat elemen nilai dan prinsip yang harus ditegakkan bersama-sama umat manusia. Prinsip-prinsip hak asasi manusia kemudian dpositifkan di dalam beberap instrument dengan penjelasan di bawah ini.

Manfred Nowak menyebut bahwa prinsip hak asasi manusia ada empat yaitu universal (*universality*), tak terbagi (*indivisibility*), saling bergantung (*interdependent*), saling terkait (*interrelated*).⁹⁶ Rhona K.M. Smith menambahkan prinsip lain yaitu kesetaraan (*equality*) dan non-diskriminasi (*non-discrimination*).⁹⁷ Beberapa kalangan menyebutkan bahwa prinsip tak terbagi (*indivisibility*), saling bergantung (*interdependent*) dan saling terkait (*interrelated*) merupakan prinsip turunan dari prinsip universal (*universality*).

Prinsip tak terbagi (*indivisibility*) dimaknai dengan ‘semua hak asasi manusia adalah sama-sama penting dan oleh karenanya tidak diperbolehkan mengeluarkan hak-hak tertentu atau kategori hak tertentu dari bagiannya’. Prinsip universal (*universality*) dan prinsip tak terbagi (*indivisibility*) dianggap sebagai ‘dua prinsip kudus/suci paling penting’ (*the most important sacred principle*). Dua-duanya menjadi slogan utama dalam ulang tahun Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia yang ke-lima puluh yaitu ‘semua hak asas manusia untuk semua manusia’ (*all human*

⁹⁶ *Ibid.*, hlm. 27

⁹⁷ Rhona K.M. Smith, *Texbook on ... op. cit.*, hlm. 184 sebagaimana ditegaskannya lagi dalam Knut D. Asplun, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (editor), ... *op. cit.*, hlm. 41

rights for all).⁹⁸ Juga ditegaskan di dalam Pasal 5 Deklarasi Wina tentang Program Aksi yang berbunyi ‘semua hak asasi manusia adalah universal, tak terbagi, saling bergantung, saling terkait (*all human rights are universal, indivisible, interdependent and interrelated*).

Kesetaraan (*equality*) dianggap sebagai prinsip hak asasi manusia yang sangat fundamental. Kesetaraan dimaknai sebagai perlakuan yang setara, dimana pada situasi yang sama harus diperlakukan dengan sama, dan dimana pada situasi berbeda--dengan sedikit perdebatan--diperlakukan secara berbeda. Kesetaraan juga dianggap sebagai prasyarat mutlak dalam negara demokrasi. Kesetaraan di depan hukum, kesetaraan kesempatan, kesetaraan akses dalam pendidikan, kesetaraan dalam mengakses peradilan yang fair dan lain-lain merupakan hal penting dalam hak asasi manusia. Diskriminasi terjadi ketika setiap orang diperlakukan atau memiliki kesempatan yang tidak setara seperti *inequality before the law, inequality of treatment, inequality of education opportunity* dan lain-lain. Diskriminasi kemudian dimaknai sebagai ‘*a situation is discriminatory of unequal if like situations are treated differently or different situation are treated similarly* (sebuah situasi dikatakan diskriminatif atau tidak setara jika situasi sama diperlakukan secara berbeda dan/atau situasi berbeda diperlakukan secara sama). Prinsip non-diskriminasi (*non-discrimination*) kemudian menjadi sangat penting dalam hak asasi manusia. Diskriminasi memiliki dua bentuk yaitu (a) diskriminasi langsung, yaitu ketika seseorang baik langsung maupun tidak langsung diperlakukan secara berbeda daripada lainnya, sedangkan (b) diskriminasi tidak langsung, yaitu ketika dampak praktis dari hukum dan/atau kebijakan merupakan bentuk diskriminasi walaupun hal

⁹⁸ Eva Brems, ... *op. cit.*, hlm. 14

itu tidak ditujukan untuk tujuan diskriminasi.⁹⁹ Pemahaman diskriminasi kemudian meluas dengan dimunculkannya indikator diskriminasi yaitu berbasis pada ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, pendapat politik atau opini lainnya, nasionalitas atau kebangsaan, kepemilikan atas suatu benda, status kelahiran atau status lainnya.¹⁰⁰ Namun demikian, perkembangan gagasan hak asasi manusia memunculkan terminologi baru yaitu diskriminasi positif (*affirmative action*). Diskriminasi positif dimaknai sebagai memperlakukan orang secara sama padahal situasinya berbeda dengan alasan positif. Hal ini diperlukan agar perbedaan yang mereka alami tidak terus menerus terjadi. Tindakan afirmatif ini membolehkan negara memperlakukan secara lebih kepada kelompok tertentu yang tidak terwakili seperti adanya kuota 30 persen keterwakilan perempuan di parlemen sebagaimana diatur di dalam undang-undang pemilihan umum atau penerimaan perempuan di dunia kerja dibanding laki-laki. Jika seorang laki-laki dan seorang perempuan memiliki kualifikasi dan pengalaman yang sama kemudian melamar pekerjaan yang sama, maka perusahaan atau negara diizinkan untuk menerima si perempuan hanya dengan alasan karena lebih banyak laki-laki yang melamar pekerjaan tersebut dan secara umum laki-laki telah banyak bekerja dibanding perempuan.¹⁰¹

(2) Generasi Hak Asasi Manusia

Secara internasional, konsep dan pemikiran hak asasi manusia pada satu era sangat terkait dengan kondisi dan perkembangan-perkembangan sosial-politik pada era tersebut. Oleh karena itu, Karel Vasak menggunakan istilah “generasi” untuk

⁹⁹ *Ibid.* Juga ditegaskan oleh Christian Tomuscat, ... *op. cit.*, hlm. 41-43

¹⁰⁰ Pasal 1 *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CRC)*.

¹⁰¹ Knut D. Asplun, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (editor), ... *loc. cit.*

menunjuk pada substansi dan ruang lingkup hak asasi manusia yang dipengaruhi oleh situasi sosial politik pada waktu itu. Menurut Vasak, penggolongan ‘generasi’ hak asasi manusia ke dalam tiga generasi dipengaruhi slogan Revolusi Perancis yang terkenal yaitu: “kebebasan (*liberte*), persamaan (*egalite*), dan persaudaraan (*fraternity*)”.¹⁰² *Liberte* mewakili generasi **pertama** yaitu hak-hak sipil dan politik, *egalite* mewakili generasi **kedua** yaitu hak-hak ekonomi, sosial dan budaya dan *fraternite* mewakili generasi **ketiga** yaitu yakni hak-hak solidaritas.¹⁰³ Penjelasan dari pengelompokan tersebut akan dijelaskan di bawah ini.

(a) **Generasi Pertama Hak Asasi Manusia**

“Kebebasan” (*liberte*) sering digunakan untuk mewakili hak-hak sipil dan politik. Hak-hak ini terutama dipengaruhi oleh gagasan-gagasan pembaharuan dalam sistem kekuasaan dan ketatanegaraan yang kemudian menggulirkan berbagai revolusi menentang kekuasaan absolutisme negara di Inggris, Amerika Serikat dan Perancis pada abad ke-17 dan ke-18. Karena kelahirannya yang relatif lebih awal, hak-hak generasi pertama sering disebut sebagai hak-hak klasik. Hak-hak ini pada dasarnya dipahami sebagai otonomi setiap orang atas dirinya sendiri (kedaulatan individu). Hak-hak generasi pertama itu sering pula disebut sebagai “hak-hak negatif” karena tuntutan utamanya terhadap ketiadaan intervensi oleh pihak-pihak luar (baik negara maupun kekuatan-kekuatan sosial lainnya) terhadap kedaulatan individu. Dengan kata lain, hak-hak ini menjamin suatu ruang kebebasan di mana individu sendirilah yang berhak menentukan dirinya sendiri.¹⁰⁴

¹⁰² Karel Vasak, “A 30-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights”, *Unesco Courier*, November, 1977, hlm. 29-32

¹⁰³ Lihat Scott Davidson, *Hak Asasi Manusia*, penerjemah A. Handayana Pudjaatmaka, Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, 1994

¹⁰⁴ *Ibid.*

Termasuk dalam generasi pertama ini adalah hak untuk hidup, hak atas keutuhan jasmani, hak atas kebebasan bergerak, hak atas suaka dari penindasan, hak atas perlindungan terhadap hak milik, kebebasan berpikir, beragama dan berkeyakinan, kebebasan untuk berkumpul dan menyatakan pikiran, hak untuk bebas dari penahanan dan/atau penangkapan sewenang-wenang, hak untuk bebas dari penyiksaan, hak untuk bebas dari hukum yang berlaku surut, dan hak untuk mendapatkan proses peradilan yang adil. Di antara sekian banyak hak-hak tersebut, yang paling utama adalah bahwa hak sipil politik menekankan kebebasan individu intervensi pihak lain terutama negara dan partisipasi aktif dalam proses demokrasi. Hak sipil politik merepresentasikan relasi vertikal antara individu dengan negara dan klaim bahwa negara tidak boleh melakukan intervensi atas kebebasan sipil tersebut.¹⁰⁵

(b) Generasi Kedua Hak Asasi Manusia

“Persamaan” (*egalite*) merujuk pada hak-hak ekonomi, sosial dan budaya. Hak-hak ini muncul dan berkembang dalam tradisi pemikiran sosialis pada awal abad ke-19 dan diperjuangkan melalui berbagai revolusi dan gerakan menuntut negara kesejahteraan. Pada dasarnya, hak-hak ini merupakan respon terhadap penyalahgunaan dari perkembangan kapitalisme dan faham kebebasan individu yang melandasinya, yang cenderung membiarkan dan bahkan membenarkan eksploitasi terhadap kelas pekerja dan bangsa-bangsa jajahan.¹⁰⁶

Secara historis dan konseptual, gagasan tentang hak-hak generasi kedua merupakan tandingan atau kebalikan dari gagasan hak-hak generasi pertama di mana peran aktif atau positif negara lebih ditekankan daripada peran pasif atau negatifnya.

¹⁰⁵ Manfred Nowak, *Introduction ... op. cit.*, hlm. 24

¹⁰⁶ Richard Pierre Claude and Burns H. Weston, *Human Rights in The World Community: Issues and Actions*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1992, hlm. 19

Karena itulah hak-hak ini sering pula disebut sebagai “hak-hak positif”. Artinya, pemenuhan hak-hak tersebut sangat membutuhkan peran aktif negara. Negara, dengan kata lain, dituntut bertindak lebih aktif agar hak-hak tersebut dapat terpenuhi atau tersedia. Karena itu hak-hak generasi kedua ini dirumuskan dalam bahasa yang positif: “hak atas”, bukan dalam bahasa negatif: “bebas dari”. Tugas negara menurut hak generasi kedua ini adalah memastikan terpenuhinya hak untuk bekerja, keamanan sosial, makanan, perumahan, kesehatan, pendidikan dan lain-lain dengan memberikan keuntungan yang positif.¹⁰⁷

(c) Generasi Ketiga Hak asasi manusia

“Persaudaraan” (*fraternite*) mewakili tuntutan atas hak solidaritas atau hak bersama. Hak generasi ketiga ini sangat diilhami oleh situasi di wilayah Selatan dan Afrika terutama dalam kaitannya dengan kolonialisme dan imperialisme. Masyarakat dunia menyadari bahwa di daerah-daerah tersebut terdapat sekelompok manusia yang memiliki akar kepemilikan bersama yang kemudian dianggap sebagai *collective rights*. Secara legal, hak generasi ketiga ini muncul di dalam *African Charter on Human and Peoples’ Rights* tahun 1981. Kemunculan hak generasi ketiga ini memiliki basis normative di dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia yaitu pada kalimat ‘*everyone is entitled to a social and international order in which the rights and freedom set forth in this Declaration can be fully realized*’.

Setidaknya ada enam hak yang dituntut dalam hak-hak generasi ketiga ini. Tiga di antaranya merupakan cermin dari munculnya nasionalisme negara-negara berkembang dan tuntutannya akan distribusi kekuasaan dan kekayaan global yang lebih adil. Tiga hak itu adalah: (1) hak politik, ekonomi, sosial dan budaya untuk

¹⁰⁷ Manfred Nowak, *Introduction ... loc. cit.*

menentukan nasib sendiri, (2) hak atas pembangunan dan (3) hak untuk berpartisipasi dan mengambil keuntungan dari warisan bersama umat manusia (sumber daya bumi dan berbagai kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi). Tiga hak yang lain, yakni (4) hak atas perdamaian, (5) hak atas lingkungan yang sehat dan berimbang, serta (6) hak atas bantuan bencana kemanusiaan. Keenam hak generasi ketiga sebagaimana disebutkan di atas disebut hak-hak kolektif atau hak solidaritas. Sebutan hak kolektif atau hak solidaritas diberikan karena hak-hak tersebut menuntut semua orang dan semua pihak, baik dalam secara nasional maupun skala internasional, untuk memperjuangkan pemenuhan hak-hak tersebut bagi kepentingan seluruh umat manusia.¹⁰⁸ Berbeda dengan Vasak, Nowak menyatakan bahwa hak yang paling menonjol dari hak generasi ketiga ini adalah hak untuk menentukan nasib sendiri (*rights to self determination*) yang harus dimaknai sebagai hak masyarakat terjajah untuk merdeka secara politik dan pengaruh negara-negara kolonial Eropa dan kebebasan untuk mengelola sumber daya alam untuk kepentingan mereka sendiri. Hak generasi ketiga ini juga mendapatkan legitimasi di dalam Pasal 1 Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik dan Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya serta dalam *African Charter on Human and Peoples' Rights*.¹⁰⁹

(3) Genealogi Aktor dan Pelanggaran Hak Asasi Manusia

(a) Aktor dan Pelanggaran Hak Asasi Manusia

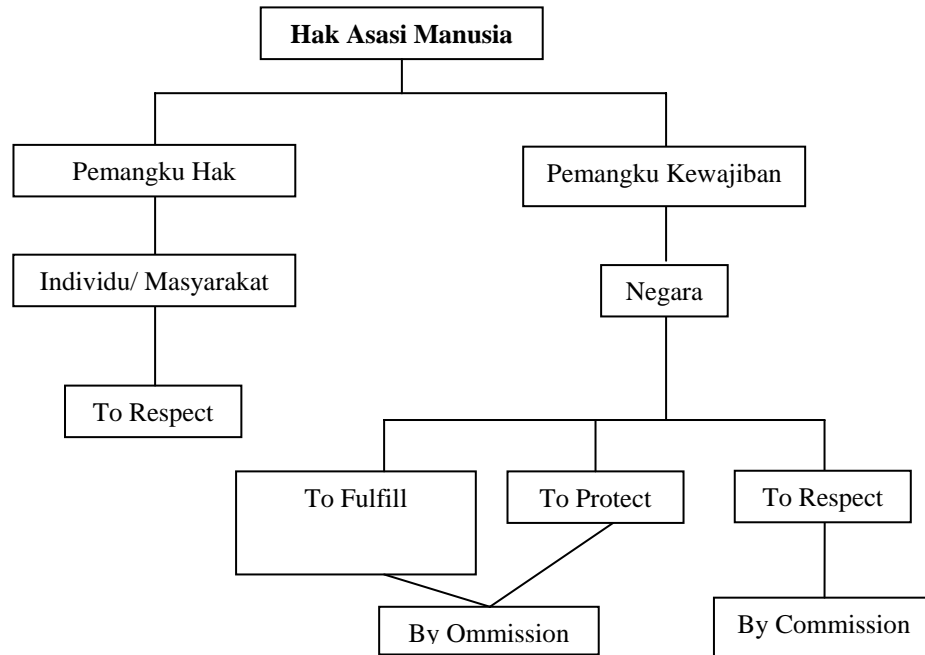
Hak asasi manusia merupakan sistem norma internasional yang menuntut dan merupakan standar minimal (*minimum standard*) bagi negara. Standar minimal inilah

¹⁰⁸ Richard Pierre Claude and Burns H. Weston, *Human Rights in ... op. cit.*, hlm. 20

¹⁰⁹ Manfred Nowak, *Introduction ... op. cit.*, hlm. 25

yang akan digunakan oleh komunitas internasional untuk melakukan evaluasi sekaligus skoring terhadap sejauh mana negara tersebut telah menjalankan kewajiban hak asasi manusia internasionalnya. Sebagaimana dijelaskan pada Bab I bahwa hak asasi manusia merupakan salah satu konsep hukum modern yang secara tegas membedakan antara negara dan warga negara. Perbedaan ini berimplikasi pada mudahnya mengidentifikasi pelanggaran hak asasi manusia yang dilakukan negara dan bagaimana rakyat atau warga negara bisa menggugat. Hak asasi manusia juga memberikan indikator tentang bagaimana dan sejauh mana negara harus melakukan prestasi atas pemberian kewenangan yang diserahkan oleh masyarakat melalui mekanisme politik kepada mereka. Situasi ini memberikan implikasi positif berupa mudahnya negara mengklaim keberhasilan dan kesuksesan atas kinerjanya. Di sisi lain, implikasi negatifnya adalah hak asasi manusia juga dapat digunakan untuk menarik dukungan politik kepada pemerintah karena mereka dianggap lalai atau bahkan secara sengaja melanggar hak-hak masyarakat. Mengenai kejelasan konsep tersebut, berikut ini skema tentang aktor, kewajiban aktor dan bentuk pelanggaran hak asasi manusia.

Bagan 1.



Cara membaca skema di atas adalah sebagai berikut. Hak asasi manusia merupakan rezim hukum modern yang difasilitasi secara lengkap oleh mekanisme hukum internasional yang secara teknis dilakukan oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa. Hak asasi manusia mengkategorikan aktor menjadi dua yaitu *pertama*, pemangku hak (*rights holder*); dan *kedua*, pemangku kewajiban (*duty bearer*). Pemangku hak (*rights holder*) adalah individu/kelompok baik warga negara maupun bukan warga negara, sedangkan pemangku kewajiban (*duty bearer*) adalah negara. Rezim hak asasi manusia tidak lagi membatasi kategorisasi individu warga negara saja, tetapi juga termasuk warga negara asing bahkan individu yang tidak memiliki status kewarganegaraan. Inilah yang membedakannya dengan rezim hukum lain termasuk hukum internasional klasik.¹¹⁰ Negara pada konteks ini dimaknai sebagai setiap orang yang diberi atribusi kewenangan untuk melakukan sesuatu dan/atau tidak melakukan sesuatu atas nama negara. Poin penting pada pemaknaan ini adalah

¹¹⁰ Thomas Buergenthal, *International ... op. cit.*, hlm. 2

adanya kewenangan yang melekat pada dirinya. Jadi, orang tersebut melakukan sesuatu dan/atau tidak melakukan sesuatu atas nama negara dan bukan atas nama pribadi.

Pembedaan dan pengkategorisasian aktor menjadi dua di atas didasarkan pada berbagai instrumen hak asasi manusia internasional baik dalam *Universal Declaration on Human Rights (UDHR)*, dua kovenan utama yaitu *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)* dan *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)* serta dalam kovenan khusus lainnya baik *International Convention on the Elimination of All Forms of racial Discrimination (CERD)*, *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)*, *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT)*, *Convention on the Rights of Child (CRC)* dan yang terbaru adalah *Convention on the Rights of Persons with Dissabilities (CRPD)*. Seluruh instrument internasional hak asasi manusia tersebut selalu mengatur dua hal yaitu *pertama*, setiap orang berhak atas dan *kedua*, negara-negara pihak harus/wajib Kalimat yang tertuang di dalam berbagai instrument tersebut menguatkan adanya pembagian aktor sebagaimana dijelaskan sebelumnya.

Rezim hukum hak asasi manusia Indonesia memberikan skema yang agak berbeda karena diperlebar tidak hanya negara tetapi juga masyarakat. Hal ini tertuang pada Pasal 1 Undang-undang Nomor 39 tahun 1999 yang berbunyi “Hak Asasi Manusia, hak asasi manusia adalah seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara,

hukum, pemerintah, dan **setiap orang** demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia”.

Pada pasal tersebut **‘setiap orang’** dibebani kewajiban yang sama dengan pemerintah dan negara. Hal ini akan mengacaukan sistem pemaknaan aktor dan mengaburkan kewajiban yang harus dilakukan oleh negara. Lebih jauh pemaknaan ini akan mengacaukan pemaknaan terhadap definisi pelanggaran hak asasi manusia.¹¹¹ Pelebaran aktor yang dianut pada Pasal 1 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 memunculkan banyak masalah. Adalah benar bahwa setiap orang juga aktor pemangku kewajiban yaitu kewajiban untuk menghormati (*to respect*) hak dan kebebasan orang lain, namun jika dilihat dari bunyi pasal di atas, setiap orang juga berkewajiban untuk menjunjung tinggi dan melindungi hak asasi manusia. Peletakan **‘hukum’** sebagai pemangku kewajiban juga problematis, karena seyogyanya aktor adalah orang dan/atau institusi, bukan hal yang abstrak seperti hukum. Pemahamannya menjadi benar jika orang dan/institusi yang mewakili negara berkewajiban menggunakan ‘hukum’ sebagai sarana memenuhi, menghormati dan melindungi hak asasi manusia, tetapi bukannya ‘hukum’ yang harus melakukannya sendiri.

Pada penulisan karya akademik ini, penulis menggunakan pendekatan pertama yaitu individu/kelompok sebagai pemangku hak (*rights holder*) dan negara sebagai pemangku kewajiban (*rights holder*). Jika aktor pemangku kewajiban sudah jelas, kemudian apa saja kewajiban negara? Secara prinsip terdapat 3 (tiga) kewajiban negara yaitu (1) menghormati (*to respect*); (2) memenuhi (*to fulfill*); dan (3) melindungi (*to protect*). Ketiga kewajiban ini merupakan kewajiban generic,

¹¹¹ Penjelasan akan statemen ini akan dilakukan pada bagian definisi pelanggaran hak asasi manusia pada bagian lain tulisan ini.

sedangkan kewajiban turunan dari memenuhi (*to fulfill*) adalah mempromosikan (*to promote*) dan memfasilitasi (*to facilitate*). Kategorisasi kewajiban ini didasarkan pada ‘teori status’ milik Georg Jellinek yaitu status negatif berupa hak atas kebebasan dari intervensi (*status negativus = liberal rights of non-interference*), status aktif berupa hak berpartisipasi dalam mekanisme demokrasi (*status activus = democratic participations rights*), dan status positif berupa hak-hak sosial yang mensyaratkan tindakan aktif negara (*status positivus = sosial rights requiring positive state action*).¹¹²

Penjelasan atas 3 (tiga) kewajiban tersebut adalah sebagai berikut:¹¹³

1. Kewajiban untuk menghormati (*to respect*) hak asasi manusia mengacu pada kewajiban untuk bebas dari intervensi negara. Penyediaan peluang intervensi tidak diperbolehkan menggunakan mekanisme limitasi atau klausula reservasi. Intervensi yang tidak sah merupakan pelanggaran hak asasi manusia. Oleh karena itu, hak untuk hidup berhubungan dengan kewajiban negara untuk tidak membunuh; hak atas integritas fisik dan mental berhubungan dengan kewajiban negara untuk tidak menyiksa, hak untuk memilih berhubungan dengan kewajiban negara untuk tidak melarang bahkan mengeluarkan seseorang dari pemilihan umum yang demokratis; sedangkan hak untuk bekerja, kesehatan dan pendidikan berhubungan dengan kewajiban negara untuk menyediakan pekerjaan, fasilitas kesehatan dan sistem pendidikan. Tindakan negara seperti privatisasi dan *outsourcing* layanan kesehatan, sistem pendidikan, pelayanan pengungsi, administrasi dan keamanan tahanan, dan pasar

¹¹² Manfred Nowak, *Introduction to ... op. cit.*, hlm. 48

¹¹³ *Ibid.*, hlm. 48 - 51

bebas merupakan peluang intervensi langsung negara dan konsekuensinya kewajiban negara untuk menghormati menjadi tidak terpenuhi.

2. Kewajiban untuk memenuhi (*to fulfill*) hak asasi manusia mengacu pada kewajiban negara untuk mengambil langkah legislatif, administratif, judicial dan kebijakan praktis untuk memastikan hak-hak yang menjadi kewajibannya dapat terpenuhi hingga pencapaian maksimal. Sebagai contoh setiap orang yang ditahan berhak untuk didampingi pengacara, dokter dan/atau konsulat dari negara mereka sesaat setelah mereka ditahan. Memperlambat pemberian hak ini berpotensi si tahanan disiksa atau dihilangkan. Negara berkewajiban untuk memastikan struktur implementasi domestik juga jaminan legal yang memadai. Hak atas peradilan yang fair sebagaimana diatur pada Pasal 14 Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik mewajibkan negara untuk menyiapkan peradilan yang cukup, hakim yang profesional, dan mekanisme eksekusi putusan yang baik. Hak untuk memilih dan dipilih mewajibkan negara untuk menyiapkan sistem pemilihan yang kredibel sesuai dengan prinsip universal tentang pemilu yaitu kesetaraan, rahasia, langsung dan bebas.

Hak atas pendidikan mewajibkan negara menyiapkan sistem pendidikan yang memadai. Hak atas kesehatan mewajibkan negara menyediakan layanan kesehatan yang baik. Di dalam konteks hak ekonomi, sosial dan budaya, terdapat kewajiban untuk memastikan adanya realisasi bertahap maju (*progressive realization*) dan negara tidak diperbolehkan mengambil kebijakan mundur (*retrogressive*) dalam pemenuhannya.

3. Kewajiban untuk melindungi (*to protect*) hak asasi manusia juga mensyaratkan tindakan aktif dari negara, namun berbeda dengan apa yang dijelaskan pada poin dua di atas, yaitu negara berkewajiban memastikan tidak terjadinya pelanggaran hak asasi manusia oleh individu pribadi. Pada masa lalu, negara tidak memiliki kewenangan untuk masuk ke wilayah privat walaupun di dalamnya banyak terjadi pelanggaran hak asasi manusia. Contoh yang paling mudah adalah kekerasan dalam rumah tangga. Sebagai implikasi dari paham liberalisme, kekerasan dalam rumah tangga yang menimpa perempuan dan anak dianggap sebagai urusan privat yang dilindungi dari intervensi negara. Akibatnya, perkosaan dalam rumah tangga (*marital rape*) dan kekerasan terhadap keluarga tidak dapat dihukum polisi serta pengadilan ditolak untuk menjadi arbitrator penyelesaian urusan keluarga. Para aktivis perempuan kemudian mengadvokasikan hal ini agar masuk dalam wilayah hak asasi manusia. Hasilnya, pada Konferensi Hak Asasi Manusia Dunia Kedua, Perserikatan Bangsa-Bangsa melalui Pasal 38 Deklarasi Wina tahun 1993 memasukkan pentingnya kerja sistematis untuk ‘mengurangi kekerasan terhadap perempuan, baik di wilayah publik maupun privat’. Pada tahun yang sama PBB mengadopsi *Declaration on the Elimination of Violence Against Women*. Pada tahun 1994, Komisi HAM PBB membentuk Pelapor Khusus Tentang Kekerasan Terhadap Perempuan (*Special Rapporteur on Violence Against Women*). Pada tahun 2002, Komisi HAM PBB mengajukan rancangan penelitian meluas tentang kekerasan terhadap anak. Akhirnya Komite Hak Anak menyatakan bahwa

kekerasan terhadap anak termasuk hukuman fisik (*corporal punishment*) oleh orang tua dianggap sebagai pelanggaran terhadap Pasal 19 Konvensi Hak Anak.

Secara historis, kemunculan hak asasi manusia adalah proses pembelaan kepada masyarakat atas tindakan sewenang-wenang yang dilakukan oleh negara dan juga karena tidak seimbangnya posisi negara dengan masyarakat. Negara selalu menjadi pihak yang kuat karena mempunyai wewenang dan kekuasaan sedangkan masyarakat dalam posisi lemah atau dilemahkan karena tidak mempunyai wewenang apapun apalagi kekuasaan. Wewenang dan kekuasaan yang melekat pada negara itulah yang menyebabkan diposisikannya negara sebagai pemangku kewajiban.

Pelanggaran hak asasi manusia oleh karenanya hanya dapat dilekatkan pada negara sebagai konsekuensi pilihan konsep aktor negara sebagai pemangku kewajiban. Sesuai dengan pembagian kewajiban negara di atas, derifasinya ada dua bentuk pelanggaran hak asasi manusia yaitu pelanggaran secara pasif/pembiaran (*by omission*) dan pelanggaran secara aktif (*by commission*). Pelanggaran secara pasif/pembiaran (*by omission*) adalah pelanggaran yang terjadi ketika negara seharusnya secara aktif melakukan kewajibannya untuk memenuhi (*fulfill*) dan melindungi (*protect*) hak asasi manusia tetapi justru negara tidak melakukan kewajibannya tersebut. Ketika negara tidak melakukan kewajiban itulah dia dianggap melakukan pembiaran sehingga terjadilah pelanggaran *by omission*. Contohnya, setiap orang mempunyai hak atas rasa aman, hak atas pendidikan, hak atas kesehatan dan lain-lain. Sehingga negara wajib melindungi masyarakat untuk terciptanya rasa aman dan negara wajib memenuhi pendidikan dan kesehatan masyarakat. Ketika negara membiarkan dan tidak aktif memenuhi dan melindungi hak masyarakat

tersebut, maka negara dianggap telah melakukan pelanggaran *by omission*. Sedangkan pelanggaran *by commission* terjadi ketika negara seharusnya diam dan tidak melakukan sesuatu dan hanya menghormati hak asasi manusia (pasif) tetapi justru negara aktif melakukan perbuatan. Tindakan aktif inilah yang disebut pelanggaran *by commission*. Contohnya, setiap orang mempunyai hak untuk bebas memilih partai politik sesuai dengan pilihan bebasnya, namun ketika negara aktif melakukan pemaksaan agar masyarakat memilih partai politik tertentu, maka negara dianggap telah melakukan pelanggaran *by commission*.¹¹⁴

Pelanggaran hak asasi manusia dikaitkan dengan adanya unsur penyalahgunaan kekuasaan sebagaimana diatur di dalam Deklarasi untuk Korban Kejahatan dan Penyalahgunaan Kekuasaan (*Declaration for Victims of Crime and Abuse of Power*). Di dalam Deklarasi tersebut dirumuskan dua bentuk pelanggaran yaitu *pertama* pelanggaran adalah '*pelanggaran hukum pidana yang berlaku di negara-negara anggota termasuk pelanggaran hukum yang menetapkan penyalahgunaan kekuasaan sebagai kejahatan*'. Pada pemaknaan ini, pelanggaran sebagai perbuatan pidana dan kejahatan penyalahgunaan kekuasaan. *Kedua*, pelanggaran dimaknai sebagai '*perbuatan atau kelalaian (yang dapat dipersalahkan kepada negara) yang belum merupakan pelanggaran hukum pidana nasional tetapi merupakan kaidah yang diakui secara internasional dalam kaitannya dengan hak asasi manusia*'.¹¹⁵ Pemaknaan kedua inilah yang kemudian digunakan untuk merumuskan pelanggaran hak asasi manusia. Perbuatan negara mengacu pada pelanggaran hak asasi manusia

¹¹⁴ Pemaknaan atas pelanggaran hak asasi manusia ini mengacu pada C. de Rover, *To Serve & To Protect, Acuan Universal Penegakan HAM*, Rajawali Press, Jakarta, 2000, hlm. 456. Pemaknaan yang sama dilakukan dalam Knut D. Asplun, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (editor), ... *op. cit.*, hlm. 68-69, dan Suparman Marzuki, *Robohnya Keadilan! Politik Hukum HAM Era Reformasi*, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2011, hlm. 43

¹¹⁵ C. De Rover, ... *ibid.*, hlm. 456

secara aktif (*act of commission*) dan kelalaian negara memunculkan pelanggaran hak asasi manusia secara pasif (*act of omission*).

Definisi sederhananya dengan demikian adalah pelanggaran hak asasi manusia dimaknai sebagai ketidakmauan (*unwillingness*) dan ketidakmampuan (*unability*) negara dalam melakukan tugasnya yaitu menghormati (*to respect*); (2) memenuhi (*to fulfill*); dan (3) melindungi (*to protect*). Setiap kewajiban yang diberikan kepada negara, di dalamnya inheren ada wewenang bagi negara. Ketika negara wajib menyelenggarakan pendidikan dan pelayanan kesehatan, maka negara berwenang untuk menarik pajak dari masyarakat. Ketika negara wajib melindungi warga negara, maka negara berwenang menangkap seseorang yang dianggap mengganggu keamanan, bahkan dengan menggunakan sarana kekerasan seperti senjata api dan pentungan serta sarana lain.¹¹⁶

Konsep hak asasi manusia internasional hanya mengenal satu bentuk kewajiban bagi individu dan/atau kelompok yaitu menghormati hak asasi manusia (*to respect*), sehingga masyarakat tidak mempunyai kewajiban *to fulfill* (memenuhi) dan *to protect* (melindungi). Prinsip ini dapat ditemukan pada bunyi akhir mukaddimah Deklarasi Hak dan Kewajiban Individu, Kelompok dan Badan-badan Masyarakat untuk Pemajuan dan Perlindungan Hak Asasi Manusia dan Kebebasan Dasar yang Diakui secara Universal yang diadopsi oleh resolusi Majelis Umum 53/144 pada 9 Desember 1948. Bunyinya “Mengakui hak dan tanggungjawab individu, kelompok dan perkumpulan untuk memajukan penghormatan dan memperkuat pengetahuan

¹¹⁶ Untuk mengimbangi konsep hak dan kewajiban yang seringkali diperdebatkan oleh banyak kalangan, ada baiknya konsep tentang hal tersebut diungkap. Dalam konteks hak asasi manusia nasional Indonesia, dikenal ada Hak Asasi Manusia dan Kewajiban Dasar Manusia (Pasal 1 ayat (1) dan (2) UU No. 39 tahun 1999). Kewajiban Dasar Manusia diartikan sebagai “seperangkat kewajiban yang apabila tidak dilaksanakan, tidak memungkinkan terlaksana dan tegaknya hak asasi manusia”.

mengenai hak asasi manusia dan kebebasan dasar di tingkat nasional dan internasional”.

Pemaknaan sebagaimana dijelaskan di atas berbeda dengan bagaimana sistem peraturan perundang-undangan di Indonesia mengaturnya. Di Indonesia, masyarakat umum (orang perorangan/sekolompok orang) dapat dikategorikan sebagai pelanggar hak asasi manusia. Hal ini didasarkan pada Pasal 1 ayat (6) UU Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia yang berbunyi “pelanggaran hak asasi manusia adalah **setiap perbuatan seseorang atau sekelompok orang** termasuk aparat negara baik disengaja maupun tidak disengaja atau kelalaian yang secara melawan hukum mengurangi, menghalangi, membatasi, dan/atau mencabut hak asasi manusia seseorang atau sekelompok orang yang dijamin oleh undang-undang ini, dan tidak mendapatkan, atau dikhawatirkan tidak akan memperoleh penyelesaian hukum yang adil dan benar, berdasarkan mekanisme hukum yang berlaku”.

Pemahaman sebagaimana diatur dalam Undang-Undang di atas menyamaratakan pelanggaran hak asasi manusia dengan tindak pidana biasa seperti, pembunuhan, perampokan, pencurian dan sebagainya. Anggapan seperti itu telah keluar dari konteks sebenarnya, karena pelanggaran hak asasi manusia harus dilihat dalam prespektif yang khusus, yaitu adanya penyalahgunaan kekuasaan/kewenangan (*abuse of power*), artinya para pelaku bertindak atas nama kekuasaan/kewenangan yang dimilikinya dan bukan atas nama pribadi. Perbuatan tersebut dilakukan di dalam atau berkaitan dengan kedudukannya di pemerintahan. Maka ketika individu atau sekelompok individu ”melanggar” hak asasi manusia individu atau sekelompok individu lain hal tersebut berada di luar konteks hak asasi manusia mengingat tidak

adanya elemen kekuasaan/kewenangan yang mereka miliki. Hal ini berarti, hanya negara dan segenap aparatur pemerintahan yang dapat dikategorikan sebagai pelanggar hak asasi manusia, bukan masyarakat biasa ataupun kelompok masyarakat.

Pelanggaran hak asasi manusia juga dapat terjadi terhadap kasus-kasus yang berdimensi hak ekonomi, sosial dan budaya; seperti hak atas pendidikan, hak atas kesehatan, hak atas pekerjaan dan hak atas perumahan. Dikatakan pelanggaran jika negara tidak mampu memenuhi kebutuhan minimal yang disebutkan dalam Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya. Misalnya, jumlah pengganguran yang mencapai 8 juta orang menyebabkan pemerintah Indonesia dituntut untuk secara bertahap mengurangi jumlah tersebut sesuai dengan kemampuan negara. Namun jika negara gagal melakukan kewajibannya tersebut, maka pemerintah dianggap telah melanggar hak asasi manusia. Model penyelesaian pelanggaran terhadap isi Kovenan ini di Indonesia belum tersedia, sehingga masyarakat yang ingin menuntut pemenuhan terhadap hak ini tidak dapat melakukannya secara serta merta kepada pengadilan. Hal yang dapat dilakukan oleh masyarakat adalah meminta organisasi non pemerintah untuk melakukan advokasi terhadap kepentingan-kepentingan masyarakat sendiri atau melaporkan kepada Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (KOMNAS HAM) yang memiliki fungsi pemantuan terhadap pelaksanaan hak asasi manusia di Indonesia.

(b) Problem Konseptual Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat¹¹⁷

Sub bab ini sengaja diberi judul bernada provokatif yaitu “Problem Konseptual tentang Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat”. Penjelasan atas sub judul ini

¹¹⁷ Penggunaan istilah ‘Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat’ mengacu pada Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

akan ditemukan pada bagian ahir sub judul ini. Demi penjelasan yang lengkap tentang problem konseptual tersebut, berikut dijelaskan bagaimana sistem hukum Indonesia mendefinisikan Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat dan bagaimana rezim hukum internasional mengaturnya.

Penjelasan tentang pelanggaran hak asasi manusia yang berat akan menggunakan dua kualifikasi, yaitu model yang digunakan oleh masyarakat Internasional dengan mengacu pada Statuta Roma (*Rome Statute*) dan model yang berlaku di Indonesia mengacu pada Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000. Berikut ini penjelasannya.

1. Model Statuta Roma

Statute for an International Criminal Court (Statuta Mahkamah Pidana Internasional) yang kemudian lebih dikenal sebagai Statuta Roma disepakati dalam *International Diplomatic Conference* di Roma pada tanggal 17 Juli 1998. Statuta tersebut menyebutkan bahwa tindak kejahatan internasional adalah kejahatan paling serius (*the most serious crime*) yang menyangkut nurani masyarakat internasional secara keseluruhan antara lain genosida (*genocide*), kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*), kejahatan perang (*war crimes*), dan kejahatan agresi (*crimes of aggression*).

Perlu diketahui bahwa Statuta ini tidak dapat diberlakukan secara surut. Kedudukan Mahkamah menurut Statuta ini adalah permanen, artinya bahwa kasus yang terjadi pada masa lampau sebelum disahkannya Statuta ini tidak dapat diadili berdasarkan Statuta, seperti yang terjadi dalam kasus Rwanda dan Yugoslavia. Penjelasan mengenai empat macam pelanggaran berat hak asasi manusia sebagaimana disebutkan di atas adalah sebagai berikut.

Pasal 6 Statuta Roma menyebutkan kriteria Genosida dengan menyebutkan:

Untuk keperluan Statuta ini, “genosida” berarti setiap perbuatan berikut ini yang dilakukan dengan tujuan untuk menghancurkan, seluruhnya atau untuk sebagian, suatu kelompok nasional, etnis, ras atau keagamaan, seperti misalnya:

- (a) Membunuh anggota kelompok tersebut;
- (b) Menimbulkan luka fisik atau mental yang serius terhadap para anggota kelompok tersebut;
- (c) Secara sengaja menimbulkan kondisi kehidupan atas kelompok tersebut yang diperhitungkan akan menyebabkan kehancuran fisik secara keseluruhan atau untuk sebagian;
- (d) Memaksakan tindakan-tindakan yang dimaksud untuk mencegah kelahiran dalam kelompok tersebut;
- (e) Memindahkan secara paksa anak-anak dari kelompok itu kepada kelompok lain.

Pasal 7 Statuta Roma tentang Kejahatan terhadap Kemanusiaan:

1. Untuk keperluan Statuta ini, “kejahatan terhadap kemanusiaan” berarti salah satu dari perbuatan berikut ini apabila dilakukan sebagai bagian dari serangan meluas atau sistematis yang ditujukan kepada suatu populasi sipil, yang diketahuinya akan serangan tersebut:
 - (a) Pembunuhan;
 - (b) Pemusnahan;
 - (c) Perbudakan;
 - (d) Deportasi atau pemindahan paksa penduduk;
 - (e) Pemenjaraan atau perampasan berat atas kebebasan fisik dengan melanggar aturan-aturan dasar hukum internasional;
 - (f) Penyiksaan;
 - (g) Perkosaan, perbudakan seksual, pemaksaan prostitusi, penghamilan paksa, pemaksaan sterilisasi, atau suatu bentuk kekerasan seksual lain yang cukup berat;
 - (h) Penganiayaan terhadap suatu kelompok yang dapat diidentifikasi atau kolektivitas atas dasar politik, ras, nasional, etnis, budaya, agama, gender sebagai didefinisikan dalam ayat 3, atau atas dasar lain yang secara universal diakui sebagai tidak diizinkan berdasarkan hukum internasional, yang berhubungan dengan setiap perbuatan yang dimaksud dalam ayat ini atau setiap kejahatan yang berada dalam yurisdiksi Mahkamah;
 - (i) Penghilangan paksa;
 - (j) Kejahatan apartheid;

- (k) Perbuatan tak manusiawi lain dengan sifat sama yang secara sengaja menyebabkan penderitaan berat, atau luka serius terhadap badan atau mental atau kesehatan fisik.
2. Untuk keperluan ayat 1:
- (a) “Serangan yang ditujukan terhadap suatu kelompok penduduk sipil” berarti serangkaian perbuatan yang mencakup pelaksanaan berganda dari perbuatan yang dimaksud dalam ayat 1 terhadap kelompok penduduk sipil, sesuai dengan atau sebagai kelanjutan dari kebijakan Negara atau organisasi untuk melakukan serangan tersebut;
 - (b) “Pemusnahan” mencakup ditimbulkannya secara sengaja pada kondisi kehidupan, antara lain dihilangkannya akses kepada pangan dan obat-obatan, yang diperhitungkan akan membawa kehancuran terhadap sebagian penduduk.
 - (c) “Perbudakan” berarti pelaksanaan dari setiap atau semua kekuasaan yang melekat pada hak kepemilikan atas seseorang dan termasuk dilaksanakannya kekuasaan tersebut dalam perdagangan manusia, khususnya orang perempuan dan anak-anak;
 - (d) “Deportasi atau pemindahan penduduk secara paksa” berarti perpindahan orang-orang yang bersangkutan secara paksa dengan pengusiran atau perbuatan pemaksaan lainnya dari daerah di mana mereka hidup secara sah, tanpa alasan yang diperbolehkan berdasarkan hukum internasional;
 - (e) “Penyiksaan” berarti ditimbulkannya secara sengaja rasa sakit atau penderitaan yang hebat, baik fisik ataupun mental, terhadap seseorang yang ditahan atau di bawah penguasaan tertuduh; kecuali kalau siksaan itu tidak termasuk rasa sakit atau penderitaan yang timbul hanya dari, yang melekat pada atau sebagai akibat dari, sanksi yang sah;
 - (f) “Penghamilan paksa” berarti penahanan tidak sah, terhadap seorang perempuan yang secara paksa dibuat hamil, dengan maksud mempengaruhi komposisi etnis dari suatu kelompok penduduk atau melaksanakan suatu pelanggaran berat terhadap hukum internasional. Definisi ini betapapun juga tidak dapat ditafsirkan sebagai mempengaruhi hukum nasional yang berkaitan dengan kehamilan;
 - (g) “Penganiayaan” berarti perampasan secara sengaja dan kejam terhadap hak-hak dasar yang bertentangan dengan hukum internasional dengan alasan identitas kelompok atau kolektivitas tersebut;
 - (h) “Kejahatan apartheid” berarti perbuatan tidak manusiawi dengan sifat yang sama dengan sifat-sifat yang disebutkan dalam ayat 1, yang dilakukan dalam konteks suatu rezim kelembagaan berupa penindasan dan dominasi sistematis oleh satu kelompok rasial atas suatu kelompok atau kelompok-kelompok ras lain dan dilakukan dengan maksud untuk mempertahankan rezim itu.

- (i) “Penghilangan paksa” berarti penangkapan, penahanan atau penyekapan orang-orang oleh, atau dengan kewenangan, dukungan atau persetujuan diam-diam dari, suatu Negara atau suatu organisasi politik, yang diikuti oleh penolakan untuk mengakui perampasan kebebasan itu atau untuk memberi informasi tentang nasib atau keberadaan orang-orang tersebut, dengan maksud untuk memindahkan mereka dari perlindungan hukum untuk suatu kurun waktu yang lama.
3. Untuk keperluan Statuta ini, dimengerti bahwa istilah “gender” mengacu kepada dua jenis kelamin, lelaki dan perempuan, dalam konteks masyarakat. Istilah “gender” tidak memperlihatkan suatu arti yang berbeda dengan yang di atas.

Pasal 8 Statuta Roma tentang Kejahatan Perang:

1. Mahkamah mempunyai yurisdiksi berkenaan dengan kejahatan perang pada khususnya apabila dilakukan sebagai bagian dari suatu rencana atau kebijakan atau sebagai bagian dari suatu pelaksanaan secara besar-besaran dari kejahatan tersebut.
2. Untuk keperluan Statuta ini, “kejahatan perang” berarti:
 - (a) Pelanggaran berat terhadap Konvensi Jenewa tertanggal 12 Agustus 1949, yaitu masing-masing dari perbuatan berikut ini terhadap orang-orang atau hak-milik yang dilindungi berdasarkan ketentuan Konvensi Jenewa yang bersangkutan:
 - (i) Pembunuhan yang dilakukan dengan sadar;
 - (ii) Penyiksaan atau perlakuan tidak manusiawi, termasuk percobaan biologis;
 - (iii) Secara sadar menyebabkan penderitaan berat, atau luka serius terhadap badan atau kesehatan;
 - (iv) Perusakan meluas dan perampasan hak-milik, yang tidak dibenarkan oleh kebutuhan militer dan dilakukan secara tidak sah dan tanpa alasan;
 - (v) Memaksa seorang tawanan perang atau orang lain yang dilindungi untuk berdinasi dalam pasukan dari suatu Angkatan Perang lawan;
 - (vi) Secara sadar merampas hak-hak seorang tawanan perang atau orang lain yang dilindungi atas pengadilan yang jujur dan adil;
 - (vii) Deportasi tidak sah atau pemindahan atau penahanan tidak sah;
 - (viii) Menahan sandera.
 - (b) Pelanggaran serius lain terhadap hukum dan kebiasaan yang dapat diterapkan dalam sengketa bersenjata internasional, dalam rangka hukum internasional yang ditetapkan, yaitu salah satu perbuatan-perbuatan berikut ini:
 - (i) Secara sengaja melancarkan serangan terhadap sekelompok penduduk sipil atau terhadap setiap orang

- sipil yang tidak ikut serta secara langsung dalam pertikaian itu;
- (ii) Secara sengaja melakukan serangan terhadap objek-objek sipil, yaitu, objek yang bukan merupakan sasaran militer;
 - (iii) Secara sengaja melakukan serangan terhadap personil, instalasi, material, satuan atau kendaraan yang terlibat dalam suatu bantuan kemanusiaan atau misi penjaga perdamaian sesuai dengan Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa, sejauh bahwa mereka berhak atas perlindungan yang diberikan kepada objek-objek sipil berdasarkan hukum internasional mengenai senjata bersenjata;
 - (iv) Secara sengaja melancarkan suatu serangan dengan mengetahui bahwa serangan tersebut akan menyebabkan kerugian insidental terhadap kehidupan atau kerugian terhadap orang-orang sipil atau kerusakan terhadap objek-objek sipil atau kerusakan yang meluas, berjangka-panjang dan berat terhadap lingkungan alam yang jelas-jelas terlalu besar dalam kaitan dengan keunggulan militer keseluruhan secara konkret dan langsung dan yang dapat diantisipasi;
 - (v) Menyerang atau membom, dengan sarana apa pun, kota-kota, desa, perumahan atau gedung yang tidak dipertahankan atau bukan objek militer;
 - (vi) Membunuh atau melukai seorang lawan yang, setelah meletakkan senjata atau tidak mempunyai sarana pertahanan lagi, telah menyerahkan diri atas kemauannya sendiri;
 - (vii) Memanfaatkan secara tidak benar bendera gencatan senjata, atau bendera atau lencana dan seragam militer dari pihak lawan atau milik Perserikatan Bangsa-Bangsa, maupun tanda-tanda khusus dari Konvensi Jenewa, yang menyebabkan kematian atau luka-luka serius pada individu-individu tertentu;
 - (viii) Pemindahan, secara langsung atau tidak langsung, oleh Pasukan Pendudukan terhadap sebagian dari penduduk sipilnya sendiri ke wilayah yang didudukinya, atau deportasi atau pemindahan semua atau sebagian dari wilayah yang diduduki itu baik di dalam wilayah itu sendiri maupun ke luar wilayah tersebut;
 - (ix) Secara sengaja melakukan serangan terhadap gedung-gedung yang digunakan untuk tujuan-tujuan keagamaan, pendidikan, kesenian, keilmuan atau sosial, monumen bersejarah, rumah sakit dan tempat-tempat di mana orang-orang sakit dan terluka dikumpulkan, sejauh bahwa tempat tersebut bukan objek militer;

- (x) Membuat orang-orang yang berada dalam kekuasaan suatu pihak yang bermusuhan menjadi sasaran perusakan fisik atau percobaan medis atau ilmiah dari berbagai jenis yang tidak dapat dibenarkan oleh perawatan medis, gigi atau rumah sakit dari orang yang bersangkutan ataupun yang dilakukan tidak demi kepentingannya, dan yang menyebabkan kematian atau sangat membahayakan kesehatan orang atau orang-orang tersebut;
- (xi) Membunuh atau melukai secara curang orang-orang yang termasuk pada bangsa atau angkatan perang lawan;
- (xii) Menyatakan bahwa tidak akan diberikan tempat tinggal bagi para tawanan;
- (xiii) Menghancurkan atau merampas hak-milik lawan kecuali kalau penghancuran atau perampasan tersebut dituntut oleh kebutuhan perang yang tak dapat dihindarkan;
- (xiv) Menyatakan penghapusan, penangguhan atau tidak dapat diterimanya dalam suatu pengadilan hak-hak dan tindakan warga negara dari pihak lawan;
- (xv) Memaksa warga negara dari pihak yang bermusuhan untuk ambil bagian dalam operasi perang yang ditujukan terhadap negaranya sendiri, bahkan kalau mereka berada dalam dinas lawan sebelum dimulainya perang;
- (xvi) Menjarah kota atau tempat, bahkan apabila tempat tersebut dikuasai lewat serangan;
- (xvii) Menggunakan racun atau senjata yang dibubuhi racun;
- (xviii) Menggunakan gas yang menyesakkan napas, beracun atau lain-lain dan semua cairan, bahan atau peralatan yang serupa;
- (xix) Menggunakan peluru yang melebar atau menjadi rata dengan mudah di dalam badan seseorang, seperti misalnya peluru dengan selongsong keras yang tidak seluruhnya menutupi intinya atau yang ditusuk dengan torehan;
- (xx) Menggunakan senjata, proyektil dan material serta metode peperangan yang merupakan suatu sifat yang dapat menimbulkan kerugian yang luar biasa besar atau penderitaan yang tidak perlu atau yang secara hakiki tidak pandang bulu dengan melanggar hukum internasional mengenai sengketa bersenjata dengan syarat bahwa senjata, proyektil dan material serta metode peperangan tersebut merupakan masalah pokok dari suatu larangan menyeluruh dan dimasukkan dalam lampiran kepada Statuta ini, dan dengan amendemen

- yang sesuai dengan ketentuan-ketentuan relevan yang diatur dalam pasal 121 dan 123;
- (xxi) Melakukan kebiadaban terhadap martabat pribadi, terutama perlakuan yang memperlakukan dan merendahkan martabat manusia;
 - (xxii) Melakukan perkosaan, perbudakan seksual, pemaksaan prostitusi, kehamilan paksa, sebagaimana didefinisikan dalam pasal 7, ayat 2(f), sterilisasi yang dipaksakan, atau suatu bentuk kekerasan seksual lain yang juga merupakan pelanggaran berat terhadap Konvensi Jenewa;
 - (xxiii) Menggunakan kehadiran seorang sipil dan orang lain yang dilindungi untuk menjadikan beberapa tempat, daerah atau pasukan militer tertentu kebal terhadap operasi militer;
 - (xxiv) Secara sengaja menunjukan serangan terhadap gedung, material, satuan dan angkutan serta personil medis yang menggunakan lencana yang jelas dari Konvensi Jenewa sesuai dengan hukum internasional;
 - (xxv) Secara sengaja menggunakan kelaparan orang-orang sipil sebagai suatu metode peperangan dengan memisahkan mereka dari objek-objek yang sangat penting bagi kelangsungan hidup mereka, termasuk secara sadar menghambat pengiriman bantuan sebagaimana ditetapkan berdasarkan Konvensi Jenewa;
 - (xxvi) Menetapkan wajib militer atau mendaftarkan anak-anak di bawah umur lima belas tahun ke dalam angkatan bersenjata nasional atau menggunakan mereka untuk berpartisipasi secara aktif dalam pertikaian.
- (c) Dalam hal suatu sengketa bersenjata yang bukan merupakan suatu persoalan internasional, pelanggaran serius terhadap pasal 3 yang umum bagi empat Konvensi Jenewa tertanggal 12 Agustus 1949, yaitu, salah satu dari perbuatan berikut ini yang dilakukan terhadap orang-orang yang tidak ambil bagian aktif dalam pertikaian, termasuk para anggota angkatan bersenjata yang telah meletakkan senjata mereka dan orang-orang yang ditempatkan di luar pertempuran karena menderita sakit, luka, ditahan atau suatu sebab lain:
- (i) Kekerasan terhadap kehidupan dan orang, khususnya pembunuhan dari segala jenis, pemotongan anggota tubuh (mutilasi), perlakuan kejam dan penyiksaan;
 - (ii) Melakukan kebiadaban terhadap martabat orang, khususnya perlakuan yang memperlakukan dan merendahkan martabat;
 - (iii) Menahan sandera;
 - (iv) Dijatuhkannya hukuman dan dilaksanakannya hukuman mati tanpa keputusan yang dijatuhkan oleh suatu pengadilan yang ditetapkan secara reguler, yang

menanggung semua jaminan hukum yang pada umumnya diakui sebagai tak terelakkan.

- (d) Ayat 2 (c) berlaku bagi sengketa bersenjata yang tidak bersifat internasional dan dengan demikian tidak berlaku bagi keadaan-keadaan kekacauan dan ketegangan dalam negeri, seperti misalnya huru-hara, tindakan kekerasan secara terpisah dan sporadis atau perbuatan-perbuatan lain yang sama sifatnya.
- (e) Pelanggaran serius lain terhadap hukum dan kebiasaan yang berlaku dalam sengketa bersenjata yang tidak bersifat internasional, dalam rangka hukum internasional yang ditetapkan, yaitu salah satu dari perbuatan-perbuatan berikut ini:
 - (i) Secara sengaja melakukan serangan terhadap penduduk sipil atau terhadap masing-masing penduduk sipil yang tidak ikut serta secara langsung dalam pertikaian;
 - (ii) Secara sengaja melakukan serangan terhadap gedung, material, satuan dan angkutan serta personil medis yang menggunakan lencana Konvensi Jenewa sesuai dengan hukum internasional;
 - (iii) Secara sengaja melakukan serangan terhadap personil, instalasi, material, satuan atau kendaraan yang terlibat dalam bantuan kemanusiaan atau misi penjaga perdamaian sesuai dengan Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa sepanjang mereka berhak atas perlindungan yang diberikan kepada orang-orang dan objek-objek sipil berdasarkan hukum perang;
 - (iv) Secara sengaja melakukan serangan terhadap gedung-gedung yang digunakan untuk keperluan keagamaan, pendidikan, kesenian, keilmuan atau sosial, monumen bersejarah, rumah sakit dan tempat-tempat di mana orang-orang yang sakit dikumpulkan, dengan syarat bahwa hal-hal tersebut bukan sasaran militer;
 - (v) Menjarah suatu kota atau tempat, sekalipun tempat itu dikuasai lewat serangan;
 - (vi) Melakukan perkosaan, perbudakan seksual, pemaksaan prostitusi, kehamilan paksa, sebagaimana ditetapkan dalam pasal 7, ayat 2(f), sterilisasi yang dipaksakan, dan suatu bentuk lain kekerasan seksual yang juga merupakan pelanggaran serius terhadap pasal 3 yang umum bagi empat Konvensi Jenewa;
 - (vii) Memberlakukan wajib militer atau mendaftarkan anak-anak di bawah umur lima belas tahun ke dalam angkatan bersenjata atau menggunakannya untuk ikut serta secara aktif dalam pertikaian;

- (viii) Mengatur perpindahan penduduk sipil dengan alasan yang berkaitan dengan sengketa, kecuali kalau keamanan orang-orang sipil tersebut terancam atau alasan militer yang amat penting menuntutnya;
 - (ix) Membunuh atau melukai secara curang seorang lawan tempur;
 - (x) Menyatakan bahwa tidak akan diberikan tempat tinggal kepada tawanan;
 - (xi) Menempatkan orang-orang yang berkuasa dari pihak lain dalam sengketa itu sebagai sasaran mutilasi atau pemotongan anggota tubuh secara fisik atau percobaan medis atau suatu jenis percobaan ilmiah yang tidak dapat dibenarkan oleh perlakuan medis, perawatan gigi atau rumah sakit dari orang yang bersangkutan ataupun tidak melaksanakan demi kepentingannya, dan yang menyebabkan kematian atau menimbulkan bahaya serius terhadap kesehatan dari orang atau orang-orang tersebut;
 - (xii) Menghancurkan atau merampas hak milik dari seorang lawan kecuali kalau penghancuran atau perampasan tersebut sangat dituntut oleh kebutuhan dari sengketa tersebut;
- (f) Ayat 2 huruf (e) berlaku untuk sengketa bersenjata yang tidak bersifat internasional dan dengan demikian tidak berlaku bagi situasi-situasi kekacauan dan ketegangan dalam negeri, seperti misalnya huru-hara, tindakan kekerasan secara terpisah dan sporadis atau perbuatan-perbuatan lain dengan sifat yang sama. Ayat ini berlaku terhadap sengketa bersenjata yang berlangsung dalam wilayah suatu Negara apabila terjadi sengketa bersenjata yang berkelanjutan antara para pejabat pemerintah dan kelompok bersenjata terorganisasi atau antara kelompok-kelompok semacam itu.
- (g) Tidak ada dalam ayat 2 (c) dan (d) akan mempengaruhi tanggung jawab suatu Pemerintah untuk mempertahankan atau menetapkan kembali hukum dan ketertiban dalam Negara atau untuk mempertahankan kesatuan dan integritas teritorial dari Negara tersebut, dengan semua sarana yang sah.

2. Model Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia

Di dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, ada dua kategori yang digunakan untuk mengkualifikasi

perbuatan tersebut sebagai pelanggaran berat hak asasi manusia, yaitu genosida dan kejahatan kemanusiaan.

Pasal 8 menyatakan bahwa kejahatan genosida adalah setiap perbuatan yang dilakukan dengan maksud untuk menghancurkan atau memusnahkan seluruh atau sebagian kelompok bangsa, ras, kelompok etnis, kelompok agama, dengan cara:

- a. membunuh anggota kelompok;
- b. mengakibatkan penderitaan fisik dan mental yang berat terhadap anggota-anggota kelompok;
- c. menciptakan kondisi kehidupan kelompok yang akan mengakibatkan kemusnahan secara fisik baik seluruh atau sebagiannya;
- d. memaksakan tindakan-tindakan yang bertujuan mencegah kelahiran di dalam kelompok; atau
- e. memindahkan secara paksa anak-anak dari kelompok tertentu ke kelompok lain.

Pasal 9 Kejahatan terhadap Kemanusiaan adalah salah satu perbuatan yang dilakukan sebagai bagian dari serangan yang meluas atau sistematis yang diketahuinya bahwa serangan tersebut ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil, berupa:

- a. pembunuhan;
- b. pemusnahan;
- c. perbudakan;
- d. pengusiran atau pemindahan penduduk secara paksa;
- e. perampasan kemerdekaan atau perampasan kebebasan fisik lain secara sewenang-wenang yang melanggar (asas-asas) ketentuan pokok hukum internasional;
- f. penyiksaan;
- g. perkosaan, perbudakan seksual, pelacuran secara paksa, pemaksaan kehamilan, pemandulan atau sterilisasi secara paksa atau bentuk-bentuk kekerasan seksual lain yang setara;
- h. penganiayaan terhadap suatu kelompok tertentu atau perkumpulan yang didasari persamaan paham politik, ras, kebangsaan, etnis, budaya, agama, jenis kelamin atau alasan lain yang telah diakui secara universal sebagai hal yang dilarang menurut hukum internasional;
- i. penghilangan orang secara paksa; atau

j. kejahatan apartheid;

Setelah melihat bagaimana dua instrumen tersebut mengatur tentang pelanggaran hak asasi manusia yang berat, berikut analisis mengenai kesalahan konsep pelanggaran hak asasi manusia yang diikuti oleh Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000. Agar lebih detail, penjelasan tersebut akan disusun dalam bentuk tabel berikut ini.

**Tabel 2:
Perbedaan Pengaturan
tentang Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat**

Poin-Poin	Statuta Roma	UU No. 26 Tahun 2000
Rezim	Hukum Pidana Internasional	Hukum Hak Asasi Manusia
Istilah	The most serious crime	Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat
Delik	a. Genocide b. Crimes Against Humanity c. War Crimes d. Crimes of Aggression	a. Genosida b. Kejahatan terhadap kemanusiaan
Penyelidik	Jaksa ICC	KOMNAS HAM
Pemberlakuan	Non-retroactive	Retroaktif/Berlaku Surut
Sifat	Permanent	Permanen dan Ad Hoc
Perumusan delik	Rigit dan rinci	Sederhana dan ringkas
Unsur kejahatan terhadap kemanusiaan	Ditujukan kepada (<i>directed to</i>)	Ditujukan secara langsung kepada
	Populasi sipil (<i>civilian population</i>)	Pendudukan sipil
	Pasal 7 ayat (1) huruf K	Huruf K dihilangkan
Tanggungjawab Komandan	Wajib Bertanggungjawab	Dapat bertanggungjawab

Sumber: Diolah Sendiri oleh Penulis

Tabel di atas menunjukkan secara tegas perbedaan dua instrumen tersebut dalam mengatur hal yang sama. Hemat penulis, di antara beberapa perbedaan di atas, problem konseptual terbesar dalam sistem hukum Indonesia adalah

meletakkan delik-delik tersebut di bawah rezim hukum hak asasi manusia, padahal Statuta Roma menempatkannya di bawah rezim hukum pidana. Problem konseptual ini berimplikasi pada kesalahan penyebutan dan praktik pengadilan hak asasi manusia. Secara internasional, pengadilan hak asasi manusia adalah pengadilan supra negara yang berwenang mengadili gugatan yang diajukan oleh individu dan/atau sekelompok orang melawan negaranya sendiri seperti *European Court of Human Rights*, *Inter-American Court of Human Rights* dan *African Court of Human Rights*. Sedangkan di Indonesia pengadilan hak asasi manusia adalah pengadilan di bawah kekuasaan kehakiman domestik yang sesungguhnya merupakan bagian dari rezim peradilan pidana.

(4) Hak Sipil dan Politik, dan Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya

Hak asasi manusia adalah hukum. Ia juga hak hukum yang dimiliki setiap orang sebagai manusia. Bersifat universal dan dimiliki setiap orang. Hak-hak tersebut bisa saja dilanggar, namun tidak pernah dapat dihapus oleh siapa pun dan dengan tindakan apapun. Sebagai hak hukum, hak-hak tersebut merupakan hukum. Beberapa penjelasan dibawah akan menjelaskan bagaimana berbagai instrumen internasional, nilai dan asas yang menjadi dasar hukum untuk menilai berbagai peristiwa yang terkait dengan hak asasi manusia, khususnya dengan penelitian ini.

Pada periode moderen, tonggak pengaturan hak asasi manusia adalah dengan disahkannya Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa pada 10 Desember tahun 1948. Deklarasi ini berisi prinsip-prinsip universal hak yang dimiliki oleh semua manusia. Satu prinsip yang sangat penting

adalah yang tercantum pada Pasal 1 DUHAM yang berbunyi "Semua orang dilahirkan merdeka dan mempunyai martabat dan hak-hak yang sama. Mereka dikaruniai akal dan budi dan hendaknya bergaul satu sama yang lain dalam persaudaraan".

Prinsip kemerdekaan dan kemartabatan yang diakomodasi dalam DUHAM ini merupakan dobrakan luar biasa atas kondisi dunia yang penuh ketidakadilan dan diskriminasi. Sejarah mencatat terjadinya serangkaian sejarah gelap perjalanan umat manusia yang dipenuhi diskriminasi dan penjajahan. Misalnya, feodalisme Inggris dengan menjajah berbagai negara, kekejaman Nazi pada etnis Yahudi pada masa Hitler Jerman, kekejaman Rusia terhadap ribuan warganya yang harus mati di dalam tambang perusahaan, kekejaman rezim Apharteid terhadap etnis asli di Afrika Selatan, kekejaman tentara Jepang pada masa Pernga Dunia II, kekejaman pemerintah pada orang yang dituduh PKI di Indonesia, kekejaman pemerintah Yugoslavia kepada rakyatnya, kekejaman etnis Hutu pada etnis Tutsi di Rwanda, kekejaman rezim Kmer Merah (Pol Pot) di Vietnam dan lain sebagainya. Pada masa sekarang ini, penjajahan dilakukan dalam bentuk baru, yaitu penjajahan yang dilegitimasi dengan berbagai isu seperti terorisme yang dilakukan oleh Amerika di Afganistan dan Iraq dan juga Penjajahan yang dilakukan Israel terhadap bangsa Palestina.

Pola pikir penjajahan seperti di atas merupakan penyakit manusia sejak zaman dahulu hingga saat ini. Penjajahan tersebut didasari oleh berbagai faktor antara lain faktor penguasaan terhadap sektor ekonomi dan penjajahan yang didasari oleh sikap diskriminatif bahwa bangsanya lebih unggul dibanding bangsa lain. Sejarah panjang itulah yang menyebabkan terjadinya Perang dunia I dan Perang Dunia II, dua perang

yang menimbulkan korban berupa kerusakan dan kematian manusia yang sangat banyak. Perang ini juga menimbulkan trauma yang berkepanjangan teruma bagi masyarakat sipil. Masyarakat sipil yang sesungguhnya tidak terlibat peperangan harus menanggung kerusakan dan berbagai penyakit yang sulit disembuhkan. Masyarakat sipil juga banyak yang menjadi korban kekejaman dan kekerasan yang dilakukan oleh militer. Pada situasi seperti inilah maka sekelompok orang yang dipimpin oleh Eleanor D. Roosevelt (istri mendiang presiden AS Franklin D. Roosevelt) pada tahun 1948 mengajukan draft Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia yang disahkan oleh Dewan Umum PBB pada tanggal 10 Desember 1948.

Pengembangan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia dilakukan melalui tahapan pengumuman sebuah deklarasi yang tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sebagai basis bagi konvensi yang mengikat secara hukum, dan menyusun mekanisme implementasi internasional.¹¹⁸ Penyusunan naskah Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia merefleksikan konsep hak asasi manusia pada Masa Pencerahan, diikuti dengan hak generasi pertama, yaitu hak sipil dan politik (Pasal 1-21 DUHAM), dan juga hak generasi kedua yaitu hak ekonomi, sosial dan budaya. Sesaat setelah disahkan, Perserikatan Bangsa-Bangsa mendorong doktrin saling terkait (*interdependence*) dan tak terbagi (*indivisible*) mengenai dua generasi hak tersebut. Trauma sejarah perang dan kekejaman pada peristiwa Holocaust dan peristiwa kekejaman usaha produktif negara, maka disusunlah Pasal 28 yang menyebutkan bahwa '*every one is entitled to a social and international order in which the raights and freedom set forth in this Declaration can be fully realized*'. Pasal ini yang pada gilirannya menjadi basis bagi diakuinya hak generasi ketiga

¹¹⁸ Manfred Nowak, *Introduction ... op. cit.*, hlm. 75

yaitu hak-hak kolektif, juga sebagai legitimasi atas rezim hukum hak asasi manusia internasional.¹¹⁹

Perkembangan hak asasi manusia ini kemudian diikuti dengan pengesahan dua kovenan utama yaitu Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik, dan Kovenan Internasional Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya pada tahun 1966, yang saat ini telah diratifikasi oleh pemerintah Indonesia dengan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2005 tentang Ratifikasi Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya; dan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005 tentang Ratifikasi Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik.

Hak sipil politik juga disebut hak negatif (*negative rights*) sedangkan hak ekonomi, sosial budaya disebut sebagai hak positif (*positive rights*). Disebut hak negatif karena negara harus abstain, diam atau tidak melakukan intervensi untuk merealisasikan hak-hak tersebut.¹²⁰ Pada konsep yang lain, hak-hak negatif sering dirumuskan dalam bahasa bebas dari (*freedom from*), sedangkan hak-hak positif sering disebut dengan hak atas (*rights to*).¹²¹ Van Hoof dan Vierdag memberi penjelasan mengenai perbedaan antara dua generasi hak tersebut dalam tabel berikut ini.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Vierdag, 'The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights' dalam Ifdal kasim dan Johannes da Masesnus Arus (editor), ... *op. cit.*, hlm. xiii

¹²¹ *Ibid.*, hlm. xiv

Tabel 3: ¹²²
**Karakter Hak Sipil dan Politik,
dan Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya**

Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya	Hak Sipil Politik
Hak Positif	Hak Negatif
Dicapai secara bertahap	Dicapai dengan segera
Negara bersifat aktif	Negara bersifat pasif
Tidak dapat diajukan ke pengadilan	Dapat diajukan ke pengadilan
Bergantung pada sumber daya	Tidak bergantung pada sumber daya
Ideologis	Non-ideologis

Sumber: Ifdal Kasim (editor) dalam buku berjudul Hak Sipil dan Politik

Pembagian sebagaimana dilakukan oleh Van Hoof dan Vierdag di atas dianggap tidak selamanya benar. Statemen yang menyatakan bahwa hak ekonomi, sosial dan budaya merupakan hak-hak positif sehingga harus selalu dipenuhi oleh negara adalah tidak sepenuhnya tepat. Terdapat beberapa hak yang diatur di dalam Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya seperti hak untuk mogok kerja, hak berserikat bagi buruh, kebebasan memilih sekolah, larangan menggunakan anak-anak untuk pekerjaan terburuk seluruhnya adalah hak yang merupakan representasi bebas dari (*freedom from*) dan bukan hak atas (*rights to*).¹²³ Beberapa pihak juga membuat pembedaan antara kedua hak tersebut dengan menyatakan bahwa indikator pemenuhan hak ekonomi, sosial dan budaya adalah berdasarkan hasil (*obligation of result*), sedangkan indikator pemenuhan hak sipil dan politik adalah berdasarkan tindakan (*obligation of conduct*). Pembedaan ini juga dianggap tidak tepat karena seharusnya kedua kewajiban negara tersebut dijalankan

¹²² Van Hoof, 'The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views', 1998 dan Vierdag, 'The Legal Nature of the Rights Granted by International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights', 1978 sebagaimana dirujuk oleh Ifdal Kasim dan Johannes da Masenus Arus (editor) ... *ibid.*, hlm. xv, juga dalam Ifdal Kasim (editor), *Hak Sipil ... op. cit.*, hlm. xi

¹²³ Ifdal Kasim dan Johannes da Masenus Arus (editor), ... *ibid.*, hlm. xvii

bersama-sama tanpa menyatakan bahwa pemenuhan hak ekonomi, sosial dan budaya dapat dilakukan bertahap yang penting hasilnya tercapai sedangkan pemenuhan hak sipil dan politik harus dilakukan segera. Benar bahwa negara berkewajiban mengambil langkah-langkah agar masyarakat tercukupi kebutuhan pangannya (*obligation of result*), namun pada saat yang sama negara juga tidak boleh tindakan yang menyebabkan hilangnya kebebasan seseorang untuk memilih pekerjaan atau pendidikan (*obligation of conduct*).¹²⁴ Pandangan Ifdal Kasim tersebut diilhami oleh pendapat dari David Matas¹²⁵ yang menyebutkan bahwa:

“Put in terms of distinction between obligations of conduct and obligations of result, the notion that economic, social, and cultural rights are always and only obligation of result, and that political and civil rights are always and only obligations of conduct is false. For country like Canada and the US all economic and social rights are obligation of conduct and not obligation of result. For contries like Canada and the US, if an economic, social and cultural rights in not being realized, the reason is unwillingness and not in capacity”.

Pernyataan di atas senada dengan paragraf 16 dan 22 prinsip-prinsip Limburg (*Limburg Principle*) yang pada intinya menyatakan bahwa negara pihak berkewajiban untu secara cepat mengambil langkah demi tercapainya secara penuh seluruh hak yang terdapat di dalam Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya.¹²⁶ Secara umum, kategori hak menurut kedua Kovenan tersebut antara lain sebagai berikut:

Tabel 4:
Kategori Hak Sipil dan Politik, dan Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya

Hak Sipil dan Politik	Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya
1. hak untuk hidup,	1. hak untuk menentukan nasib

¹²⁴ *Ibid.*, hlm. xvii

¹²⁵ David Matas, ‘Economic, Social and Cultural Rights and the rule of Lawyer: Nort American Perspectives’, International Commission of Jurist: Special Issue, December 1995 dalam Ifdal Kasim dan Johannes da Masenus Arus (editor), ... *ibid.*, hlm. xviii

¹²⁶ *Ibid.*

<ol style="list-style-type: none"> 2. hak untuk menentukan nasib sendiri, 3. hak untuk berpartisipasi dalam politik secara bebas, 4. hak untuk tidak diperlakukan secara diskriminatif, 5. hak untuk hidup, 6. hak untuk tidak disiksa dengan alasan apapun dan dengan cara apapun, 7. hak untuk tidak diperbudak dan diperdagangkan, 8. hak untuk mendapatkan rasa aman, 9. hak untuk tidak ditangkap secara sewenang-wenang, 10. hak untuk tidak dipenjara karena pailit, 11. hak untuk diperlakukan secara sama di depan hukum, 12. hak untuk tidak dituntut secara surut, 13. hak kebebasan berfikir, 14. hak untuk berserikat dan berkumpul, 15. hak untuk menyatakan pendapat, 16. hak untuk menentukan agama sesuai pilihannya, 17. hak untuk berdemonstrasi secara damai, 18. hak untuk tidak didiskriminasi 	<p>sendiri dalam bidang ekonomi,</p> <ol style="list-style-type: none"> 2. hak untuk tidak didiskriminasi antara laki-laki dan perempuan dalam bidang ekonomi, 3. hak untuk mendapatkan pekerjaan, 4. hak untuk mendapatkan suasana kerja yang baik bagi buruh, 5. hak untuk mendapatkan jaminan sosial, 6. hak untuk mendapatkan hidup secara layak, 7. hak untuk bebas dari kelaparan dan kehausan, 8. hak untuk mendapatkan pendidikan, 9. hak untuk ambil bagian dalam kehidupan budaya, 10. hak atas kesehatan, 11. hak atas lingkungan yang sehat, 12. hak untuk mempertahankan budaya adat.
---	---

dalam kehidupan sosial negara.	
-----------------------------------	--

Sumber: Diolah Sendiri berdasarkan KIHSP dan KIHESB

Secara lebih lengkap, substansi tabel di atas dapat dilihat dalam Undang-Undang Nomor 11 tahun 2005 tentang Ratifikasi Kovenan Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya, serta Undang-Undang Nomor 12 tahun 2005 tentang Ratifikasi Hak Sipil dan Politik.

(5) Hak yang Tidak Dapat Dikurangi (*Non-Derogable Rights*) dan Hak yang Dapat Dikurangi (*Derogable Rights*)

Konsep hak yang dapat dikurangi (*derogable rights*) dan hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*) mengemuka dalam konteks pembicaraan mengenai hak sipil dan politik. Sebagaimana dijelaskan sebelumnya bahwa hak-hak sipil politik, walaupun tidak selalu demikian adanya, sebagian besar adalah berupa hak-hak negatif yaitu hak-hak yang akan terpenuhi jika negara absen atau tidak melakukan intervensi. Ketiadaan intervensi ini terbagi ke dalam dua kelompok di atas, artinya terdapat beberapa hak yang secara absolut tidak membolehkan adanya intervensi, namun ada beberapa hak yang masih memungkinkan dan dalam batas tertentu bagi negara untuk melakukan intervensi. Berikut penjelasan mengenai dua konsep tersebut.

(a) Hak yang Tidak Dapat Dikurangi (*Non-Derogable Rights*)

Konsep *non-derogable rights* dimaknai bahwa beberapa hak asasi manusia adalah bersifat absolut yang tidak boleh dikurangi pemenuhannya oleh Negara Pihak,

walaupun dalam keadaan darurat sekalipun,¹²⁷ atau dalam keadaan apapun,¹²⁸ atau dalam keadaan apapun dan oleh siapapun.¹²⁹ Berikut ini teks pasal-pasal yang mengatur tentang hak-hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*).

Pasal 28 I ayat (1) UUDNRI 1945:

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 apa pun.

Pasal 37 TAP MPR Nomor XVII/MPR/1998:

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 (*non-derogable*)”

Pasal 4 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia:

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

Ifdal Kasim berpendapat bahwa berdasarkan *International Covenant on Civil and Political Rights* sebagaimana telah diratifikasi oleh pemerintah Indonesia dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005, kategori hak-hak yang tidak dapat dikurangi antara lain:¹³⁰

- (1) hak atas hidup (*rights to life*);
- (2) hak bebas dari penyiksaan (*rights to be free from torture*);
- (3) hak bebas dari perbudakan (*rights to be free from slavery*);

¹²⁷ Ifdal Kasim (editor), *Hak Sipil ... op. cit.*, hlm. xii

¹²⁸ Pasal 28I ayat (1) UUDNRI 1945 dan Pasal 37 TAP MPR Nomor XVII/MPR/1998

¹²⁹ Pasal 4 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999

¹³⁰ Ifdal Kasim (editor), *Hak Sipil ... loc. cit.*

- (4) hak bebas dari penahanan karena gagal memenuhi perjanjian (utang);
- (5) hak bebas dari pidanaaan yang berlaku surut;
- (6) hak sebagai subjek hukum; dan
- (7) hak atas kebebasan berpikir, keyakinan dan agama.

(b) Hak yang Dapat Dikurangi (*Derogable Rights*)

Konsep yang kedua adalah konsep *derogable rights* yaitu hak-hak yang boleh dikurangi atau dibatasi pemenuhannya oleh Negara-Negara Pihak. Hak-hak tersebut antara lain:¹³¹

- (1) Hak atas kebebasan berkumpul secara damai;
- (2) Hak atas kebebasan berserikat, termasuk membentuk dan menjadi anggota serikat buruh; dan
- (3) hak atas kebebasan menyatakan pendapat atau berekspresi, termasuk kebebasan mencari, menerima dan memberikan informasi dan segala macam gagasan tanpa memperhatikan batas (baik melalui lisan atau tulisan).

Pengurangan pemenuhan hak-hak di atas hanya dapat dilakukan apabila sebanding dengan ancaman yang akan muncul dan tidak bersifat diskriminatif. Beberapa alasan yang dimungkinkan untuk melakukan pembatasan diatur di dalam berbagai peraturan baik nasional maupun internasional.

Pasal 29 ayat (2) Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia menyatakan bahwa pembatasan pemenuhan hak asasi manusia hanya dapat dilakukan berdasarkan beberapa alasan berikut:

¹³¹ *Ibid.*, hlm. xiii

- (1) dilakukan berdasarkan hukum;
- (2) untuk menjamin pengakuan serta penghormatan yang layak bagi hak-hak dan kebebasan orang lain;
- (3) untuk memenuhi syarat-syarat yang benar dari kesusilaan; dan demi tata tertib umum dalam suatu masyarakat demokrasi.

Pasal 12 ayat (3) Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (KIHSP) menyatakan bahwa pembatasan pemenuhan hak asasi manusia hanya dapat dilakukan dengan alasan berikut:

- (1) ditentukan dengan undang-undang;
- (2) menjaga keamanan nasional, ketertiban umum, kesehatan umum dan kesusilaan;
- (3) hak-hak dan kebebasan orang lain.

Padal 21 dan Pasal 22 ayat (2) Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (KIHSP) mengatur bahwa pembatasan boleh dilakukan dengan alasan:

- (1) ditentukan dengan undang-undang;
- (2) diperlukan dalam suatu masyarakat demokrasi;
- (3) demi kepentingan keamanan nasional, keamanan dan ketertiban umum;
- (4) menjaga kesehatan dan kesusilaan umum atau menjaga hak dan kebebasan orang lain.

Pasal 70 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia mengatur bahwa pembatasan hak asasi manusia dapat dilakukan berdasarkan 4 hal antara lain:

- (a) dilakukan dengan undang-undang;

- (b) untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain; dan
- (c) untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

Pasal 73 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 memberikan ketentuan yang agak berbeda dengan menyatakan bahwa pembatasan boleh dilakukan dengan alasan:

- (a) dilakukan dengan undang-undang;
- (b) semata-mata untuk menjamin pengakuan dan penghormatan terhadap hak asasi manusia serta kebebasan orang lain;
- (c) penghormatan terhadap kesusilaan, ketertiban umum dan kepentingan bangsa.

Sedangkan berdasarkan Pasal 28J ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, pembatasan pemenuhan hak asasi manusia dapat dilakukan dengan alasan berikut:

- (1) ditetapkan dengan undang-undang;
- (2) menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain;
- (3) memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

Berangkat dari berbagai peraturan di atas, dapat disimpulkan bahwa pembatasan sebagaimana dimaksud dalam poin-poin di atas adalah hanya dapat dilakukan terhadap hak-hak yang masuk kategori hak yang dapat dikurangi (*derogable rights*), dan oleh karenanya alasan tersebut tidak dapat dijadikan alasan

untuk melakukan pembatasan dan pengurangan terhadap hak-hak yang masuk kategori hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable*).

(6) Universalisme (*Universalism*) dan Relatifisme Budaya (*Cultural Relativism*)

Salah satu diskursus yang masih berlangsung dan terus mengalami reproduksi adalah mengenai paradigma universalisme (*universalism*) dan relatifisme budaya (*cultural relativity*). Para penganutnya disebut sebagai kaum universalis dan kaum relatifis.

Perdebatan soal universalisme dan relatifisme budaya sesungguhnya dapat dilacak hingga zaman awal perkembangan filsafat. Pada zaman Yunani, terjadi perdebatan panjang antara Socrates dan kaum *sophist* seperti Protagoras. Socrates adalah seorang filosof yang selalu berusaha mencari kebenaran universal, sedangkan kaum *sophist* mengajukan relatifisme moral sebagai patokan. Protagoras memunculkan aporisma berbunyi “manusia adalah ukuran bagi segalanya”. Pandangan ini kemudian berkembang pada abad ke-18 setelah Johann Gottfried von Herder mengklaim bahwa tiap-tiap bangsa memiliki keunikan sendiri-sendiri yang mengakibatkan nilai universal adalah suatu kebohongan, yang ada hanyalah bersifat kewilayahan dan ketaksengajaan (*contingent*). Herder juga mengusulkan eksistensi “semangat atau jiwa bangsa” (*volkgeist*).¹³²

Pada konteks hak asasi manusia, antara kaum universalis dan relatifis sangat dipengaruhi oleh situasi politik selama perang dingin. Debat tersebut merupakan debat rutin yang seringkali didominasi oleh politik tingkat tinggi antara negara-

¹³² Jerome J. Shestack, ‘The Philosophical’, dalam Pranoto Iskandar, ... *op. cit.*, hlm. 156

negara Komunis dan negara demokrasi Barat. Negara demokrasi Barat menuduh negara-negara Komunis selalu melanggar hak-hak dasar terutama hak sipil dan politik, sedangkan negara Komunis menuduh Barat selalu melanggar hak-hak dasar berupa hak ekonomi, sosial dan budaya disertai pendefinisian masing-masing tentang hak. Debat ini kemudian berakhir dengan runtuhnya Uni Soviet, dan saat ini debat terjadi antara kelompok Utara vs Selatan dan berkembang menjadi Barat vs Islam.¹³³ Klaim Steiner dan Alston bahwa perdebatan yang terjadi adalah antara Barat vs Islam sesungguhnya kurang akurat karena perdebatan kaum relatifis tidak hanya didominasi oleh pemikiran Islam, namun lebih banyak dipengaruhi oleh politik khususnya di Asia.¹³⁴

Perdebatan yang bersifat filosofis ini kemudian berkembang mendasari hukum internasional hingga pada hukum hak asasi manusia internasional. Pada hampir semua buku yang membicarakan tentang hak asasi manusia, pasti di dalamnya terdapat sub bahasan tentang perdebatan antara universalisme dan relativisme budaya. Beberapa karakter pokok dari kedua pandangan ini termasuk penjelasan dimensi hukum, antropologi hingga politik akan diulas di bawah ini.

(a) Universalisme (*Universalism*)

Para penganut universalisme mengklaim bahwa hukum hak asasi manusia internasional seperti kesetaraan perlindungan, keamanan fisik, kebebasan berbicara, kebebasan beragama dan kebebasan berorganisasi harus dipahami sama di semua tempat. Klaim ini sesungguhnya mengakui bahwa hak-hak universal memungkinkan secara kebudayaan dipengaruhi bentuk-bentuk implementasi, seperti hak atas

¹³³ *Ibid.*, hlm. 368

¹³⁴ Penjelasan lebih lanjut akan statemen tersebut akan dipertegas pada bagian penjelasan tentang relativisme budaya.

peradilan yang fair. Hak ini tidak menuntut keharusan untuk mengikuti model juri seperti di Anglo Saxon, namun negara berwenang menggunakan mekanisme sesuai sistem hukum yang berlaku dengan patokan bahwa hak atas peradilan yang fair dapat terpenuhi.¹³⁵ Pada kasus ini, universalitas hak asasi manusia bukan terletak pada penggunaan sistem jury, tetapi hak atas peradilan yang *fair* harus diterapkan dan dipenuhi di dalam sistem hukum apapun.

Rhoda E. Howard, seorang sosiolog yang pendukung universalisme menyatakan bahwa hak asasi manusia adalah hak yang dimiliki manusia karena ia adalah manusia. Setiap manusia memiliki hak asasi yang tidak boleh diingkari dan dicabut kecuali dengan keputusan hukum yang adil. Konsepsi hak asasi manusia menganggap bahwa perbedaan ras, jenis kelamin, gender dan agama tidak lagi relevan secara politik dan hukum dan menuntut adanya perlakuan yang sama bagi semua orang. Universalisme merupakan pernyataan hukum dan prinsip, bukan pernyataan praktik. Kelemahan dalam praktik bahwa ada beberapa orang yang tidak memiliki hak tidak mengurangi validitas dari universalisme.¹³⁶

Secara sosiologis, universalisme hak asasi manusia berkaitan erat dengan sistem negara abad kedua puluh dimana setiap orang terbelenggu oleh otoritas negara dan tidak ada kelompok yang terbebas dari otoritas ini. Pada situasi ini, maka muncullah tuntutan akan perlindungan dan penghormatan privasi dan individu dari gangguan masyarakat, keluarga dan terutama negara.¹³⁷ Howard mengidentifikasi terdapat 5 (lima) kelompok yang menentang doktrin universalisme pada awal dasawarsa 1990-an, antara lain (a) kelompok kapitalisme radikal, yang menolak hak

¹³⁵ Henry J. Steiner dan Philip Alston, ... *op. cit.*, hlm. 366

¹³⁶ Rhoda E. Howard, *HAM, Penjelajahan Dalih Relativisme Budaya*, penerjemah Nugraha Kajitasungkana, PT. Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, 2000, hlm. 1

¹³⁷ *Ibid.*

ekonomi; (b) tradisionalisme; (c) konservatisme reaksioner; (d) kolektivisme kiri; (e) *status radicalism*.¹³⁸

Kalangan universalis mengkritik kaum relatifis dengan beberapa argumen. J. Shestack secara tegas mengatakan bahwa pandangan para relatifis tidak dapat dipertahankan dengan empat alasan (a) para filsuf yang mengadakan penelitian tentang hasil-hasil kajian antropologi menunjukkan bahwa pandangan relativisme tidak dapat dipertahankan; (b) para relatifis umumnya melihat budaya sebagai sesuatu yang statis dan diromantisir; (c) perkembangan teknologi menutup kemungkinan kebudayaan sebagai sistem yang tertutup; dan (d) hak asasi manusia melalui hukum internasional telah menjadi bagian dari norma yang memiliki kekuatan memaksa (*peremptory norm*).¹³⁹ Universalis lain, Jack Donnelly mengatakan bahwa relativisme sebenarnya lebih berdimensi politik daripada dimensi budaya. Jikalau pun dimensi budaya yang berperan, namun budaya yang dimaksud hanyalah budaya yang berdasarkan kalkulasi politik bisa menguntungkan.¹⁴⁰

(b) Relativisme Budaya (*Cultural Relativism*)

Sebagaimana dijelaskan sebelumnya bahwa ide relativisme budaya berangkat dari filsafat kaum sophist yang secara umum ingin menyatakan bahwa karakter moral adalah relatif dan dipengaruhi oleh budaya di masing-masing wilayah. Pada konteks hak asasi manusia, pandangan ini berpengaruh cukup dalam mulai dari perumusan hak hingga tataran implementasi.

¹³⁸ *Ibid.*, hlm. 3. Penjelasan mengenai sikap lima kelompok tersebut akan diuraikan pada bagian relativisme budaya.

¹³⁹ Rikke Frank Jorgensen (ed), 'Human Rights in the Global Information Society', Massachusetts Institute of Technology Press, Cambridge, 2006 dalam Pranoto Iskandar, ... *op. cit.*, hlm. 157-158

¹⁴⁰ Jack Donnelly, 'Ethics and International Human Rights' dalam Pranoto Iskandar, ... *ibid.*

Relatifisme budaya mengusulkan bahwa hak asasi manusia dan aturan tentang moralitas harus disandikan tergantung pada konteks budaya. Terminologi budaya ini termasuk tradisi indigenos (*indigeneous tradition*) dan praktik kebiasaan termasuk ideologi politik, ideologi agama dan struktur institusi. Oleh karenanya, gagasan tentang hak dan aturan moral harus dibuat secara berbeda-beda karena akar dari budaya juga berbeda-beda. Para pendukung utama relatifisme budaya mengatakan bahwa ‘tidak ada ide hak asasi manusia lintas budaya yang dapat disepakati dan tidak ada budaya yang dibolehkan untuk dipaksakan untuk dipahami dan dipraktikkan oleh negara lain’. Pada posisi ini, kaum relatifis tidak membedakan antara moral dan hukum. Padahal instrumen hak asasi manusia adalah kewajiban hukum sebuah negara untuk mengkonversi kewajiban moral menjadi kewajiban hukum.¹⁴¹

Relatifisme berpandangan bahwa perlindungan dan instrumentalisasi hak asasi manusia merupakan bentuk arogansi atau penjajahan budaya (*cultural imperialism*) dari bangsa Barat. Universalisme adalah merusak keragaman budaya dan bentuk hegemonisasi budaya (*cultural hegemonisation*) menuju satu dunia modern.¹⁴²

Sebagaimana dijelaskan sebelumnya bahwa gagasan universalisme hak asasi manusia ditentang oleh lima kelompok. *Pertama*, kelompok kapitalisme radikal. Kelompok ini berpandangan bahwa hak ekonomi adalah tidak relevan dan idealistis. Maurice Cranston mengemukakan bahwa ‘Penegasan hak ekonomi dan sosial (yang tidak bisa dicapai) menyingkirkan hak politik dan sipil keluar dari wilayah tuntutan moral ke dalam dunia aspirasi utopis yang temaram’.¹⁴³ Carnes Lord justru mengusulkan agar hak ekonomi dan sosial harus diruntuhkan berdasarkan dua

¹⁴¹ *Ibid.*, hlm. 367

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ Maurice Cranston, ‘Are There Any Human Rights?’ dalam Rhoda E. Howard, ... *op. cit.*, hlm. 3

argumen yaitu (a) pemerintah-pemerintah tetap bisa menjamin hak sipil dan politik pada saat mereka tidak bisa menjamin hak ekonomi dan sosial; dan (b) hak sipil dan politik harus ditegakkan dengan jelas.¹⁴⁴ Howard menyebut salah satu penyokong utama dari ide ini adalah kelompok kapitalisme ekstrem di Amerika Serikat dan Kanada. Kapitalisme ekstrem berpandangan bahwa pasar kapitalis sendiri sudah cukup untuk menjamin kedilan sosial sepanjang kepemilikan pribadi dilindungi, kontrak dihormati, dan aturan kompetisi bersifat adil. Howard menyebut kelompok ini sebagai minimalis liberal atau minimalis sosial, yaitu di satu sisi menyokong kesetaraan dan non-diskriminasi, namun mereka menolak tanggungjawab untuk membantu orang lain yang kekurangan secara materi.¹⁴⁵

Kedua, kaum tradisional. Kelompok ini berpendapat bahwa masyarakat tradisional harus diperbolehkan melanggar hak asasi manusia manakala hak itu bertentangan dengan aturan-aturan tradisional tentang perilaku sosial yang tertata. Kaum tradisional berpendapat bahwa masyarakat dalam kelompok lebih bisa melindungi hak asasi manusia khususnya hak ekonomi daripada model individualis. *Ketiga*, kaum konservatisme reaksioner. Kelompok ini berpandangan bahwa ide tentang kebebasan telah memunculkan ekses zaman berupa pembebasan perempuan, tuntutan hak kaum gay (homoseksual dan lesbian) dan menyebabkan kehancuran keluarga. Di sisi lain mereka setuju dengan kaum minimalis sosial dengan menyatakan bahwa keamanan ekonomi adalah urusan perjuangan pribadi dan bukan hak asasi manusia yang harus dilindungi oleh negara. *Keempat*, kelompok kolektifisme kiri. Kelompok ini berpandangan bahwa hak asasi manusia yang paling

¹⁴⁴ Carnes Lord, 'Human Rights Policy in a Nonliberal World', dalam Marc. E. Plattner (penyunting), 'Human Rights in Our Time: Essays in Memory of Victor Baras', dalam Rhoda E. Howard, ... *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*, hlm., 4-5

penting adalah penentuan nasib sendiri dan pembebasan dari kontrol negara Barat serta perusahaan-perusahaan multinasional. Pandangan ini khas dunia ketiga yang memperjuangkan kemerdekaan dan menolak imperialisme budaya. *Kelima*, kelompok *status radicalism*. Kelompok ini berpandangan bahwa beberapa kelompok manusia diingkari hak asasinya secara menyeluruh karena identitas atau status sosialnya. Mereka menyatakan bahwa perbedaan status sosial telah memunculkan hierarki penindasan. Mereka berpendapat bahwa dalam sistem liberalisme, yang menurutnya didukung oleh hak asasi manusia, status sosial lebih penting daripada hak-hak individual. Hak asasi manusia hanya bisa dimiliki oleh kelompok status dominan dan merupakan prinsip yang tidak relevan bagi kelompok-kelompok subordinat.¹⁴⁶

Secara umum menurut Howard, relativisme budaya merupakan konsepsi absolutisme budaya yang menyatakan bahwa budaya suatu masyarakat adalah nilai etis tertinggi. Relativisme budaya adalah metode analisis sosial ilmiah 'yang mempersepsi dan memaparkan gejala sosial dan budaya dari segi keberjarakan ilmiah, atau idealnya, dari perspektif para penganut budaya yang bersangkutan. Aliran absolutisme budaya menyatakan bahwa hak asasi manusia tidak relevan untuk budaya-budaya yang tidak menganut adat-istiadat, norma, keyakinan dan nilai-nilai Barat. Kelompok absolutis menentang universalitas hak asasi manusia dengan 3 (tiga) unsur antara lain *pertama*, mereka mencampuradukkan antara prinsip dengan praktik. Prinsip universalitas hak asasi manusia tidak dapat dipertahankan karena dalam praktik hak asasi manusia tidak dilindungi di seluruh dunia. *Kedua*, prinsip hak asasi manusia universal tidak dapat diterapkan dan dipertahankan karena pada

¹⁴⁶ *Ibid.*, hlm. 5-7 dan hlm. 82-83

prinsipnya hak asasi manusia bukan suatu pandangan universal. *Ketiga*, universalisme tidak berdasar karena budaya pribumi dapat menggantikan hak asasi manusia sebagai kebaikan sosial. Kunci dari tiga unsur tersebut adalah bahwa budaya (termasuk praktik keagamaan, politik dan hukum) adalah nilai etis tertinggi. Hak asasi manusia tidak dapat didukung jika pelaksanaannya mengakibatkan perubahan di dalam sebuah budaya itu sendiri.¹⁴⁷

Untuk melengkapi penjelasan Rhoda E. Howard tentang absolutisme budaya, Joshua Preiss mengidentifikasi bahwa karakter relativisme budaya antara lain:¹⁴⁸

1. Tiap budaya yang beda memiliki kode moral yang berbeda pula;
2. Tiada standar obyektif yang dapat digunakan untuk menilai kode sosial yang satu lebih baik dari yang lain;
3. Kode moral dari masyarakat kita tidak memiliki status yang lebih baik, tapi hanyalah sebagai salah satu kode yang ada;
4. Tidak ada kebenaran universal dalam etika—yakni tiada kebenaran moral yang berlaku bagi semua orang pada tiap waktu;
5. Kode moral dari sebuah budaya hanya berlaku dalam lingkungan budaya tersebut; dan
6. Adalah sebuah arogansi ketika kita mencoba menghakimi tindakan orang lain. Kita harus bersikap toleran terhadap berbagai praktik yang hidup di berbagai kebudayaan.

Ide relativisme budaya juga diajukan oleh para antropolog. Pada perkembangannya, terdapat beberapa bentuk relativisme hak asasi manusia seperti relativisme berdasar budaya, relativisme berdasar agama, relativisme berdasar gender, namun relativisme berdasar keunikan budayalah yang paling banyak didiskusikan. Keunikan budaya inilah yang digunakan oleh para antropolog untuk menyangsikan universalisme hak asasi manusia sebagaimana dirumuskan dalam Deklarasi Universal Asasi Manusia. Di dalam kerangka inilah maka pada tahun 1947 *American Anthropological Association* (AAA) mengirimkan surat berisi keberatan atas rencana

¹⁴⁷ *Ibid.*, hlm. 85-87

¹⁴⁸ Joshua Preiss, 'Pluralism, Relativism and Cultural Rights', Paper untuk Workshop pada 20 April 2004 dalam Pranoto Iskandar, ... *op. cit.* hlm. 151

rumusan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia. Di dalam suratnya, AAA mengajukan pertanyaan “*How can the proposed Declaration be applicable to all human beings, and not be a statement of rights conceived only in terms of the values prevalent in countries of Western Europe and America?*” Pada posisi ini, AAA khawatir bahwa hak asasi manusia akan menjadi sarana ‘kolonisasi makna’ nilai-nilai Barat atas nilai-nilai budaya lokal.¹⁴⁹

Setelah setengah abad berjalan, pada tahun 1999 AAA melalui organnya bernama Komite Hak Asasi Manusia (*Human Rights Committee*) membuat Deklarasi tentang Antropologi dan Hak Asasi Manusia (*Declaration on Anthropology and Human Rights*). Isi dari Deklarasi ini adalah sebagai berikut:¹⁵⁰

People and Groups have a generic rights to realize their capacity for culture, and to produce, reproduce and change the conditions and forms of their physical, personal and social existence, so long as such activities do not diminish the same capacities of others. Anthropology as an academic discipline studies the bases and the form of human diversity and unity; antropology as a practice seeks to apply this knowledge to the solution of human problems. As a professional organization of antropologists, the AAA has long been, and should continue to be, concerned whenever human difference is made the basis for a denial of basic human rights, where “human” is understood in its full range of culture, social, linguistik, psychological, and biological senses.

Pada poin di atas, para antropolog sedikit keluar dari pakem sebelumnya. Mereka menyatakan bahwa mereka memiliki tanggungjawab etis melalui basis akademik mereka untuk memperjuangkan mutu kehidupan dan hak-hak dasar manusia. Deklarasi ini dianggap sebagai penerimaan kalangan antropolog terhadap universalisme hak asasi manusia dan hukum hak asasi manusia internasional. Di akhir deklarasi ini, AAA menyatakan bahwa:

¹⁴⁹ Al. Andang L. Binawan, ‘Antropologi Bercakrawala Hak Asasi Manusia: Catatan untuk Para Antropolog’ dalam Sulistyowati Irianto (editor), *Hukum yang Bergerak, Tinjauan Antropologi Hukum*, Obor-JHMP-FHUI, Jakarta, 2009, hlm. 158

¹⁵⁰ *Ibid.*, hlm. 169

The AAA founds its approach on anthropological principle of respect for concrete human differences, both collective and individual, rather than the abstract legal uniformity of Western tradition. In practical terms, however, its working definition builds on Universal Declaration on Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the Convention on Torture, Genocide, and Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, and other treaties which bring basic human rights within the parameters of international written and customary law and practice. The AAA definition thus reflects a commitment to human rights consistent with international principles but not limited by them. Human rights is not a static concept. Our understanding of human rights is constantly evolving as we come to know more about the human condition. It is therefore incumbent on anthropologists to be involved in the debate on enlarging our understanding of human rights on the basis of anthropological knowledge and research.¹⁵¹

Melihat konsep yang dibuat oleh para antropolog di atas, terlihat bahwa di satu sisi mereka telah menerima universalisme hak asasi manusia dan juga konsep hukum internasional, namun di sisi lain mereka masih mempertahankan pandangan relatifis mereka. Pandangan relatifis itu terlihat pada frasa bahwa konsep hak asasi manusia bukanlah konsep statis, maka pada masa yang akan datang pasti akan berubah sesuai dengan perubahan waktu dan keadaan.

Pada perbincangan di atas, terlihat bagaimana dunia internasional berdebat tentang universalisme dan relatifisme budaya. Bagaimana dengan orang-orang Asia memahami hak asasi manusia. Secara umum, peta Asia adalah kalangan aktifis dan akademisi mengusung gagasan universalisme sedangkan kalangan pemerintahan lebih banyak mendukung relatifisme budaya. Saat ini, salah satu region yang dianggap kuat memegang gagasan relatifisme adalah Asia. Komunitas bangsa di Asia, khususnya diwakili oleh para pemimpin politiknya, mengajukan konsep bernama 'nilai-nilai Asia' (*Asian Values*).¹⁵²

¹⁵¹ *Ibid.*, hlm. 170

¹⁵² Pranoto Iskandar, ... *op. cit.*, hlm. 160

Konsep nilai-nilai Asia dalam praktik negara modern disebut sebagai negara paternalistik, dimana dalam praktiknya pemerintah berlaku sebagaimana layaknya orang tua bertindak sebagai pelindung, pengayom dan pembimbing anak-anaknya. Di Indonesia konsep ini disebut sebagai 'konsep negara integralistik' yang dahulu diajukan oleh Soepomo. Pada bidang ekonomi, negara bertugas membimbing pengusaha-pengusaha swasta yang jadi pilihannya untuk berlaku sebagai lokomotif pembangunan ekonomi nasional. Oleh Errol P. Mendes para pendukung nilai-nilai Asia ini dibagi menjadi tiga kelompok yaitu (a) aliran Singapura; (b) model Mahatir; dan (c) model Cina PTCN (Post-Tiananmen-Confusianism-Nationalism).¹⁵³

Model pertama meliputi pandangan Lee Kuan Yew dan Goh Chok Tong. Mereka berpandangan bahwa Asia Timur telah berhasil sembuh dari penyakit yang muncul akibat kolonialisme. Asia Timur bisa lebih maju dibanding Barat. Asia Timur telah mulai berhasil memberikan hak ekonomi dan sosial, sementara Barat tertatih-tatih dengan sistem demokrasinya yang mengagungkan individualisme sehingga mendorong kehancuran ekonomi dan masyarakat. Model kedua menunjuk pada kehancuran moral dan sosial di Barat yang sangat berbeda dengan sosio-kultur Asia. Model kedua juga lebih menekankan 'stabilitas dan koehsi sosial yang dipaksakan bagi masyarakat yang heterogen'. Sedangkan model ketiga yang dikomandani Cina beranggapan bahwa hak asasi manusia harus selalu dilihat pada konteksnya. Cina membuat konferensi pada Desember 1991, dan pada awal tahun 1993 menginisiasi Deklarasi Bangkok yang kesemuanya dilakukan dalam rangka

¹⁵³ Errol P. Mendes, 'Asian Values and human Rights: Letting the Tiger Free' dalam Pranoto Iskandar, ... *ibid.*, hlm. 162

mengantisipasi Konferensi Wina tahun 1993. Di dalam Deklarasi Bangkok disebutkan bahwa:¹⁵⁴

Mengakui bahwa di samping hak asasi manusia bersifat universal, haruslah dipahami dalam konteks yang dinamis dan dalam proses pembentukan norma-norma (internasional) yang selalu berkembang, dengan memperhatikan pentingnya kekhasan regional dan nasional dan beragam latar belakang historis, budaya dan keagamaan.

Jac Donnelly mengkritik pandangan relativis di Asia dengan mengatakan bahwa penolakan terhadap universalitas hak asasi manusia tidaklah semata soal ketiadaan legitimasi budaya atas norma hak asasi manusia, tetapi lebih berkaitan dengan aspek politik. Upaya memahami hak asasi manusia selain pada argumentasi filosofis hanya akan mencampuradukkan antara konsep hak, harga diri (*dignity*) dan keadilan. Sudah saatnya kesadaran yang dibangun adalah kesadaran universal karena manusia saat ini menghadapi hal sama yaitu hidup dalam kerangka negara bangsa. Hak asasi manusia adalah konsep modern yang semata-mata dihasilkan oleh proses berfikir manusia dalam upayanya memperoleh keadilan, bukan berasal dari budaya atau agama. Secara tegas Donnelly mengatakan bahwa argumentasi yang menyertai gagasan nilai-nilai Asia adalah keyakinan bahwa perlindungan hak sipil dan politik hanya akan menghambat pembangunan. Keyakinan ini berangkat dari pandangan bahwa perlindungan hak sipil dan politik hanya akan memperlambat tindakan pemerintah dalam melaksanakan tugasnya. Seperti, dimungkinkannya oposisi menolak kebijakan pemerintah yang akan memperlamba keinginan pemerintah dalam melaksanakan kebijakannya.¹⁵⁵

¹⁵⁴ *Ibid.*, hlm. 165

¹⁵⁵ *Ibid.*, hlm. 170

(7) Konstitusionalisme Hak Asasi Manusia di Indonesia

(a) Sejarah Pengaturan Hak Asasi Manusia Sejak Awal Kemerdekaan

Di Indonesia wacana hak asasi manusia telah lama berkembang, tepatnya sejak awal kemerdekaan, bahkan dapat dikatakan bahwa bangsa Indonesia lebih awal membicarakan persoalan hak asasi manusia dibandingkan dengan Perserikatan Bangsa-Bangsa. Pada masa awal kemerdekaan Indonesia tahun 1945, para pendiri bangsa telah berinisiatif memasukkan pasal-pasal hak asasi manusia tetapi tidak berhasil karena belum terjadi kesepakatan. PBB menyepakati hak asasi manusia pada tahun 1948 ditandai dengan disahkannya Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia pada 10 Desember 1948.

Pada awal kemerdekaan, perdebatan soal hak asasi manusia terjadi antara Soekarno-Soepomo vs Hatta-Yamin. Soekarno menolak pencantuman hak asasi manusia di dalam konstitusi dengan alasan kekhawatiran akan merebaknya paham liberalisme dan individualisme. Kekhawatiran tersebut nampak pada pernyataan Soekarno di bawah ini:¹⁵⁶

“...saya minta dan menangis kepada tuan-tuan dan nyonya-nyonya, buanglah sama sekali faham individualisme itu, janganlah dimasukkan dalam Undang-Undang Dasar kita yang dinamakan ‘*right of the citizens*’ yang sebagai dianjurkan oleh republik Perancis itu adanya...”

“...buat apa kita membikin *grondwet*, apa gunanya *grondwet* itu kalau ia tak dapat mengisi perutnya orang yang hendak mati kelaparan. *Grondwet* yang berisi ‘*droit de l’homme et du citoyen*’ itu, tidak bisa menghilangkan kelaparannya orang yang miskin yang hendak mati kelaparan. Maka oleh karena itu, jikalau kitabetul-betul hendak mendasarkan negara kita pada paham kekeluargaan, faham tolong menolong, faam gotong royong dan keadilan sosial, enyahkanlah tiap-tiap fikiran, tiap-tiap paham individualisme dan liberalisme dari padanya”

Di sisi yang lain Hatta dan Yamin bersikeras agar pasal hak asasi manusia dicantumkan di dalam Konstitusi, karena jika tidak dicantumkan dikhawatirkan

¹⁵⁶ Knut D. Asplun, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (editor), ... *op. cit.*, hlm. 238-239

penguasa akan menjadi otoriter karena kekuasaan yang terlalu luas. Hatta menyatakan bahwa:¹⁵⁷

“tetapi satu hal yang saya khawatirkan kalau tidak ada satu keyakinan atau suatu pertanggungjawaban kepada rakyat dalam hukum dasar yang mengenai haknya untuk mengeluarkan suara, saya kuatir mengkhianati di atas Undang-Undang Dasar yang kita susun sekarang ini, mungkin terjadi satu bentukan negara yang tidak kita setuju”.

“sebab itu ada baiknya dalam satu fasal, misalnya fasal yang mengenai warga negara disebutkan di sebelah hak yang sudah diberikan juga kepada misalnya tiap-tiap warga negara rakyat Indonesia, supaya tiap-tiap warga negara itu jangan takut mengeluarkan suaranya. Yang perlu disebut disini hak untuk berkumpul dan bersidang atau menyurat dan lain-lain. Tanggungan ini perlu untuk menjaga supaya negara kita tidak menjadi negara kekuasaan, sebab kita dasarkan negara kita kepada kedaulatan rakyat”.

Akhir dari perdebatan itu adalah diakui dan digunakanlah konsep ‘hak warga negara’ dan bukan ‘hak asasi manusia’. Sejarah mencatat bahwa Konstitusi Republik Indonesia Serikat (RIS) 1949 dan Undang-Undang Dasar Sementara (UUDS) 1950 yang pernah berlaku selama sekitar 10 tahun (1949 – 1959), justru memuat pasal-pasal tentang hak asasi manusia yang lebih banyak dan lebih lengkap dibandingkan dengan Undang-Undang Dasar 1945. Kedua Undang-Undang Dasar tersebut mendasarkan ketentuan-ketentuan yang berkaitan dengan hak asasi manusia pada Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (*Universal Declaration of Human Rights*) yang mulai berlaku pada tanggal 10 Desember 1948.¹⁵⁸

Konstitusi RIS 1949 mengatur tentang hak asasi manusia dalam Bagian V yang berjudul “Hak-Hak dan Kebebasan-Kebebasan Dasar Manusia”. Pada bagian tersebut terdapat 27 pasal, dari Pasal 7 sampai dengan Pasal 33. Pasal-pasal tentang hak asasi manusia yang isinya hampir seluruhnya serupa dengan Konstitusi RIS 1949 juga terdapat dalam UUDS 1950. Di dalam UUDS 1950, pasal-pasal tersebut juga

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid.*

terdapat dalam Bagian V yang berjudul “Hak -Hak dan Kebebasan-Kebebasan Dasar Manusia”. Bagian ini terdiri dari 28 pasal, dari Pasal 7 sampai dengan Pasal 34. Perdebatan tentang konsepsi hak asasi manusia kemudian muncul dalam persidangan Konstituante yang dibentuk antara lain berdasarkan Pasal 134 UUDS 1950. Pasal tersebut menyatakan bahwa Konstituante (Sidang Pembuat Undang-Undang Dasar) bersama-sama dengan Pemerintah secepat-lekasnya menetapkan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia yang akan menggantikan Undang-Undang Dasar Sementara ini (UUDS 1950). Konstituante yang terbentuk melalui pemilihan umum pada tahun 1955 tersebut kemudian bersidang, hingga dibubarkan melalui Keppres Nomor 150 Tahun 1959. Pada tanggal 12 Agustus 1958, dibentuklah suatu *Drafting Committee* di dalam Konstituante. Ia bertugas untuk meringkas berbagai perdebatan dalam bidang hak asasi manusia dan memformulasikan rancangan putusan-putusan dalam bidang hak asasi manusia yang akan diambil dalam Sidang Paripurna. Laporan Komite tersebut disampaikan pada tanggal 19 Agustus 1958. Di dalamnya terdapat 88 formulasi yang berkaitan dengan 24 macam hak yang berasal dari hak asasi manusia dari daftar I yang asli; 18 hak-hak warga negara; 13 hak-hak tambahan yang belum diputuskan apakah mereka akan digolongkan sebagai hak asasi manusia atau hak-hak sipil; hak-hak yang masih dalam perdebatan, hak-hak yang dihapus atau digabungkan dengan hak-hak lainnya. Untuk setiap masing-masing kategori ini juga ada suatu usulan prosedural tentang bagaimana mereka harus diputuskan dengan baik. Babakan sejarah selanjutnya ternyata berpaling kembali ke Undang-Undang Dasar 1945, ketika melalui Keppres Nomor 150 Tahun 1959 tertanggal 5 Juli 1959, Presiden Soekarno antara lain menyatakan bahwa Undang-Undang Dasar 1945 dinyatakan berlaku kembali. Kembalinya Republik Indonesia ke Undang-Undang

Dasar 1945 berarti juga berlakunya kembali ketentuan-ketentuan tentang hak asasi manusia yang tercantum di dalamnya.¹⁵⁹

Pada masa awal Orde Baru, Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara (MPRS) telah berhasil merancang suatu dokumen yang diberi nama “Piagam Hak-Hak Asasi Manusia dan Hak-Hak Serta Kewajiban Warga Negara.” Di samping itu, sambil menunggu berlakunya Piagam tersebut, Pimpinan MPRS ketika itu juga menyampaikan “Nota MPRS kepada Presiden dan DPR tentang Pelaksanaan Hak-Hak Asasi Manusia”. Namun demikian, sejarah menunjukkan bahwa karena berbagai latar belakang, Piagam tersebut kemudian tidak jadi diberlakukan. Perjalanan sejarah kemudian, Pemerintah Orde Baru seakan-akan bersikap anti terhadap eksistensi suatu piagam hak asasi manusia. Setiap pertanyaan yang mengarah kepada perlunya piagam hak asasi manusia, cenderung untuk dijawab bahwa piagam semacam itu (pada saat itu) tidak dibutuhkan, karena masalah hak asasi manusia telah diatur dalam berbagai peraturan perundang-undangan. Secara kongkrit, pendapat semacam ini kemudian luruh dengan sendirinya semenjak diberlakukannya Ketetapan MPR Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia sebagaimana disebutkan di muka, yang ditetapkan dalam Sidang Istimewa MPR tanggal 13 November 1998. Terlepas dari kekurangan-kekurangan yang oleh sementara kalangan dianggap masih melekat di dalamnya, pemberlakuan Ketetapan ini bisa dianggap sebagai semacam “penebus” kegagalan ditetapkannya “Piagam

¹⁵⁹ *Ibid.*, hlm. 241. Baca juga Sri Hastuti Puspitasari, ‘Perlindungan HAM dalam Struktur Ketatanegaraan Republik Indonesia’ dalam Eko Riyadi dan Suprianto Abdi (editor), *Mengurai Kompleksitas Hak Asasi Manusia, Kajian Multi Perspektif*, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2007, hlm. 145-155

Hak-Hak Asasi Manusia dan Hak-Hak serta Kewajiban Warga Negara” oleh MPRS sekitar 35 tahun sebelumnya.¹⁶⁰

Pada intinya, Ketetapan MPR Nomor XVII/MPR/1998 tersebut menugaskan kepada Lembaga-Lembaga Tinggi Negara dan seluruh aparaturnya, untuk menghormati, menegakkan, dan menyebarluaskan pemahaman mengenai hak asasi manusia kepada seluruh masyarakat. Di samping itu, Ketetapan ini juga menegaskan kepada Presiden dan Dewan Perwakilan Rakyat untuk meratifikasi berbagai instrumen Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) tentang hak asasi manusia, sepanjang tidak bertentangan dengan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945. Ditegaskan pula bahwa penghormatan, penegakan, dan penyebaran hak asasi manusia oleh masyarakat dilaksanakan melalui gerakan kemasyarakatan atas dasar kesadaran dan tanggung jawabnya sebagai warga negara dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara. Pelaksanaan penyuluhan, pengkajian, pemantauan, penelitian dan mediasi tentang hak asasi manusia dilakukan oleh suatu Komisi Nasional Hak Asasi Manusia yang ditetapkan dengan undang-undang. Ketetapan ini juga dilampiri oleh naskah hak asasi manusia yang di dalam sistematikanya mencakup: (1) Pandangan dan Sikap Bangsa Indonesia terhadap Hak Asasi Manusia; dan (2) Piagam Hak Asasi Manusia. Sebagaimana diuraikan di muka, sebelum ditetapkannya Ketetapan tersebut, pada tanggal 15 Agustus 1998 Presiden B.J. Habibie telah menetapkan berlakunya Keppres Nomor 129 Tahun 1998 tentang “Rencana Aksi Nasional Hak Asasi Manusia Indonesia 1998–2003”, yang lazim disebut sebagai RANHAM. Perkembangan-perkembangan yang terjadi begitu cepat dalam lingkup domestik maupun internasional, dan kehadiran Kementerian Negara

¹⁶⁰ *Ibid.*

Urusan Hak Asasi Manusia pada Kabinet Persatuan Nasional - yang kemudian digabungkan dengan Departemen Hukum dan Perundang-undangan menjadi Departemen Kehakiman dan Hak Asasi Manusia - membuat RANHAM ini harus disesuaikan. Pada saat penulisan buku ini dilakukan, proses penyempurnaan tersebut tengah dilakukan oleh suatu tim inter-departemen (interdep) di Jakarta.

Sebagai tindak lanjut dari diberlakukannya Keppres Nomor 129 Tahun 1998 tersebut, pada tanggal 28 September 1998 ditetapkanlah Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1998 tentang pengesahan *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia).

Babakan selanjutnya yang sangat penting bagi penegakan hak asasi manusia dalam era reformasi (setelah bulan Mei tahun 1998) adalah ditetapkannya Perubahan Kedua Undang-Undang Dasar 1945 dalam Sidang Tahunan MPR yang pertama pada tanggal 7 – 18 Agustus 2000. Babakan penting yang dihasilkan dalam Sidang Tahunan tersebut adalah ditetapkannya Bab khusus yang mengatur mengenai “Hak asasi manusia” dalam Bab XA Perubahan Kedua Undang-Undang Dasar 1945. Isi Bab tersebut memperluas Pasal 28 Undang-Undang Dasar 1945 yang semula hanya terdiri dari 1 pasal dan 1 ayat, menjadi beberapa pasal dan beberapa ayat. Pasal-pasal dan ayat-ayat tersebut tercantum dalam Pasal 28A hingga Pasal 28J.

Di satu sisi pencantuman pasal-pasal yang secara khusus mengatur mengenai hak asasi manusia dalam Perubahan Kedua Undang-Undang Dasar 1945 merupakan suatu kemajuan yang cukup signifikan, karena proses perjuangan untuk melakukan hal itu telah lama dilakukan. Namun di sisi lain hal ini justru menjadi sesuatu yang

merancukan karena pasal-pasal tentang hak asasi manusia yang dicantumkan dalam Perubahan Kedua Undang-Undang Dasar 1945 tersebut sebagian besar merupakan pasal-pasal yang berasal --atau setidaknya tidaknya memiliki redaksional yang serupa dengan beberapa pasal-- dari Ketetapan MPR Nomor XVII/MPR/1998 dan Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999. Kedua ketentuan yang disebut terakhir ini juga mengatur mengenai “Hak Asasi Manusia”.

Pencantuman ketentuan-ketentuan tentang hak asasi manusia di dalam Perubahan Kedua Undang-Undang Dasar 1945 itu --terlepas dari masih adanya kekurangan-kekurangan di dalam rumusan dari beberapa pasalnya—merupakan prestasi yang baik karena setidaknya bangsa Indonesia telah memiliki landasan yang lebih signifikan dalam bidang hak asasi manusia. Tugas akademik yang perlu ters dilakukan adalah mengawal agar perintah konstitusi tentang hak asasi manusia akan selalu ditaati secara bersama, baik oleh penyelenggara negara maupun oleh segenap rakyat Indonesia.

(b) Produk Peraturan Perundang-Undangan Indonesia tentang Hak Asasi Manusia

Indonesia merupakan negara yang cukup produktif membuat peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan hak asasi manusia. Peraturan perundang-undangan tersebut terdiri dari seluruh tingkatan, mulai dari konstitusi hingga peraturan pelaksanaan yang paling teknis. Jika diklasifikasi, maka peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan hak asasi manusia di Indonesia dapat dibagi ke dalam empat kategori yaitu (1) konstitusi; (2) undang-undang produk legislasi nasional; (3) undang-undang hasil ratifikasi instrumen internasional; dan (4)

peraturan produk kebijakan. Berikut akan disampaikan secara detail mengenai keempat produk tersebut.

(i) Konstitusi

Setelah mengalami proses yang sangat panjang sebagaimana dijelaskan pada poin (a) di atas, akhirnya bab hak asasi manusia diakomodasi secara resmi menjadi bagian dari konstitusi pada tahun 2000-2001. Anggota Majelis Perwakilan Rakyat hasil pemilihan umum 1999 merasa perlu untuk memasukkan secara eksplisit bab hak asasi manusia dengan harapan pada masa yang akan datang tidak akan terjadi lagi model kekuasaan yang otoriter sebagaimana dipraktikkan oleh pemerintahan orde baru. Secara lengkap bab hak asasi manusia dimasukkan menjadi BAB XA tentang Hak Asasi Manusia, Pasal 28A – 28J Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945.

Berikut bunyi pasal tersebut:

Pasal 28A

Setiap orang berhak untuk hidup serta berhak mempertahankan hidup dan kehidupannya.

Pasal 28B

- (1). Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah.
- (2). Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.

Pasal 28C

- (1). Setiap orang berhak mengembangkan diri melalui pemenuhan kebutuhan dasarnya, berhak mendapat pendidikan dan memperoleh manfaat dari ilmu pengetahuan dan teknologi, seni dan budaya, demi meningkatkan kualitas hidupnya dan demi kesejahteraan umat manusia.
- (2). Setiap orang berhak untuk memajukan dirinya dalam memperjuangkan haknya secara kolektif untuk membangun masyarakat, bangsa dan negaranya.

Pasal 28D

- (1). Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum.
- (2). Setiap orang berhak untuk bekerja serta mendapat imbalan dan perlakuan yang adil dan layak dalam hubungan kerja.
- (3). Setiap warga negara berhak memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan.
- (4). Setiap orang berhak atas status kewarganegaraan.

Pasal 28E

- (1). Setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya, memilih pendidikan dan pengajaran, memilih pekerjaan, memilih kewarganegaraan, memilih tempat tinggal diwilayah negara dan meninggalkannya, serta berhak kembali.
- (2). Setiap orang atas kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya.
- (3). Setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat.

Pasal 28F

Setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi untuk mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya, serta berhak untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah, dan menyampaikan informasi dengan menggunakan segala jenis saluran yang tersedia.

Pasal 28G

- (1). Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang dibawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi.
- (2). Setiap orang berhak untuk bebas dari penyiksaan dan perlakuan yang merendahkan derajat martabat manusia dan berhak memperoleh suaka politik dari negara lain.

Pasal 28H

- (1). Setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan.
- (2). Setiap orang mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan.
- (3). Setiap orang berhak atas jaminan sosial yang memungkinkan pengembangan dirinya secara utuh sebagai manusia yang bermartabat.

- (4). Setiap orang berhak mempunyai hak milik pribadi dan hak milik tersebut tidak boleh diambil alih secara sewenang-wenang oleh siapa pun.

Pasal 28I

- (1). Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.
- (2). Setiap orang berhak bebas atas perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apa pun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu.
- (3). Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban.
- (4). Perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara, terutama pemerintah.
- (5). Untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur, dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan.

Pasal 28J

- (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 kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

(ii) Undang-Undang Produk Legislasi Nasional Murni

Terminologi produk legislasi nasional murni ini digunakan untuk membedakannya dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia dan peraturan perundangan hasil ratifikasi. Beberapa undang-undang produk legislasi nasional di bidang hak asasi manusia antara lain:

7. Undang-Undang Nomor 9 Tahun 1998 tentang Kemerdekaan Menyampaikan Pendapat di Muka Umum

8. Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia
9. Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia
10. Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak
11. Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga (PKDRT)

(iii) Peraturan Perundang-Undangan Hasil Ratifikasi

Berikut ini adalah peraturan perundang-undangan hasil ratifikasi dari perjanjian atau instrumen internasional di bidang hak asasi manusia. Pasca melakukan ratifikasi, pemerintah Indonesia wajib melaksanakan prestasi atau upaya pemenuhan sebagaimana diperintahkan di dalam instrumen serta wajib menyusun laporan implementasi hasil ratifikasi Komite dari masing-masing kovenan dan/atau konvensi. Produk perundang-undangan hasil ratifikasi antara lain:

1. Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1984 tentang Pengesahan Konvensi Mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan
2. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1998 tentang Pengesahan Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi atau Merendahkan Martabat Manusia

3. Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1999 tentang Pengesahan Konvensi *International Laour Organisation* (ILO) Nomor 105 tentang Penghapusan Kerja Paksa
4. Undang-Undang Nomor 21 Tahun 1999 tentang Pengesahan Konvensi *International Laour Organisation* (ILO) Nomor 111 mengenai Pelarangan Diskriminasi dalam Pekerjaan dan Jabatan
5. Undang-Undang Nomor 29 Tahun 1999 tentang Pengesahan Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial
6. Undang-Undang Nomor 20 Tahun 1999 tentang Pengesahan Konvensi *International Laour Organisation* (ILO) Nomor 138 Mengenai Usia Minimum untuk Diperbolehkan Bekerja
7. Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2000 tentang Pengesahan Konvensi *International Laour Organisation* (ILO) Nomor 182 Mengenai Pelarangan dan Tindakan Segera Penghapusan Segala Bentuk Pekerjaan Terburuk Untuk Anak
8. Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2005 tentang Pengesahan Kovenan Internasional Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya (KIHESB)
9. Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (KIHSP)
10. Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2011 tentang Pengesahan *Convention on the Rights of Persons with Dissabilities* (Konvensi tentang Hak Penyandang Disabilitas)

11. Keputusan Presiden Nomor 36 Tahun 1990 tentang Pengesahan Konvensi Hak Anak
12. Keputusan Presiden Nomor 58 Tahun 1991 tentang *Pengesahan Convention on the Prohibition of the Developmnet, Production and Stockpiling of Bacteriological and Toxin Weapon and on their Destruction*
13. Keputusan Presiden Nomor 83 Tahun 1998 tentang Pengesahan Konvensi Nomor 87 tentang Kebebasan Berserikat dan Perlindungan Hak untuk Berorganisasi

(iv) Produk Kebijakan Pemerintah

Kebijakan pemerintah digunakan untuk menyebut produk kebijakan selain undang-undang dan juga kebijakan selain ratifikasi, karena ada beberapa ratifikasi yang dilakukan dengan menggunakan produk kebijakan pemerintah. Berikut beberapa kebijakan pemerintah di bidang hak asasi manusia:

1. Keputusan Presiden Nomor 129 Tahun 1998 tentang Rencana Aksi Nasional Hak Asasi Manusia Indonesia
2. Instruksi Presiden Nomor 26 Tahun 1998 tentang Menghentikan Penggunaan Istilah Pribumi dan Non-Pribumi dalam Semua Perumusan dan Penyelenggaraan Kebijakan, Perencanaan Program, ataupun Pelaksanaan Kegiatan Penyelenggaraan Pemerintah
3. Keputusan Presiden Nomor 12 Tahun 2001 tentang Komite Aksi Nasional Penghapusan Bentuk Pekerjaan Terburuk untuk Anak
4. Keputusan Presiden Nomor 59 Tahun 2002 tentang Komite Aksi Nasional Penghapusan Bentuk Pekerjaan Terburuk untuk Anak

5. Keputusan Presiden Nomor 23 Tahun 2002 tentang Komisi Perlindungan Anak
6. Keputusan Presiden Nomor 87 Tahun 2002 tentang Rencana Aksi Nasional Penghapusan Eksploitasi Seksual Komersial Anak
7. Keputusan Presiden Nomor 88 Tahun 2002 tentang Rencana Aksi Nasional Penghapusan Perdagangan Perempuan dan Anak
8. Keputusan Presiden Nomor 61 Tahun 2002 tentang Perubahan Atas Keputusan Presiden Nomor 129 Tahun 1998 tentang Rencana Aksi Nasional Hak Asasi Manusia Indonesia
9. Keputusan Presiden Nomor 40 Tahun 2004 tentang Rencana Aksi Nasional Hak Asasi Manusia Indonesia Tahun 2004-2009
10. Peraturan Presiden Nomor 65 Tahun 2005 tentang Komisi Nasional Anti Kekerasan terhadap Perempuan
11. Peraturan Presiden Nomor 4 Tahun 2006 tentang Penyelenggaraan dan Kerjasama Pemulihan Korban Kekerasan dalam Rumah Tangga
12. Peraturan Presiden Nomor 23 Tahun 2011 tentang Rencana Aksi Nasional Hak Asasi Manusia Indonesia 2011-2014

C. Tipe Hukum

Teori tentang tiga tipe hukum merupakan karya akademik Philippe Nonet dan Philip Selznick. Mereka memunculkan tiga tipe tersebut berkaitan dengan upaya penyelidikannya terhadap pola-pola perjalanan hukum di tengah-tengah masyarakat.

A.A.G. Peters dan Koesriani Siswosoebroto membuat skema tentang tiga tipe hukum sebagai berikut:

Tabel 5:¹⁶¹
Tipe Hukum

	Hukum Represif	Hukum Otonom	Hukum Responsif
Tujuan	Tata tertib	Legitimasi	Kompetensi
Legitimasi	Pertahanan sosial dan <i>raisonne d'etate</i> (demi kepentingan negara sendiri)	Keadilan prosedural	Keadilan substantif
Aturan-aturan	Kasar dan mendetil, tetapi hanya lemah sekali mengikat pembuatnya	Panjang-lebar; dan mengikat baik yang memerintah maupun yang diperintah	Tunduk kepada prinsip-prinsip dan kebijaksanaan
Alasan	Ad hoc; cepat dan khusus	Menghormati sekali otoritas hukum; mudah menjurus ke formalisme dan legisme	Bertujuan; perluasan kompetensi kognitif
Kebijakan	Sangat umum;	Terikat kepada	Banyak dipakai,

¹⁶¹ A.A.G. Peters dan Koesriani Siswosoebroto, *Hukum dan perkembangan Sosial, Buku Teks Sosiologi Hukum*, Buku III, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1988, hlm. 159-160

	oportunistis	aturan; kurang pendelegasian	tetapi demi tujuan yang dapat dipertanggungjawabkan
Pemaksaan	Ekstensif; dikendalikan secara lemah sekali	Diawasi oleh kendali-kendali hukum	Pencarian alternatif secara positif, misalnya, insentif, sistem-sistem kewajiban swasembada
Moralitas	Moralitas komunal; moralisme hukum; “moralitas pengawasan”	Moralitas institusional; yaitu sangat memperhatikan integritas proses hukum	Moralitas rakyat; “moralitas kerjasama”
Politik	Hukum tunduk kepada politik kekuasaan	Hukum bebas dari politik; pemisahan kekuasaan	Aspirasi-aspirasi hukum dan politik berintegrasi; pembauran kekuasaan
Harapan ketaatan	Tanpa syarat; tidak taat harus dihukum sebagai pembangkangan	Penyimpangan aturan dibenarkan secara hukum, misalnya untuk mengkaji kesahihan undang-undang atau perintah-perintah	Tidak taat dilihat sebagai kerugian substantif; dipandang sebagai pengajuan isu tentang legitimasi
Partisipasi	Menurut dengan	Kemungkinan	Kemungkinan

	patuh; kritik tanda tidak loyal	dibatasi oleh prosedur-prosedur yang dibuat; munculnya kritik hukum	diperluas oleh integrasi kepengacaraan hukum dan sosial
--	---------------------------------	---	---

Sumber: A.A.G. Peters dan Koesriani Siswosoebroto dalam buku berjudul *Hukum dan Perkembangan Sosial, Buku Teks Sosiologi Hukum*.

Dari ketiga tipe hukum yang telah diungkapkan oleh Nonet dan Selznick dapat diuraikan point-point pentingnya adalah sebagai berikut.¹⁶²

(1) Hukum Represif

Sebelum membicarakan indikator hukum represif, perlu dilakukan pemaknaan terhadap rezim represif. Menurut Nonet dan Selznick, kekuasaan pemerintahan disebut represif apabila kekuasaan tidak memperhatikan kepentingan orang-orang yang diperintah, yaitu ketika suatu kekuasaan dilaksanakan tidak untuk kepentingan mereka yang diperintah atau dengan mengingkari legitimasi mereka. Potensi represi ini akan semakin besar ketika harapan dan kepentingan baru semakin meluas. Pada situasi seperti ini, akan ada banyak peristiwa yang muncul akibat adanya instruksi yang mendorong diabaikannya tuntutan ‘hak’ yang kuat. Represi yang paling terlihat adalah ketika terjadi penggunaan kekerasan yang tidak terkontrol untuk menegakkan perintah, menekan pihak yang tidak patuh, atau menghentikan protes. Namun, represi juga sering dilakukan secara tidak langsung dengan mengeksploitasi persetujuan pasif. Paksaan cenderung pada terjadinya represi karena (1) tersedianya alat-alat pemaksa memberikan alternatif yang nyaman dan mengurangi kebutuhan untuk melakukan akomodasi; dan (2) penggunaan kekuatan itu merupakan pelecehan

¹⁶² Philippe Nonet dan Philip Selznick, ... *op. cit.*, hlm. 33

terhadap kemanusiaan (dehumanisasi), seorang target paksaan akan dijauhkan dari proses dialog, persuasi, penghormatan, dan legitimasi tuntutananya akan mudah ditolak.¹⁶³

Ciri dari hukum represif yang paling menonjol adalah bahwa hukum mengabdikan kepada kekuasaan represif dan kepada tata tertib sosial yang represif. Kekuasaan yang memerintah adalah kekuasaan represif yang kurang bahkan sama sekali tidak memperhatikan kepentingan-kepentingan rakyat yang diperintah.¹⁶⁴ Dengan kata lain adalah ketika kekuasaan cenderung tidak mempedulikan kepentingan-kepentingan tersebut atau menolak legitimasinya. Jika diperinci lebih jauh, ciri-ciri hukum represif adalah:¹⁶⁵

1. Institusi-institusi hukum secara langsung dapat diakses oleh kekuatan politik; hukum diidentifikasi sama dengan negara dan ditempatkan di bawah tujuan negara (*raisonne d'etat*).
2. Langgengnya sebuah otoritas merupakan urusan yang paling penting dalam administrasi hukum. Dalam “perspektif resmi” yang terbangun, manfaat dari keraguan (*the benefit of the doubt*) masuk ke sistem, dan kenyamanan administratif menjadi titik berat perhatian.
3. Lembaga-lembaga kontrol yang terspesialisasi, seperti polisi, menjadi pusat-pusat kekuasaan yang independen; mereka terisolasi dari konteks sosial yang berfungsi memperlunak, serta mampu menolak otoritas politik.
4. Sebuah rezim “hukum berganda” (*dual law*) melembagakan keadilan berdasarkan kelas dengan cara mengkonsolidasikan dan melegitimasi pola-pola subordinasi sosial.
5. Hukum pidana merefleksikan nilai-nilai yang dominan, moralisme hukum yang akan menang.

Konstruksi politik yang dibutuhkan dalam tipe hukum represif adalah tipe otoritarian dimana pembangunan sebuah bangsa didasarkan pada ‘perdamaian raja’ (*king's peace*) bersama dengan ‘pengambilalihan politik’ (*political expropriation*)

¹⁶³ *Ibid.*, hlm. 33-35

¹⁶⁴ *Ibid.*, hlm. 36-37

¹⁶⁵ *Ibid.*, hlm. 37

yang akan digunakan untuk melawan para penentang dan penantang. Hukum dikonstruksikan dan digunakan untuk tujuan tersebut. Berikut beberapa karakter hukum dan institusi hukum dalam tipe represif:¹⁶⁶

1. Pengadilan dan aparat penegak hukum adalah menteri (pembantu) sang raja. Mereka dianggap dan menganggap diri sebagai instrumen penguasa. Institusi hukum melayani kepentingan negara (kekuasaan).
2. Tujuan utama dari hukum adalah ketenteraman umum, berapapun biaya yang dibutuhkan untuk menciptakan ketentraman akan dibayarkan.
3. Institusi-institusi hukum memiliki kekuatan memaksa yang sangat besar dan hanya memiliki sedikit kekuatan lain. Oleh karenanya hukum pidana merupakan perhatian utama aparat hukum dan cara efektif dari otoritas hukum.
4. Aturan hukum bercorak kekuasaan dan aturan tersebut disesuaikan dengan keinginan politik. Pengakuan terhadap 'hak' adalah sangat berbahaya.

Kekuasaan memiliki otoritas yang sangat besar dan tidak bisa dikontrol. Rakyat sebagai pihak yang diperintah tidak memiliki kemungkinan dan mekanisme serta cara untuk melakukan gugatan. Gugatan akan dianggap sebagai pembangkangan dan harus dicegah. Kriminalisasi merupakan cara kontrol yang paling mudah dan paling sering digunakan. Pemerintahan digerakkan oleh 'perspektif resmi', dan dengan perspektif tersebut para penguasa mengidentikkan kepentingan mereka dengan kepentingan masyarakat. Akibatnya, kepentingan rakyat hanya diletakkan di bawah kepentingan birokrasi kekuasaan. 'Perspektif resmi' memberikan *privilege* kepada pemerintah berupa beberapa hal yaitu (a) diskresi luas dan klaim atas hak istimewa absolut; (b) melindungi pemegang otoritas dari tantangan dan kritik; (c) membatasi tuntutan publik dengan menetapkan aturan yang kaku serta membatasi akses. Aparat dan lembaga penegak hukum hanya menjadi

¹⁶⁶ *Ibid.*, hlm. 39-40

tangan dari pemerintah. Pemerintah juga ‘memonopoli kekerasan yang sah’ sebagai capaian utama.¹⁶⁷

Gambaran keadilan yang muncul dalam tipe hukum represif adalah gagasan keadilan kelas. “Suatu rezim “hukum rangkap” melembagakan keadilan kelas dengan mengkonsolidasikan dan mengesahkan pola-pola “subordinasi sosial”. Hukum rangkap yang dipahami dalam hal ini adalah hukum yang berlaku bagi mereka yang ber-*privilege* dan melindungi hak mereka untuk mendapatkan jasa di satu sisi, dan di sisi lain juga hukum bagi mereka yang tidak ber-*privilege* yang berorientasi pada kontrol. Hukum rangkap biasanya terdapat dalam negara-negara lemah yang hanya mampu mempertahankan perdamaian dengan cara mempertahankan *status quo*. Hukum rangkap memanifestasikan diri dalam tiga cara, yaitu (a) melembagakan ketiadaan *privilege* ‘dengan menuntut tanggungjawabnya, tetapi tidak memperhitungkan tuntutan dari para pembantu, orang-orang yang berutang, dan para penyewa’; (b) melembagakan ketergantungan ‘orang-orang miskin yang tidak bisa berdiri sendiri’ untuk dijadikan ‘asuhan dari negara’. Mereka dipaksa tunduk pada institusi-institusi khusus (kesejahteraan dan perumahan umum) dan direndahkan derajatnya dengan adanya pengawasan yang birokratis dan dijuluki dengan gelar resmi seperti kelompok gelandangan, pengemis dan sebutan *stereotyping* lainnya; (c) hukum mengurus pertahanan sosial terhadap “kelas-kelas berbahaya” misalnya dengan kriminalisasi kondisi-kondisi kemiskinan dalam undang-undang pergelandangan.

Hubungan antara politik dan hukum dapat digambarkan di dalam dua kalimat berikut ini yaitu (a) terjadi integrasi yang dekat antara hukum dan politik. Terjadi

¹⁶⁷ *Ibid.*, hlm. 46-48

subordinasi langsung institusi-institusi hukum terhadap elit-elit yang berkuasa. Hukum adalah alat yang mudah diutak-atik, siap dipakai untuk mengkonsolidasikan kekuasaan, mengawal otoritas, mengamankan *previlege* dan memenangkan kepatuhan. Akhirnya terjadilah ‘instrumentalisme primitif’; (2) pejabat memiliki diskresi yang tidak terkontrol. Situasi ini merupakan akibat langsung dari kepastian dan kemudahan dalam memainkan hukum sesuai kepentingan politik mereka.¹⁶⁸

(2) Hukum Otonom

Tipe hukum otonom berpijak pada ‘tertip hukum’ sebagai sumber daya untuk menjinakkan represi. Hukum otonom erat kaitannya dengan kemunculan prinsip ‘*Rule of Law*’. ‘*Rule of Law*’ dimaknai sebagai sebuah aspirasi hukum dan politik berupa penciptaan ‘sebuah pemerintahan berdasarkan hukum dan bukan berdasar orang’. Penciptaan hukum seperti itu membutuhkan institusi yang independen untuk memaksakan standar pengendalian dalam pelaksanaan kekuasaan pemerintahan.

Karakter hukum otonom yang paling utama antara lain:

1. Hukum terpisah dari politik. Kekuasaan kehakiman dianggap sebagai kekuasaan yang merdeka. Terdapat usaha yang cukup kuat untuk memisahkan antara fungsi legislatif dan yudikatif.
2. Tertip hukum mendukung ‘model peraturan’. Fokus utama hukum adalah peraturan.
3. ‘Prosedur adalah Jantung Hukum’. Keteraturan dan keadilan dimaknai dalam arti *fairness* dan bukannya keadilan substantif, merupakan tujuan dan kompetensi utama tertip hukum.
4. ‘Ketaatan pada hukum’ dipahami sebagai kepatuhan yang sempurna terhadap peraturan hukum positif.

Pada pembicaraan sebelumnya disebutkan bahwa hukum represif bertujuan mengabdikan kepada kekuasaan, sedangkan hukum otonom berorientasi untuk

¹⁶⁸ *Ibid.*, hlm. 57

mengawasi kekuasaan represif. Dengan kata lain bahwa hukum otonom adalah antitesa dari hukum represif. Hukum otonom menfokuskan perhatiannya pada realitas empiris dari kekuasaan berdasar hukum—realitas-realitas institusional dalam mana cita-cita ini diejawantahkan, yaitu potensi-potensi khusus institusi-institusi ini untuk memberikan sumbangan kepada kepantasan dalam kehidupan sosial dan juga limitasi-limitasinya.

Prinsip penting dari hukum otonom adalah bahwa ia betul-betul terpisah dari politik. Hukum diangkat di atas politik. Ahli hukum dan pengadilan adalah spesialis yang menafsirkan hukum, namun mereka tidak berhak menafsirkan isi substantif hukum, substansi hukum ditentukan oleh tradisi-tradisi. Usaha penafsiran hukum harus dipisah sama sekali dari perjuangan untuk kekuasaan dan tidak tercemar oleh politik. Para ahli hukum harus menjadi juru bicara yang obyektif bagi prinsip-prinsip yang telah diterapkan secara historis, pasif dan menjadi pembagi keadilan yang impersonal. Berdasar sistem hukum otonom, pengadilan tidak dapat menjamin bahwa keputusannya adalah adil, karena ia hanya dapat berusaha menerapkan hukum secara adil. Sumbangan paling penting dari pengadilan adalah bukan keadilan substantif, melainkan keadilan prosedural. “Prosedur adalah jantung hukum”, salah satu etos kerja hukum otonom, represifitas hukum dijinakkan dengan komitmen bahwa kekuasaan dibatasi oleh aturan-aturan, sebaliknya prosedur adalah jaminan utama yang dapat dilihat tentang penerapan aturan-aturan yang tidak berat sebelah. Pertikaian akan diselesaikan dengan memberikan hasil yang nampak jelas yaitu keadilan prosedural. Institusi-institusi hukum memperoleh otonomi prosedural dengan syarat mengorbankan otonomi substansi.¹⁶⁹

¹⁶⁹ *Ibid.* hlm. 64-65

Hukum berpusat pada hakim yang terikat pada peraturan. Peraturan diartikan sebagai ‘sebuah norma dengan cakupan dan aplikasi yang sudah baku’. Sifat hukum otonom ini memiliki lima dasar praktis yaitu (a) peraturan merupakan sebuah sumber yang andal untuk membatasi kekuasaan; (b) hakim dibatasi oleh peraturan sehingga cakupan diskresinya menjadi sempit. Hakim akan merasa aman jika mereka dapat menerapkan paradigma *mechanical jurisprudence*; (c) semakin banyak peraturan perundang-undangan menyebabkan kompleksitas dan inkonsistensi; (d) harus ada peraturan sebelum menganalisa kasus membantu sistem hukum untuk menghindari tuntutan yang tidak mampu ia penuhi; (e) hukum tetap dilihat sebagai sarana kontrol sosial. Hukum berpusat pada peraturan dan hukum diperintah oleh peraturan. Hal ini penting untuk menjaga lembaga dan integritas hukum agar lebih mudah dijaga atau dipertahankan.

Hukum otonom memahami legalitas sebagai akuntabilitas yang tinggi terhadap peraturan. Legalisme berfokus pada peraturan yang cenderung mempersempit fakta yang relevan secara hukum, sehingga memisahkan pemikiran hukum dari realitas sosial. Legalisme berpijak pada usaha menyandarkan diri pada otoritas hukum dengan mengorbankan pemecahan masalah di tingkat praktik. Hukum otonom menhendaki ketaatan dari masyarakat secara mutlak. Tidak ada seorangpun yang dapat menjadi hakim bagi dirinya sendiri, karena hakim adalah pengadilan. Penyimpangan dari ketaatan dianggap sebagai ancaman terhadap tertip hukum secara keseluruhan. Bahwa peraturan tersebut sejalan dengan rasa keadilan warga negara atau tidak, itu tidak peting. Warga negara tidak boleh menilai hukum, mereka hanya bertugas mematuhi. Berpaling dari peraturan dianggap sebagai pemberontakan,

walaupun tindakan tersebut dianggap sebagai benar secara moral, namun sistem hukum tetap tidak akan membenarkannya.

Sebagai salah satu tipe hukum, hukum otonom tidak terlepas dari kelemahan sosiologis, kelemahan paling mendasar ada tiga, antara lain:¹⁷⁰

1. Perhatian yang terlalu besar terhadap aturan-aturan dan kepantasan prosedural mendorong “suatu konsep yang sempit tentang peranan hukum”. Mematuhi aturan-aturan dengan ketat dilihat sebagai tujuan tersendiri, hasilnya adalah legalisme dan formalisme birokratis. Nonet dan Selznick mengatakan bahwa penyakit hukum otonom adalah legalisme, fokus aturan-aturan cenderung untuk mempersempit lingkup dari fakta yang mempunyai relevansi hukum dengan demikian melepaskan pikiran hukum dari realitas sosial. Konsekuensi legalisme ini bahwa aturan-aturan yang diterapkan secara *in abstracto* sangat gampang dipuaskan oleh kepatuhan formal tanpa memandang keadilan substantif. Secara praktis Lucian Pye¹⁷¹ mengatakan bahwa negara non-baratlah – bekas jajahan barat—yang besar kemungkinan akan menjadi korban dari kelakuan hukum formalisme ritualis dan pengasingan hukum dari kebutuhan dan problem sosial yang aktual. Karena yang menjadi acuan adalah perubahan dengan cepat dan besar, sehingga tesisnya mengatakan bahwa bangsa Asia dan Afrika menganggap hukum terletak pada ritus-ritusnya. Kekhawatirannya adalah bahwa legalitas dapat turun derajat ke dalam dan digantikan oleh pengagungan terhadap bentuk-bentuk hukum yang hanya menerapkan kekakuan yang tidak perlu atas interaksi sosial.

¹⁷⁰ A.A.G. Peter dan Koesriani Siswosoebroto, ... *op. cit.*, hlm. 172- 174

¹⁷¹ *Ibid.*, hlm. 175

2. Keadilan prosedural dapat menjadi pengganti keadilan substantif. Keadilan substantif bersifat derivatif dalam arti ia adalah hasil tambahan yang sangat diharapkan dari metode yang sempurna, sedangkan keadilan formal adalah konsisten dengan melayani pola-pola yang ada tentang *privilege* dan kekuasaan. Nantinya, ketegangan-ketegangan yang terjadi antara hukum substantif dan hukum prosedural akan menggerakkan kekuatan yang mendorong tata tertib hukum sampai jauh melampaui batas-batas hukum otonom.
3. Penekanan terhadap hukum akan melahirkan pandangan tentang hukum sebagai suatu sarana kontrol sosial, ia mengembangkan mentalitas hukum dan tata tertib di antara rakyat dan juga ia mendorong ahli-ahli hukum untuk mengadopsi suatu sikap yang konservatif.

(3) Hukum Responsif

Hukum responsif telah menjadi bahan kajian bagi banyak pihak dari teori hukum moderen, mereka menginginkan untuk membuat hukum yang responsif terhadap kebutuhan-kebutuhan sosial dan untuk memperhitungkan lebih lengkap dan lebih cerdas tentang fakta sosial yang menjadi dasar dan tujuan penerapan dan pelaksanaan hukum. Hukum responsif juga dekat dengan ide hukum realis yang menyatakan bahwa hukum didorong untuk lebih responsif terhadap kebutuhan-kebutuhan sosial. Tujuan ini dapat dicapai dengan memperluas cabang-cabang yang memiliki keterkaitan dengan hukum, sehingga nalar hukum dapat mencakup pengetahuan di dalam konteks sosial dan memiliki pengaruh terhadap tindakan resmi para aparat hukum. Nonet dan Selznick menggunakan teorinya Pound tentang

kepentingan sosial untuk menjelaskan karakter hukum responsif. Pada konteks ini, hukum responsif seharusnya menawarkan ‘sesuatu’ yang lebih daripada sekedar keadilan prosedural. Hukum yang baik harus berkompeten dan adil, hukum harus mengenali keinginan publik dan memiliki komitmen bagi tercapainya keadilan substantif. Hukum responsif juga memiliki karakter terbuka akan semua hal yang mempengaruhi hukum dan yang menjadi persyaratan bagi efektifitasnya.¹⁷² Sifat responsif dapat diartikan sebagai melayani kebutuhan dan kepentingan sosial yang dialami dan ditemukan, tidak oleh pejabat melainkan oleh rakyat. Cahn mengatakan bahwa sifat responsif mengandung arti suatu komitmen kepada “hukum di dalam perspektif konsumen”.¹⁷³

Pembicaraan dari kedua macam hukum sebelumnya adalah menyangkut dilema antara ‘integritas dan keterbukaan’. Tanda hukum represif adalah adaptasi yang pasif dan oportunistik dari institusi hukum kepada lingkungan sosial dan politik. Hukum otonom merupakan reaksi yang menentang keterbukaan yang serampangan. Hukum responsif hadir untuk mengatasi ketegangan di atas. Hukum responsif bukan terbuka atau adaptif, namun adaptasi yang selektif dan tidak serampangan serta bertanggungjawab. Hukum reponsif secara kuat mempertahankan hal-hal yang esensial untuk integritasnya dengan tetap memperhatikan keberadaan kekuatan baru di lingkungannya. Hukum responsif menganggap tekanan sosial sebagai sumber pengetahuan dan kesempatan untuk melakukan koreksi diri.

Hukum responsif berusaha melakukan adaptasi selektif ke dalam tuntutan-tuntutan dan tekanan-tekanan baru. Kriterianya adalah kekuasaan berdasar hukum yang dicita-citakan, tetapi tidak lagi diartikan sebagai kepantasan prosedural formal,

¹⁷² *Ibid.*, hlm. 84

¹⁷³ *Ibid.*, hlm. 176

melainkan sebagai reduksi secara progresif dari kesewenang-wenangan dan penyalahgunaan kekuasaan dalam kehidupan politik, sosial dan ekonomi. Jadi, hukum responsif tidak membuang ide tentang keadilan, melainkan ia memperluasnya untuk mencakup keadilan sosial substantif.

“Cita-cita pokok” dari hukum responsif adalah legalitas dan kontinuitas agar tetap bertahan seperti halnya hukum otonom, namun legalitas tidak boleh dibaurkan dengan mengagungkan aturan-aturan dan formalitas prosedural. Pola-pola birokratis adalah asing bagi hukum responsif, cita-cita legalitas harus dibuat lebih umum dan dilepaskan dari formalisme. Legalitas dimaksudkan sebagai upaya reduksi progresif dari kesewenang-wenangan dalam hukum positif dan dalam administrasinya. Mereduksi kesewenang-wenangan menuntut suatu sistem hukum yang mampu menjangkau sampai jauh melampaui batas keteraturan formal dan keadilan prosedural untuk mencapai keadilan substantif.¹⁷⁴ Yang menjadi perhatian adalah bukannya hukum sebagai hukum sendiri, melainkan apa yang sesungguhnya dapat disumbangkan oleh hukum untuk kepastian dalam masalah-masalah sosial dan untuk keadilan sosial yang substantif.

Dua ciri menonjol dari hukum responsif adalah *pertama*, pergeseran penekanan dari aturan-aturan ke prinsip-prinsip dan tujuan, *kedua*, pentingnya kerakyatan baik sebagai tujuan hukum maupun cara untuk mencapainya. Hukum responsif mengembangkan apa yang disebut dengan istilah “norma kerakyatan” yang berisi *pertama*, membedakan hukum responsif dari hukum represif dengan memaksakan adanya *penampungan* bagi kepentingan-kepentingan manusiawi dari mereka yang diperintah. *Kedua*, ia membedakan hukum responsif dari hukum otonom dengan

¹⁷⁴ Philippe Nonet dan Philip Selznick, ... *op. cit.*, hlm. 86-89

memperlunak tuntutan tentang kepatuhan kepada aturan-aturan dan mengikuti saluran-saluran prosedural yang telah ditetapkan dan dengan sikapnya yang lebih menyukai pendekatan integratif kepada problem-problem penyelewengan, ketidakpatuhan dan konflik. *Ketiga*, norma kerakyatan menuntut cara-cara partisipasi dalam pembuatan keputusan.¹⁷⁵

Hukum responsif menekankan pentingnya dialektika antara aturan dan asas. Suatu peraturan agar tetap relevan dan bertahan hidup harus mengakomodasi kondisi historis yang tepat. Ketika lingkungan berubah, peraturan harus ditata ulang bukan hanya untuk memenuhi kebutuhan kebijakan namun juga untuk melindungi otoritas peraturan dan integritasnya ketika diaplikasikan. Hukum responsif sangat memikirkan konsekuensi dari aturan ketika diterapkan, maka hukum akan selalu dikritisi dengan memperdebatkan asas dan tujuan. Pencarian akan kebenaran akan selalu dilakukan dalam rangka mencapai 'legitimasi yang mendalam' (*legitimacy in depth*). Hal inilah yang membedakan antara hukum responsif dan hukum otonom. Hukum otonom mengabaikan dampak dari pelaksanaan hukum. Hukum otonom lebih fokus pada peraturan dan otoritas yang tegas dan memposisikan dunia yang diatur adalah dunia yang stabil.¹⁷⁶

Hukum responsif memfasilitasi pengelaborasi mandat hukum dengan mengacu pada tujuan akhir dari hukum. Orientasi pada tujuan ini mendorong hukum responsif untuk mencari dua hal yaitu (a) hasil akhir yang substantif; dan (b) hal yang benar dibutuhkan agar pelaksanaan hukum menjadi efektif. Di dalam kerangka ini hukum responsif berorientasi pada hasil (*result oriented*).

¹⁷⁵ A.A.G. Peters dan Koesriani Siswosubroto, ... *op. cit.*, hlm. 181

¹⁷⁶ Philippe Nonet dan Philip Selznick, ... *op. cit.*, hlm. 92-93

Pada konteks relasi antara hukum dan politik, hukum responsif juga memiliki karakter terbuka. Ketertiban bukanlah hal yang kaku, namun sesuatu yang masih terbuka untuk dinegosiasikan. Hukum responsif dapat menerima ‘paradigma politik’ dalam menafsirkan ketidakpatuhan dan ketidaktertiban. Paradigma ini menggunakan struktur masyarakat yang pluralistik. Ketidakpatuhan dapat dipandang sebagai perbedaan pendapat, dan penyimpangan sebagai gaya hidup baru. Aksi masa bukan dianggap sebagai kerusuhan yang tidak masuk akal, namun perlu dipuji dan dikaji sebagai protes sosial. Hukum responsif memposisikan tertib hukum sebagai hal yang dinegosiasikan dan bukan yang dimenangkan melalui subordinasi.¹⁷⁷

Hukum responsif mendorong lembaga hukum atau otoritas harus terbuka dan partisipatif; konsultasi didorong; pertimbangan peraturan dijelaskan; kritik diterima dengan baik; persetujuan dianggap sebagai ujian bagi rasionalitas.¹⁷⁸ Hukum responsif juga mengidealkan legalitas, namun legalitas tidak boleh dicampuradukkan dengan pernak-pernik ‘legalisasi’ yaitu pengembangan peraturan dan formalitas prosedural. Hukum harus dibebaskan dari formalisme. Hukum harus dijalankan dengan melampaui rutinitas formal dan keadilan prosedural hingga ke keadilan substantif. Secara paradigmatis hukum responsif bertujuan untuk melakukan fungsi regulasi dan bukan adjudikasi. Regulasi yang dimaksud adalah mengoreksi kebijakan-kebijakan yang dibutuhkan untuk merealisasikan tujuan hukum. Regulasi diposisikan sebagai mekanisme untuk mengklarifikasi kepentingan publik.¹⁷⁹

Demi tujuan memperkaya wacana dan pemahaman, penjelasan mengenai hukum responsif akan ditambah dengan teori hukum progresif dari Satjipto Taharjo. Satjipto Raharjo mengembangkan teori hukum progresif dengan menyatakan bahwa

¹⁷⁷ *Ibid.*, hlm. 108-109

¹⁷⁸ *Ibid.*, hlm. 111

¹⁷⁹ *Ibid.*, hlm. 118-119

sifat hukum progresif adalah responsif sebagaimana dimaksud oleh Nonet dan Selznick. Berikut ini beberapa karakter dasar dari teori hukum progresif.

Hukum progresif berangkat dari asumsi utama yaitu bahwa hukum ada untuk manusia dan bukan sebaliknya manusia ada untuk hukum. Kualitas hukum ditentukan dari seberapa bisa hukum mengabdikan kepada kebutuhan manusia. Hukum progresif menolak otoritas mutlak dari negara dan klaim monopoli negara atas ketertiban. Secara tegas hukum progresif menolak klaim bahwa ketertiban hanya dapat diwujudkan oleh institusi negara, karena hukum progresif mengakui bahwa selain kekuasaan negara, banyak institusi lain yang juga berkontribusi untuk mewujudkan ketertiban dengan caranya sendiri. Hukum progresif mendefinisikan hukum adalah *suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia*. Satjipto menggunakan istilah yang lebih radikal dengan mengatakan bahwa hukum progresif adalah *hukum yang pro-rakyat* dan *hukum yang pro-keadilan*.¹⁸⁰

Pemahaman di atas membawa konsekuensi bahwa hukum tidak bekerja untuk dirinya sendiri namun hukum bekerja untuk sesuatu di luar dirinya yaitu untuk manusia. Jika ada masalah dalam dan dengan hukum, maka hukumlah yang harus ditinjau dan diperbaiki dan bukannya manusia yang dipaksakan untuk dimasukkan ke dalam skema hukum. Oleh karenanya, hukum akan selalu berada dalam proses menjadi (*law as a process, law in the making*). Hukum progresif mengembangkan moralitas kepedulian yang tak kunjung henti untuk mendorong hukum memberikan

¹⁸⁰ Satjipto Raharjo, ... *op. cit.*, hlm. 1-2

yang lebih baik bagi manusia. Hukum progresif menyokong paradigma manusia di atas paradigma aturan.¹⁸¹

Kesamaan antara hukum responsif karya Nonet dan Selznick serta hukum progresif karya Satjipto Raharjo terletak pada keberpihakannya kepada rakyat (manusia), sama-sama mengakui kedaulatan manusia di atas aturan serta kemauannya untuk menerima hadirnya bantuan ilmu-ilmu lain yang berguna bagi hukum. Hukum harus menerima ilmu sosial, ilmu alam dan ilmu-ilmu lain sepanjang ilmu tersebut membantu hukum untuk menemukan dirinya. Kedua teori hukum tersebut kemudian memposisikan bahwa manusia (rakyat/warga) tidak boleh berada di bawah sub-ordinasi dari kekuasaan (negara). Cara berhukum, menurut Satjipto, adalah perpaduan antar berbagai faktor antara lain misi hukum, paradigma yang digunakan, pengetahuan hukum perundang-undangan, teori-teori, hingga hal-hal yang bersifat psikologis seperti tekad dan kepedulian (*commitment*), keberanian (*dare*), determinasi, empati serta rasa-perasaan (*compassion*).¹⁸²

D. Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Indonesia

(1) Sejarah Pengaturan Mahkamah Konstitusi di Indonesia

Secara historis, keberadaan Mahkamah Konstitusi dapat dimulai dengan adopsi sistem *judicial review* di Amerika Serikat yang dilaksanakan oleh Mahkamah Agung sejak 250 tahun yang lalu. Konsep *separation of power* yang diajukan oleh Montesquieu dan revolusi Perancis juga menjadi tonggak sejarah perkembangan *judicial review*. Tonggak yang paling utama adalah diberikannya tugas oleh pemerintahan Austria kepada Hans Kelsen untuk menyusun sebuah konstitusi bagi

¹⁸¹ *Ibid.*, hlm. 87

¹⁸² *Ibid.*, hlm. 89

Austria pada tahun 1919. Di dalam rumusannya, Kelsen mengusulkan adanya Mahkamah Konstitusi yang berdiri sendiri dan terpisah dari Mahkamah Agung. Ide Kelsen tersebut justru dilaksanakan pertama oleh Cekoslovakia dengan mendirikan Mahkamah Konstitusi pada Februari 1920, sedangkan Austria sendiri baru melembagakan Mahkamah Konstitusi pada Oktober 1920. Hingga saat ini, sebanyak 78 negara telah melembagakan Mahkamah Konstitusi, dimana Indonesia menjadi negara ke-78 yang mendirikan Mahkamah Konstitusi.¹⁸³

Mahkamah Konstitusi didirikan sebagai lembaga pengawal konstitusi (*the guardian of constitution*), agar konstitusi dihormati dan dilaksanakan oleh segenap elemen bangsa. Selain dianggap sebagai pengawal konstitusi, Mahkamah Konstitusi juga dianggap sebagai lembaga penafsir konstitusi (*the sole interpreter of the constitution*). Konsekuensi dari konsep ini adalah bahwa lembaga-lembaga yang lain boleh melakukan penafsiran konstitusi, namun secara hukum hanya penafsiran Mahkamah Konstitusi yang dianggap benar dan akan diberlakukan.¹⁸⁴

Maruarar Siahaan mengusulkan fungsi lain dengan menyatakan bahwa sejak hak asasi manusia diakui dan diatur di dalam konstitusi khususnya Pasal 28, maka Mahkamah Konstitusi juga bertugas sebagai pelindung (*protector*) hak asasi manusia.¹⁸⁵ Pendapat Maruarar Siahaan tersebut sejalan dengan putusan Mahkamah Agung India ketika memutuskan kasus *Daryao vs State of Uttar Pradesh* yang menyatakan bahwa:¹⁸⁶

“The fundamental right are intended not only to protect individual’s rights, but they are based on high public policy. Liberty of the individual and the protection of his fundamental rights are the very essence of the democratoc

¹⁸³ Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Konstitusi Press, Jakarta, 2005, hlm. 3-5

¹⁸⁴ I Dewa Gede Palguna, ... *op. cit.*, hlm. 48

¹⁸⁵ *Ibid.*, hlm. 11

¹⁸⁶ *Ibid.*, hlm. 12

way of life adopted by the constitution, and it is the privilege and duty of this court to uphold those rights. This court would naturally refuse to circumscribe them or to curtail them except as provided by the constitution itself”.

Di Indonesia, walaupun tidak diatur secara eksplisit bahwa Mahkamah Konstitusi bertugas sebagai pelindung hak asasi manusia, namun dengan adanya kewenangan untuk menerima permohonan *judicial review* yang salah satunya berkaitan dengan pasal-pasal hak asasi manusia di dalam konstitusi, maka Mahkamah Konstitusi dapat disebut sebagai salah satu mekanisme monitoring hak asasi manusia domestik. Mahkamah Konstitusi juga bertugas memastikan bahwa negara berjalan secara stabil berdasarkan mekanisme demokrasi. Hal tersebut diatur di dalam penjelasan Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi disebutkan bahwa:

“... salah satu substansi penting perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 adalah Keberadaan Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga negara yang berfungsi menangani perkara tertentu di bidang ketatanegaraan, dalam rangka menjaga konstitusi agar dilaksanakan secara bertanggungjawab sesuai kehendak rakyat dan cita-cita demokrasi. Keberadaan Mahkamah Konstitusi sekaligus untuk menjaga terselenggaranya pemerintahan negara yang stabil, dan juga merupakan koreksi terhadap pengalaman kehidupan ketatanegaraan di masa lalu yang ditimbulkan tafsir ganda terhadap konstitusi”.

Secara legal, di Indonesia Mahkamah Konstitusi berdiri atas perintah Pasal 24 ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang menyatakan 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. Pasal 24C menyatakan bahwa Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir dan

putusannya bersifat final. Mahkamah Konstitusi berwenang (a) untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar; (b) memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945; (c) memutus pembubaran partai politik; dan (d) memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum. Selain keempat wewenang tersebut, Mahkamah Konstitusi berkewajiban memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar. Amanah Undang-Undang Dasar ini kemudian ditindaklanjuti dengan disahkannya Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Penjelasan atas berbagai kewenangan dan kewajiban Mahkamah Konstitusi akan diuraikan pada bagian lain tulisan ini.

(2) Wewenang Mahkamah Konstitusi di Indonesia

Sebagaimana dijelaskan di atas bahwa wewenang Mahkamah Konstitusi diatur di dalam Pasal 24C ayat (1) dan (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 dan Pasal 10 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Berikut ini akan dijelaskan wewenang Mahkamah Konstitusi secara rinci sebagai berikut:

(a) Menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

Pengujian Undang-Undang ini memiliki dua model yaitu pengujian formal dan pengujian materil. Pengujian formal ini didasarkan pada Pasal 51 ayat (3) huruf a bahwa *“pembentukan undang-undang tidak memenuhi ketentuan berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945”*. Pengujian formal

adalah pengujian undang-undang berkenaan dengan pembahasan, pengesahan, pengundangan dan pemberlakuan. Secara umum pengujian ini adalah melakukan evaluasi atas dasar Pasal 20, 20A, 21 dan 22A UUDNRI 1945.¹⁸⁷ Syarat pengujian formal selain beberapa pasal di depan adalah Pasal 5 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 yang menyatakan bahwa:

Dalam membentuk Peraturan Perundang-Undangan harus berdasarkan pada asas Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan yang baik meliputi:

- a. Kejelasan tujuan;
- b. Kelembagaan atau organ pembentuk yang tepat;
- c. Kesesuaian antara jenis dan materi muatan;
- d. Dapat dilaksanakan;
- e. Kedayagunaan dan kesinambungan;
- f. Kejelasan rumusan; dan
- g. Keterbukaan.

Sedangkan pengujian materil adalah pengujian berdasarkan Pasal 51 ayat (3) huruf b yaitu berkaitan dengan “*materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang dianggap bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945*”. Pengujian materil ini berkaitan dengan pemberlakuan ayat, pasal atau bagian-bagian tertentu dari undang-undang. Permohonan yang diajukan adalah permohonan agar ayat, pasal atau bagian tertentu dianggap bertentangan dengan konstitusi dan oleh karenanya dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang mengenai ayat, pasal dan bagian tertentu tersebut.¹⁸⁸

I Dewa Gede Palguna menghubungkan kewenangan Mahkamah konstitusi untuk melakukan pengujian undang-undang ini dengan cita negara yaitu Negara Republik Indonesia sebagai negara hukum yang demokratis (*democratische*

¹⁸⁷ *Ibid.*, hlm. 20

¹⁸⁸ *Ibid.*, hlm. 26

rechtsstaat) sekaligus negara demokrasi berdasar hukum (*constitutional democracy*). Negara demokrasi yang berdasar hukum hanya akan berjalan dengan baik ketika ada undang-undang tertinggi yang dihormati yaitu konstitusi. Konstitusi serinci dan sedetail apapun disusun tetaplah membutuhkan pengaturan lebih lanjut dalam bentuk undang-undang di bawahnya. Pada penyusunannya, undang-undang dan juga peraturan pelaksanaan lain di bawah konstitusi tidak boleh bertentangan atau menyimpang dengan apa yang digariskan dalam konstitusi. Konsekuensi dari konsep ini adalah dibutuhkan mekanisme yang memastikan bahwa undang-undang dan peraturan perundangan lainnya tidak bertentangan dengan konstitusi. Mekanisme inilah yang kemudian dikenal dengan nama *judicial review*.¹⁸⁹

(b) Memutus Sengketa Kewenangan Lembaga Negara yang Kewenangannya Diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

Lembaga negara yang sengketanya bisa menjadi wewenang Mahkamah Konstitusi dibatasi hanya lembaga negara yang memperoleh kewenangan secara langsung dari Undang-Undang Dasar. Oleh karena itu, kriteria lembaga negara sebagaimana dimaksud di atas adalah lembaga negara tersebut harus merupakan organ konstitusi yaitu baik yang dibentuk berdasarkan konstitusi maupun yang secara langsung wewenangnya diatur dan diturunkan dari Undang-Undang Dasar.¹⁹⁰ Dikecualikan dari pemahaman di atas yaitu Mahkamah Agung. Mahkamah Agung secara legal mendapatkan kewenangan dari Undang-Undang Dasar namun secara tegas telah diatur dalam Pasal 65 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi bahwa Mahkamah Agung tidak dapat menjadi pihak yang

¹⁸⁹ I Dewa Gede Palguna, ... *op. cit.*, hlm. 11-12

¹⁹⁰ Maruarar Siahaan, ... *op. cit.*, hlm. 37

bersengketa di depan Mahkamah Konstitusi. Pada pengertian yang demikian, maka lembaga negara yang mendapatkan kewenangan dari undang-undang seperti Komisi Penyiaran Indonesia, Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, Komisi Pengawas Persaingan Usaha dan Komisi Pemilihan Umum tidaklah masuk menjadi wewenang Mahkamah Konstitusi.

Sengketa kewenangan antar lembaga negara ini bisa terjadi karena konstitusi tidak mengatur secara tegas atau karena para pihak keliru dalam melakukan penafsiran. Dua hal tersebut bisa saja muncul karena perubahan Undang-Undang Dasar yang terjadi pada tahun 1999 telah mengubah struktur dan organisasi ketatanegaraan Indonesia yang semula vertikal-hierarkis dengan prinsip supremasi Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) menjadi horizontal-fungsional dengan prinsip saling mengawasi dan saling mengimbangi (*checks and balances*). Pada situasi yang demikian maka Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR), sebagai lembaga tertinggi negara yang memegang kedaulatan penuh dari rakyat, merupakan satu-satunya lembaga yang berwenang memberikan penafsiran konstitusi. Oleh karenanya, jika ada lembaga negara di bawahnya yang bersengketa karena salah tafsir konstitusi ataupun rebutan kewenangan, maka Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) yang akan menyelesaikan.¹⁹¹

Situasi di atas berubah tatkala Majelis Permusyawaratan Rakyat tidak lagi dianggap sebagai lembaga tertinggi negara dan tidak memiliki kedaulatan penuh atas nama rakyat. Kedaulatan rakyat, pasca amandemen Undang-Undang Dasar, berada di tangan seluruh lembaga negara sesuai dengan tugas dan fungsinya masing-masing dan batas-batasnya ditentukan oleh undang-undang dasar. Lembaga negara yang

¹⁹¹ I Dewa Gede Palguna, ... *op. cit.*, hlm. 15

memiliki kewenangan dari Undang-Undang Dasar dikonstruksikan sebagai lembaga yang sederajat, namun dalam pelaksanaannya harus saling mengawasi dan mengimbangi. Pada konstruksi yang demikian, maka potensi sengketa antar lembaga negara menjadi besar karena konstiusi di dalam memberikan kewenangan tidak seluruhnya dengan bahasa yang eksplisit namun juga implisit. Pada kerangka seperti inilah penyelesaian sengketa lembaga negara yang diatur oleh Undang-Undang Dasar menjadi kewenangan Mahkamah Konstitusi.¹⁹²

(c) Memutus Pembubaran Partai Politik

Jika permohonan *judicial review* dapat dimohonkan oleh seluruh rakyat Indonesia yang memiliki legal standing atas perkara yang dimohonkannya, permohonan pembubaran partai politik hanya dapat diajukan oleh pemerintah.¹⁹³ Pemerintah sebagaimana dimaksud pada pasal tersebut adalah Pemerintah Pusat yang dipimpin oleh Presiden. Pasal 68 Undang Undang tentang Mahkamah Konstitusi menyebutkan bahwa pemerintah ketika hendak mengajukan permohonan pembubaran partai politik harus mendalilkan adanya beberapa hal:

1. Ideologi;
2. Asas;
3. Tujuan;
4. Program; dan
5. Kegiatan partai politik

Kelima faktor di atas harus dapat dibuktikan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar. Jika pemerintah mengajukan permohonan pembubaran partai politik

¹⁹² *Ibid.*, hlm. 16

¹⁹³ Pasal 68 Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003

dan Mahkamah Konstitusi sependapat dengan Pemerintah, maka putusan Mahkamah Konstitusi adalah berupa pembatalan pendaftaran partai pada pemerintah.¹⁹⁴

Kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk memutus pembubaran partai politik ini berkaitan dengan prinsip negara hukum yang demokratis (*demokratische rechtsstaat*) dan negara demokrasi yang berdasarkan hukum (*constitutional democracy*). Konsekuensi dari penerapan dua prinsip tersebut adalah bahwa negara harus menjamin dan melindungi serta menghormati hak dan kebebasan fundamental milik warga negara. Salah satu hak dan kebebasan fundamental tersebut tercermin dalam kelompok hak sipil dan politik yang di dalamnya meliputi kebebasan untuk meyakini ideologi politik serta hak untuk mendirikan partai politik. Hak dan kebebasan ini harus dijamin di dalam konstitusi. Namun demikian, hak dan kebebasan tersebut tidak bersifat absolut, ia harus tunduk pada pembatasan yang sah yaitu demi menjaga, menghormati dan memenuhi hak orang lain. Khusus berkaitan dengan hak dan kebebasan untuk mendirikan partai politik, pembatasannya adalah bahwa partai politik tersebut tidak boleh memiliki ideologi, asas, tujuan, program dan kegiatan yang bertentangan dengan undang-undang dasar. Jika terdapat partai politik yang dianggap memiliki kelima hal tersebut yang bertentangan dengan konstitusi, maka pemerintah berwenang mengajukan pembubaran partai tersebut. Sebagai konsekuensi atas prinsip negara hukum, maka pemerintah tidak dapat secara sepihak hanya mendasarkan pada kekuasaan mereka untuk melakukan pembubaran partai politik. Permohonan pembubaran partai politik harus diajukan ke Mahkamah Konstitusi dan pihak partai politik yang akan diajukan pembubarannya diberi kesempatan untuk menanggapi serta berargumen atas permohonan yang diajukan

¹⁹⁴ Maruarar Siahaan, ... *op. cit.*, hlm. 41

oleh pihak pemerintah. Mekanisme ini dibentuk dalam rangka menegakkan prinsip negara hukum dan bukan sekedar atas nama kekuasaan belaka.¹⁹⁵

(d) Memutus Perselisihan tentang Hasil Pemilihan Umum

Perselisihan yang dapat diajukan ke Mahkamah Konstitusi adalah berkaitan dengan kekeliruan penghitungan suara, baik yang disengaja maupun yang tidak, yang berpengaruh terhadap penetapan yang dilakukan oleh Komisi Pemilihan Umum yang mengakibatkan seseorang yang seharusnya terpilih namun menjadi tidak terpilih. Syarat pemohon dalam perselisihan hasil pemilu antara lain:

1. Perseorangan Warga Negara Indonesia calon anggota DPD/DPR peserta pemilu;
2. Pasangan calon presiden dan wakil presiden peserta pemilu; dan
3. Partai politik peserta pemilu.

Sedangkan yang menjadi termohon adalah Komisi Pemilihan Umum pusat, walaupun kesalahan atau kekeliruan yang menjadi obyek perselisihan adalah hasil perhitungan yang dilakukan oleh Panitia Pemungutan Suara (PPS) baik di tingkat Kecamatan, kabupaten maupun Provinsi. Jadi, obyek perselisihan hasil pemilu adalah penetapan hasil pemilihan umum secara nasional yang dilakukan oleh Komisi Pemilihan Umum pusat.¹⁹⁶

(e) Mahkamah Konstitusi Wajib Memberi Putusan Atas Pendapat Dewan Perwakilan Rakyat Mengenai Dugaan Pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar

Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi mengatur secara lebih jelas kewajiban Mahkamah Konstitusi. Pasal 10 ayat (2)

¹⁹⁵ I Dewa Gede Palguna, ... *op. cit.*, hlm. 20-21

¹⁹⁶ Maruarar Siahaan, ... *op. cit.*, hlm. 46-47

menyatakan bahwa “Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat 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”.

Pasal 10 ayat (2) dijelaskan oleh Pasal 10 ayat (3) Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi dengan menyatakan bahwa maksud dari delik yang diatur pada ayat (2) adalah sebagai berikut:

- a. Pengkhianatan terhadap negara adalah tindak pidana terhadap keamanan negara sebagaimana diatur dalam undang-undang.
- b. Korupsi dan penyuapan adalah tindak pidana korupsi dan penyuapan sebagaimana diatur dalam undang-undang.
- c. Tindak pidana berat lainnya adalah tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih.
- d. Perbuatan tercela adalah perbuatan yang dapat merendahkan martabat Presiden dan/atau Wakil Presiden.
- e. Tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden adalah syarat sebagaimana ditentukan dalam Pasal 6 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Menurut I Dewa Gede Palguna kewajiban Mahkamah Konstitusi untuk memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar ini berkaitan dengan pilihan politik untuk menetapkan sistem presidensial. Beberapa ciri sistem presidensial antara lain:¹⁹⁷

1. Adanya masa jabatan tertentu bagi Presiden dan Wakil Presiden sehingga Presiden (dan juga Wakil Presiden) tidak bisa diberhentikan dalam masa jabatannya;

¹⁹⁷ I Dewa Gede Palguna, ... *op. cit.*, hlm. 22-23

2. Presiden (dan Wakil Presiden) tidak bertanggungjawab kepada lembaga politik tertentu (misalnya kepada parlemen dalam sistem parlementer) tetapi langsung kepada rakyat pemilihnya. Presiden (dan Wakil Presiden) hanya dapat diberhentikan dari jabatannya oleh alasan pelanggaran hukum yang biasanya dibatasi pada tindak pidana tertentu yang ditentukan dalam undang-undang dasar;
3. Pada umumnya Presiden dan Wakil Presiden dipilih secara langsung oleh rakyat atau melalui mekanisme perantara tertentu yang tidak bersifat perwakilan permanen.
4. Presiden tidak tunduk pada parlemen, karenanya parlemen tidak dapat menjatuhkan Presiden dan membubarkan kabinet, sebaliknya Presiden juga tidak dapat membubarkan Parlemen.
5. Tidak dikenal adanya pemisahan antara Presiden sebagai Kepala Negara dan Kepala Pemerintahan.
6. Tanggungjawab pemerintahan ada pada Presiden. Oleh karena itu, pada dasarnya, Presidenlah yang berwenang untuk membentuk pemerintahan, mengangkat dan memberhentikan menteri serta pejabat-pejabat publik lainnya.

Kewenangan Mahkamah Konstitusi pada poin ini menjadi penting dalam kaitannya dengan apabila Presiden dan/atau Wakil Presiden dianggap melakukan pelanggaran atau tindak pidana tertentu. Sebagaimana dijelaskan di atas bahwa seorang Presiden dan/atau Wakil Presiden tidak dapat diberhentikan dan/atau dijatuhkan dengan alasan politik, alasan yang dimungkinkan untuk menjatuhkan Presiden dan/atau Wakil Presiden adalah pelanggaran hukum. Dewan Perwakilan

Rakyat adalah lembaga politik yang tidak memiliki kapasitas dan kewenangan untuk menyelenggarakan peradilan hukum. Jika Dewan Perwakilan Rakyat berpendapat bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden dianggap telah melakukan pelanggaran hukum, maka Mahkamah Konstitusi-lah yang memiliki kewenangan untuk menguji pendapat tersebut secara hukum.¹⁹⁸

E. Metode Penafsiran Konstitusi

Metode penafsiran ini dibutuhkan karena peraturan perundang-undangan termasuk Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 adalah norma abstrak yang tertulis di dalam kertas perundangan. Penafsiran ini dibutuhkan untuk membumikan norma-norma abstrak tersebut ke dalam peristiwa nyata. Sudikno Mertokusumo menyebut hal ini sebagai hermeneutika yuridis atau metode yuridis.¹⁹⁹ Penafsiran ini juga dibutuhkan karena bahasa merupakan sarana yang sangat miskin untuk mengungkapkan maksud sebenarnya. Tidak jarang seseorang mengatakan satu kata dengan maksud lebih dari dua makna, atau justru mengatakan dalam banyak kata tetapi maknanya hanya satu. Kata juga seringkali mengalami keteringgalan makna dan pengertian karena perubahan waktu dan zaman. Demikian halnya undang-undang, ia adalah ‘kumpulan kata’ yang akan selalu hidup dan berkembang dalam keterbatasan bahasa dan keteringgalan dengan perubahan zaman. Pada poin inilah penafsiran undang-undang yang disusun pada masa lalu untuk menghukumi peristiwa masa kini diperlukan metode penafsiran.²⁰⁰ Sudikno Mertokusumo dan Mr. A. Pilto mengajukan lima model penafsiran untuk

¹⁹⁸ *Ibid.*, hlm. 24

¹⁹⁹ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum, Sebuah Pengantar*, cetakan ketujuh, Liberty, Yogyakarta, 2007, hlm. 56

²⁰⁰ Sudikno Mertokusumo dan Mr. A. Pilto, *Bab-Bab tentang Penemuan Hukum*, Citra Aditya Bakti, 1993, hlm. 54

menemukan hukum yaitu (1) penafsiran gramatikal; (b) penafsiran sistematis; (c) penafsiran historis; (d) penafsiran teleologis; dan (e) penafsiran ekstensif dan restriktif. Penjelasan masing-masing metode penafsiran tersebut akan diuraikan di bawah ini:²⁰¹

(1) Penafsiran Gramatikal

Penafsiran gramatikal adalah usaha mencari arti suatu naskah menurut bunyi kata-katanya. Penafsiran ini dibatasi oleh sesuatu yang otomatis, tidak sadar dan selalu dilakukan pada saat membaca naskah tersebut. Penemuan makna dilakukan dengan menelusuri kata-kata yang digunakan oleh pembentuk undang-undang untuk menghukumi peristiwa tertentu dan mencari keterkaitan antara kata dengan penggunaannya. Mengeluarkan pasal undang-undang dari keterkaitan dengan makna sesungguhnya dan/atau pasal lain yang berhubungan akan memunculkan penafsiran yang palsu dan salah.²⁰²

(2) Penafsiran Sistematis

Penafsiran sistematis adalah usaha untuk memahami makna naskah undang-undang dalam keseluruhannya dan tidak boleh mengeluarkan suatu ketentuan lepas dari keseluruhannya. Ketentuan sebuah pasal harus dibaca dalam kaitannya dengan pasal-pasal yang lain dan tidak boleh dipotong-potong. Peraturan selalu timbul dari yang lain dan merupakan satu sistem yang besar. Pada posisi ini, peraturan khusus dapat dilihat secara khusus pula untuk kemudian diketemukan makna umumnya. Penafsiran ini memiliki nilai relatif, kadangkala makna satu undang-undang lebih tinggi dari yang lain.²⁰³

²⁰¹ *Ibid.*, hlm. 54-67

²⁰² *Ibid.*, hlm. 58-59

²⁰³ *Ibid.*, hlm. 62

(3) Penafsiran Historis

Penafsiran historis berusaha memahami kata dalam naskah undang-undang dengan mempelajari dan membaca sejarah yang ada di belakang huruf-huruf tersebut. Terdapat dua model penafsiran sejarah ini yaitu penafsiran historis undang-undang (*wetshistorich*) dan penafsiran historis hukum (*rechtshistorich*).

Penafsiran historis undang-undang (*wetshistorich*) dilakukan dengan menggali bagaimana penjelasan para pembentuk undang-undang manakala undang-undang tersebut dibuat. Kehati-hatian harus tetap dilakukan ketika melakukan penafsiran karena legislator ketika menyusun undang-undang bukanlah atas nama pribadi, mereka melakukannya karena kewenangan yang mereka punya untuk melakukan abstraksi atas sesuatu yang seharusnya dilakukan dengan meninggalkan individualitas masing-masing. Sedangkan penafsiran historis hukum (*rechtshistorich*) dilakukan dengan menggali konteks timbul dan terjadinya lembaga hukum. Kebutuhan hukum apa yang direspon manakala sebuah lembaga hukum disusun. Banyak ahli hukum yang menolak penafsiran ini dengan pandangan bahwa penafsiran yang otentik adalah penafsiran gramatikal saja. Sudikno Mertokusumo menyebut sikap ini sebagai sikap ekstrim, dan sebagaimana yang lain, segala sesuatu yang ekstrim pasti tidak akan bertahan lama.²⁰⁴

(4) Penafsiran Teleologis

Penafsiran teleologis dilakukan dengan menggali tujuan apa yang hendak dicapai oleh si pembuat hukum dengan membuat hukum. Hukum muncul

²⁰⁴ *Ibid.*, hlm. 64-65

sebagai akibat dari adanya hubungan antar manusia. Hukum kemudian menjadi sarana mengatur dan menjaga keseimbangan antar manusia ketika melakukan hubungan. Undang-undang juga disusun demi kepentingan bersama. Penafsiran ini dilakukan dengan mempertanyakan bagaimana undang-undang dapat mencapai tujuannya dan bagaimana undang-undang merespon dan memperhatikan kehidupan masyarakat. Pada kerangka inilah, maka penafsiran teleologis juga disebut sebagai penafsiran sosiologis.²⁰⁵

(5) Penafsiran Ekstensif dan Restriktif

Seluruh metode penafsiran selain metode gramatikal sangat potensial untuk justru keluar atau menyimpang dari maksud kata-kata secara gramatikal. Penafsiran ekstensif terjadi ketika penafsiran mengakibatkan ketentuan diberi arti dengan daya yang luas dan jauh daripada penafsiran gramatikal. Sedangkan penafsiran restriktif adalah sebaliknya, yaitu ketika penafsiran mengakibatkan makna dari suatu undang-undang menjadi lebih sempit dan terbatas dibandingkan makna yang diberikan oleh kata-kata itu sendiri.²⁰⁶

²⁰⁵ *Ibid.*, hlm. 66

²⁰⁶ *Ibid.*, hlm. 67

BAB III

KARAKTERISTIK HUKUM PUTUSAN DAN PARADIGMA

MAHKAMAH KONSTITUSI DALAM MENAFSIRKAN UNDANG-UNDANG

DASAR YANG BERDIMENSI HAK ASASI MANUSIA

Sebagai pembuka pada bab analisis ini, perlu kiranya dibuat sebuah penekanan mengenai hubungan antara teori negara hukum, sebagai teori utama (*grand theory*), dan Mahkamah Konstitusi. Pada konteks penelitian ini, beberapa pertanyaan yang bisa diajukan antara lain (a) apa hubungan antara teori negara hukum dengan keberadaan Mahkamah Konstitusi; dan (b) apa hubungan antara teori negara hukum, Mahkamah Konstitusi dan hak asasi manusia?

Teori negara hukum merupakan sebuah teori yang sangat tua namun terus berkembang disesuaikan dengan kondisi kekinian. Teori negara hukum dapat dilacak hingga ke masa keemasan filsafat Yunani kuno hingga hari ini. Pada Bab II penelitian ini telah dijelaskan berbagai konsep negara hukum yang diutarakan oleh banyak pakar. Teori negara hukum merupakan terjemahan dari *rule of law* di Inggris dan Amerika, *rechtsstaat* di Jerman dan Belanda, dan *état de droit* di Perancis. Seluruh pakar hukum yang membicarakan konsep negara hukum --apapun istilah yang digunakannya-- selalu memposisikan perlindungan (termasuk pemenuhan dan penghormatan) hak asasi manusia menjadi salah satu unsurnya. Hal ini menandakan bahwa posisi hak asasi manusia sebagai bagian dari konsep negara hukum telah menjadi pemahaman umum dan diakui kebenarannya secara universal. Pertanyaannya adalah bagaimana implementasi perlindungan (termasuk pemenuhan

dan penghormatan) hak asasi manusia dalam konteks negara hukum pada tataran praktis?

Untuk menjawab berbagai pertanyaan di atas, penulis setuju dengan pendapat Abdul Latif yang menyatakan bahwa Mahkamah Konstitusi-lah yang bertugas membumikan konsep perlindungan hak asasi manusia sebagai konsep negara hukum pada tataran praktis.²⁰⁷ Menurut Abdul Latif, makna konsep negara hukum adalah menempatkan hukum sebagai sumber tertinggi (atau konsep supremasi hukum) dalam menentukan relasi antara negara dan masyarakat, serta antara masyarakat dengan masyarakat. Mahkamah Konstitusi menurutnya, memiliki dua fungsi utama yaitu (a) fungsi menegakkan konstitusionalisme; dan (b) fungsi pengawasan. Penjelasan adalah fungsi penegakan konstitusionalisme berupaya memastikan adanya pembatasan kekuasaan dan mengatur hubungan antara warga negara dan organ negara, agar kekuasaan pemerintahan berjalan dengan tertib. Sedangkan fungsi pengawasan adalah berkaitan dengan konsep negara hukum demokrasi. Negara hukum yang demokratis adalah negara yang menutup kemungkinan adanya kekuasaan tanpa pengawasan. Negara harus mendasarkan pola kehidupannya pada hukum yang adil dan demokratis, kedaulatan atau kekuasaan tunduk pada hukum, lembaga-lembaga negara saling mengawasi, sehingga tidak ada peluang pemusatan kekuasaan pada satu lembaga atau individu. Pemusatan kekuasaan pada satu institusi dan/atau individu adalah dilarang secara mutlak dalam konsep negara hukum.²⁰⁸

Secara praktis dan implementatif, Abdul Latif mengatakan bahwa Mahkamah Konstitusi dapat menegakkan dan membumikan konsep negara hukum yang

²⁰⁷ Abdul Latif, *Fungsi Mahkamah Konstitusi, Upaya Mewujudkan Negara Hukum Demokrasi*, Kreasi Total Media, Yogyakarta, cetakan kedua, 2009.

²⁰⁸ *Ibid.*, hlm. 100-103

demokratis melalui 4 (empat) fungsi sebagai berikut:²⁰⁹ *pertama*, fungsi sebagai penafsir konstitusi. Fungsi penafsir konstitusi ini berkaitan dengan upaya untuk memutuskan apakah yang dimaksud dengan hukum pada konteks praktis. Sebagaimana dijelaskan pada bagian lain tulisan ini bahwa konstitusi sebagaimana undang-undang yang lain adalah norma abstrak yang tertuang di dalam kertas undang-undang. Bagaimana mengkonkritkan norma abstrak ke dalam kasus riil adalah menjadi tugas hakim. Pada kasus ini hakim Mahkamah Konstitusi-lah yang bertugas membumikan norma konstitusi yang abstrak ke dalam peristiwa kongkrit. Jika terdapat dua hukum yang saling bertentangan, hakim harus memutuskan hukum mana yang berlaku. Jika ada norma undang-undang yang dianggap bertentangan dengan konstitusi, Mahkamah Konstitusi-lah yang harus memutuskan apakah benar dugaan tersebut.

Kedua, fungsi sebagai penjaga hak asasi manusia. Jaminan hukum hak asasi manusia atau hak-hak konstitusional, seperti hak sipil dan politik, hak ekonomi, sosial dan budaya serta hak-hak kolektif, akan memperjelas konsep relasi antara negara dan warga negara. Interaksi antara peran negara dan konsep hak warga negara (hak asasi manusia) akan melahirkan asas dan kaidah yang membatasi wewenang dan kewajiban negara kepada warga negara di satu pihak, dan memperjelas hak dan kewajiban warga negara kepada negara di pihak lain.

Ketiga, fungsi sebagai pengawal konstitusi (*the guardian of constitution*). Fungsi ini harus dilakukan dengan mengedepankan kreatifitas, kecerdasan dan wawasan keilmuan yang luas serta sikap kenegarawanan yang tinggi. Fungsi ini dapat dilakukan melalui tiga hal antara lain (a) mendorong *check and balances*

²⁰⁹ *Ibid.*, hlm. 108-123

melalui mekanisme *judicial review* undang-undang terhadap undang-undang dasar; (b) menjaga konstitusionalitas pelaksanaan kekuasaan negara; dan (c) bersama dengan lembaga negara yang lain berupaya mewujudkan negara hukum kesejahteraan sebagaimana amanat Pembukaan UUDNRI 1945.

Keempat, fungsi sebagai penegak demokrasi. Fungsi terakhir ini dipraktikkan Mahkamah Konstitusi melalui wewenangnya untuk memutus sengketa pemilu. Sebagaimana diketahui bahwa pemilihan umum merupakan satu mekanisme penting dan baku dalam negara demokrasi. Pemilihan umum harus dipastikan berjalan dengan fair dan tetap berdasarkan atas hukum yang sah. Pada poin inilah peran Mahkamah Konstitusi sangat dibutuhkan.

Sebagaimana dijelaskan di atas, posisi Mahkamah Konstitusi sangat penting dalam rangka menjaga dan memelihara serta memastikan tegak dan terpenuhinya prinsip negara hukum. Oleh karena itu, upaya serius untuk selalu mengkaji dan memahami putusan Mahkamah Konstitusi harus selalu digalakkan, selain untuk melihat kualitas putusan juga untuk memelihara akuntabilitas publik dari putusan. Kajian terhadap putusan Mahkamah Konstitusi dapat dilakukan pada dua aspek yaitu (a) aspek substantif dari putusan. Aspek ini berkaitan dengan bagaimana Mahkamah Konstitusi menerapkan sebuah hukum dan mengkaji hukum tersebut serta implikasi putusan dalam konteks praksis. (b) aspek filosofi putusan. Aspek ini berkaitan dengan paradigma Mahkamah Konstitusi dalam memutus sebuah permohonan serta upaya meneropong tipologi hukum yang ada di dalam putusan.

Penelitian ini dilakukan untuk mengkaji aspek yang kedua yaitu berkaitan dengan tipologi hukum dan paradigma hukum, khususnya hukum hak asasi manusia, seperti apa yang dikembangkan oleh Mahkamah Konstitusi. Sub bab ini akan berisi

tiga hal (a) deskripsi singkat putusan yang menjadi objek penelitian; (b) karakteristik hukum putusan Mahkamah Konstitusi dalam menafsirkan Undang-Undang Dasar yang berdimensi hak asasi manusia; (c) paradigma hukum hak asasi Mahkamah Konstitusi dalam menafsirkan Undang-Undang Dasar yang berdimensi hak asasi manusia; dan (d) peta karakteristik hukum dan paradigma hukum hak asasi manusia putusan Mahkamah Konstitusi.

A. Deskripsi Singkat Putusan

(1) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 065/PUU-II/2004 Tentang Pemberlakuan Hukum Secara Surut Di Pengadilan Hak Asasi Manusia

(a) Dalil Pemohon

Pemohon mengajukan *judicial review* atas Pasal 43 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia. Pasal tersebut memberikan kemungkinan untuk mengadili peristiwa yang terjadi sebelum disahkan Undang-Undang. Artinya, ketentuan Pasal 43 ayat (1) memberlakukan hukum secara surut dan oleh karenanya menyimpangi asas non-retroaktif (*non-retroactivity principle*).

Pemohon mendalilkan bahwa asas non-retroaktif adalah asas hukum yang sangat universal dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun (*non derogable rights*) sebagaimana diakui dan diatur dalam Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

(b) Pertimbangan Majelis Hakim

Pemberlakuan undang-undang secara retroaktif dalam Pasal 43 ayat (1) adalah upaya Pemerintah untuk menyelesaikan secara terhormat perkara pelanggaran berat hak asasi manusia yang terjadi sebelum Undang-Undang Pengadilan HAM diundangkan tanpa campur tangan dunia internasional melalui cara-cara beradab dan menggunakan standard yang berlaku dalam menangani kejahatan-kejahatan yang luar biasa (*extraordinary crimes*).

Pembentukan Pengadilan Hak Asasi Manusia *Ad Hoc* jauh dari maksud untuk memberikan “*impunity*” dan/atau menciptakan pengadilan pura-pura (*sham proceeding*), tetapi dijiwai oleh semangat dan kehendak (*willingness*) dan memperlihatkan kemampuan (*ability*) untuk menyelesaikan dugaan pelanggaran berat hak asasi manusia melalui mekanisme pengadilan nasional (*domestic mechanism as a primary forum*) secara terhormat dan profesional dengan mengadopsi *Rome Statute of International Criminal Court 1998*, sepanjang menyangkut elemen-elemen kejahatan (*elements of crimes*) yang berkaitan dengan kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan.

Apakah hak untuk tidak dihukum dengan ketentuan tidak berlaku surut merupakan hak mutlak sesuai rumusan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945? Meskipun rumusan harfiah Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 menimbulkan kesan bersifat mutlak, namun sesuai dengan sejarah penyusunannya, Pasal 28I ayat (1) harus dibaca bersama-sama dengan Pasal 28J ayat (2), sehingga dalam rangka “memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban”, dapat dikesampingkan.

Terhadap kejahatan-kejahatan demikian, pengesampingan asas non-retroaktif bukan hanya tidak bertentangan dengan UUDNRI 1945 melainkan sebaliknya. Tatkala tuntutan untuk menegakkan perikemanusiaan dan perikeadilan itu terhalang oleh asas non-retroaktif –yang secara historis pada awalnya dilatarbelakangi oleh maksud melindungi kepentingan manusia sebagai individu dari kesewenang-wenangan penguasa absolut– maka pengesampingan asas non-retroaktif dimaksud adalah tindakan yang tak dapat dihindari karena kepentingan yang hendak diselamatkan melalui tindakan pengesampingan itu adalah kepentingan kemanusiaan manusia secara keseluruhan yang nilainya melebihi kepentingan manusia sebagai individu.

Pembentukan Pengadilan HAM *Ad Hoc* dapat dibenarkan oleh praktik dan perkembangan hukum internasional, yang antara lain ditunjukkan oleh pembentukan Mahkamah Pidana ad hoc (*ad hoc Criminal Tribunal*) di bekas negara Yugoslavia yaitu ICTY, dan ICTR di Rwanda.

Jika asas non-retroaktif diterapkan secara mutlak, maka akan mengakibatkan Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat yang diatur dalam Undang-Undang Pengadilan HAM yang juga secara internasional telah diakui sebagai kejahatan berat, akan lolos dari tuntutan hukum, dan hal ini bertentangan dengan satu prinsip fundamental yang telah dianut secara universal yaitu “tidak boleh ada kejahatan yang dibiarkan berlalu tanpa hukuman” (*aut punere aut de dere*).

(c) Amar Putusan

Berdasarkan pertimbangan putusan di atas, Mahkamah Konstitusi menyatakan menolak permohonan Pemohon.

(2) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 5/PUU-V/2007 Tentang Calon Independen Dalam Pemilihan Kepala Daerah

(a) Dalil Pemohon

Bahwa Pasal 56 Ayat (2), Pasal 59 Ayat (1), Ayat (3), Ayat (4), Ayat (5) huruf a, Ayat (5) huruf c, Ayat (6) dan Pasal 60 Ayat (2), Ayat (3), Ayat (4) dan Ayat (5) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah bertentangan dengan hak konstitusional Pemohon yang dijamin oleh UUDNRI 1945 khususnya Pasal 18 Ayat (4), Pasal 27 Ayat (1), Pasal 28D Ayat (1) dan Ayat (3), dan Pasal 28I Ayat (2).

Hakikat dari pasal tersebut dipilih secara “demokratis” bukan hanya pada pelaksanaan pemungutan suara dan perhitungan suara yang harus demokratis, tetapi juga harus ada jaminan pada saat penjaringan dan penetapan calon, karenanya masyarakat perlu mendapat akses yang lebih luas untuk berpartisipasi dalam mengusung pasangan calon/untuk dicalonkan. Oleh karenanya pembatasan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 56, Pasal, 59 dan Pasal 60 Undang-Undang Pemerintahan Daerah tersebut sama sekali tidak mencerminkan asas demokrasi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 18 Ayat (4) UUDNRI 1945.

Pasal 56, Pasal 59 dan Pasal 60, Undang-Undang Pemerintahan Daerah yang pada pokoknya berisikan “hanya memberikan hak kepada partai politik atau gabungan partai politik untuk mengusulkan/mengajukan pasangan calon Kepala Daerah dan wakil kepada daerah dan sama sekali menutup peluang bagi pasangan calon independen (bagi yang tidak diusung oleh partai politik dan/atau gabungan partai politik)”. Dengan demikian, jelas bahwa ketiga pasal

Undang-Undang Pemerintahan Daerah tersebut sangat diskriminatif dan bertentangan dengan Pasal 28I Ayat (2) UUDNRI 1945.

(b) Pertimbangan Majelis Hakim

Ketentuan tentang pencalonan kepala daerah dan wakil kepala daerah sebagaimana dimuat dalam Undang-Undang Pemerintahan Daerah berlandaskan pada ketentuan yang terdapat dalam UUDNRI 1945, yaitu Pasal 18 Ayat (4) yang berbunyi, “*Gubernur, Bupati dan Walikota masing-masing sebagai kepala pemerintah daerah provinsi, kabupaten dan kota dipilih secara demokratis*”. Ketentuan tentang tata cara pemilihan kepala daerah dan wakil kepala tersebut selanjutnya perlu diatur oleh undang-undang, dalam hal ini diatur dalam Undang-Undang Pemerintahan Daerah.

Setelah diundangkannya Undang-Undang Pemerintahan Daerah dan adanya putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005, diundangkan Undang-Undang Pemerintahan Aceh yang membolehkan pencalonan Bupati dan Wakil Bupati dari perseorangan. Mahkamah berpendapat bahwa membuka kesempatan bagi perseorangan untuk mencalonkan diri sebagai kepala daerah dan wakil kepala daerah tanpa melalui partai politik, bukan suatu hal yang bertentangan dengan Pasal 18 Ayat (4) UUD 1945 dan bukan pula merupakan suatu tindakan dalam keadaan darurat (*staatsnoodrecht*).

Mahkamah berpendapat pencalonan kepala daerah dan wakil kepala daerah secara perseorangan di luar Provinsi Nanggroe Aceh Darusalam haruslah dibuka agar tidak terdapat adanya dualisme dalam melaksanakan ketentuan Pasal 18 Ayat (4) UUD 1945 karena adanya dualisme tersebut dapat

menimbulkan terlanggarnya hak warga negara yang dijamin oleh Pasal 28D Ayat (1) dan Ayat (3) UUDNRI 1945.

(c) Amar Putusan

Mahkamah memutuskan mengabulkan permohonan Pemohon untuk sebagian. Menyatakan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Pasal-Pasal Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah (LNRI Tahun 2004 Nomor 125, TLNRI Nomor 4437), yang hanya memberi kesempatan kepada partai politik atau gabungan partai politik dan menutup hak konstitusional calon perseorangan dalam Pemilihan Kepala Daerah.

(3) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 2-3/PUU-V/2007 Tentang Hukuman Mati

(a) Dalil Pemohon

Ketentuan Pasal 80 ayat (1) Huruf a, ayat (2) Huruf a, ayat (3) Huruf a, Pasal 81 ayat (3) Huruf a, Pasal 82 ayat (1) Huruf a, ayat (2) Huruf a, dan ayat (3) Huruf a dalam UU Narkotika, sepanjang yang mengenai ancaman hukuman pidana mati, bertentangan dengan hak konstitusional Pemohon sebagaimana dimaksud Pasal 28A dan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945.

(b) Pertimbangan Majelis Hakim

Pasal 28I UUDNRI 1945 disusun berdasarkan Ketetapan MPR Nomor XVII/MPR/1998. Ketetapan MPR tersebut kemudian ditindaklanjuti dengan pengesahan Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Kedua peraturan perundang-undangan tersebut memiliki semangat

yang sama yaitu menganut pendirian bahwa hak asasi manusia bukan tanpa batas. Hak asasi manusia bukanlah sebebaskan-bebasnya melainkan dimungkinkan untuk dibatasi sejauh pembatasan itu ditetapkan dengan undang-undang.

Majelis pernah memutus perkara serupa dalam Putusan Nomor 065/PUU-II/2004, yang pada intinya menegaskan bahwa Pasal 28I ayat (1) haruslah dibaca bersama-sama dengan Pasal 28J ayat (2), sehingga Mahkamah berpendirian bahwa hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut tidaklah bersifat mutlak. Dengan demikian, hak untuk hidup juga termasuk ke dalam kelompok hak yang diatur dalam Pasal 28I ayat (1) UUD 1945.

Sesuai dengan ketentuan Pasal 3 *Universal Declaration of Human Rights* *juncto* Pasal 6 ICCPR *juncto* Undang-Undang Hak Asasi Manusia dan UUDNRI 1945 serta berbagai Konvensi Internasional yang menyangkut Narkotika, khususnya Konvensi PBB 1960 tentang Narkotika dan Konvensi PBB 1988 tentang Pemberantasan Peredaran Gelap Narkotika dan Psikotropika, ancaman pidana mati yang dimuat dalam Undang-Undang Narkotika telah dirumuskan dengan hati-hati dan cermat serta tidak diancamkan pada semua tindak pidana penyalahgunaan narkotika yang dimuat dalam Undang-Undang tersebut.

(c) Amar Putusan

1. Menyatakan permohonan Pemohon I dan Pemohon II dalam Perkara Nomor 2/PUU-V/2007 ditolak untuk seluruhnya;
2. Menyatakan permohonan Pemohon III dan Pemohon IV dalam Perkara Nomor 2/PUU-V/2007 tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*);

3. Menyatakan Permohonan Perkara Nomor 3/PUU-V/2007 tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*).

(4) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 140/PUU-VII/2009 Tentang Undang-Undang Pencegahan Penodaan Agama

(1) Dalil Pemohon

Pemohon menilai bahwa Undang-Undang Nomor 1/PNPS/1965 sudah tidak sesuai lagi dengan UUDNRI 1945 pasca amandemen yaitu karena Undang-Undang tersebut bertentangan dengan prinsip negara hukum dan dikeluarkan ketika negara dalam keadaan darurat. Pada pokok permohonannya, para pemohon mengajukan peninjauan atas Pasal 1, Pasal 2, Pasal 3, dan Pasal 4 Undang-Undang Nomor 1/PNPS/1965 dengan beberapa alasan antara lain: *pertama*, ada ketidakjelasan rumusan dalam pasal tersebut yang berpotensi pada tindakan diskriminasi atas sebagian penganut agama di Indonesia, seperti maksud dari pokok-pokok ajaran, kemudian tentang menceritakan, menganjurkan atau mengusahakan dukungan umum untuk melakukan penafsiran yang menyimpang, juga tentang kegiatan keagamaan yang menyerupai kegiatan agama yang dianut di Indonesia, yang menyimpang; *kedua*, pelarangan kegiatan keagamaan yang bertentangan dengan ajaran pokok keagamaan merupakan wujud kegagalan negara untuk melindungi kebebasan warganya untuk beragama dan beribadat sesuai dengan agama yang diyakininya.

Pasal 2, Pasal 3, dan Pasal 4 Undang-Undang Nomor 1/PNPS/1965 pada prinsipnya merupakan prosedur pelarangan hal-hal yang diatur di dalam Pasal

1 Undang-Undang Nomor 1/PNPS/1965. Dimana substansi dari Pasal 1 dimaksud, sebagaimana telah dijelaskan di atas bertentangan dengan UUDNRI 1945, maka konsekuensi hukum dari hal tersebut, prosedur pelarangan ini juga bertentangan dengan konstitusi. Selain alasan perpasal tersebut di atas, pemohon juga mendalilkan bahwa secara umum ketentuan Pasal *a quo* merupakan bentuk pembatasan atas kebebasan beragama atau berkeyakinan yang diakui dan dilindungi baik oleh konstitusi UUDNRI 1945 juga diakui dan diatur dalam kovenan-kovenan internasional tentang hak asasi manusia. sehingga sudah semestinya menjadi kewajiban negara menghormati dan melindungi kebebasan beragama atau berkeyakinan.

(2) Pertimbangan Majelis Hakim

Berdasarkan pendapat yang dirangkum dalam dinamika persidangan, Mahkamah berpendapat sebagai berikut bahwa Pasal-Pasal penodaan dan/atau penyalahgunaan agama tidak semata-mata dilihat dari aspek yuridis saja melainkan juga aspek filosofisnya yang menempatkan kebebasan beragama dalam perspektif ke-Indonesia-an, sehingga praktik keberagamaan yang terjadi di Indonesia adalah berbeda dengan praktik keberagamaan di negara lain.

Prinsip negara hukum Indonesia yang tidak harus sama dengan prinsip negara hukum dalam arti *rechtsstaat* maupun *the rule of law*. Prinsip negara hukum Indonesia harus dilihat dengan cara pandang UUDNRI 1945, yaitu negara hukum yang menempatkan prinsip Ketuhanan Yang Maha Esa sebagai prinsip utama, serta nilai-nilai agama yang melandasi gerak kehidupan bangsa dan negara, bukan negara yang memisahkan hubungan antara agama dan

negara (*separation of state and religion*), serta tidak sematamata berpegang pada prinsip individualisme maupun prinsip komunalisme.

Konstitusi Negara Kesatuan Republik Indonesia tidak memberikan kemungkinan adanya kampanye kebebasan untuk tidak beragama, kebebasan untuk promosi anti agama serta tidak memungkinkan untuk menghina atau mengotori ajaran agama atau kitab-kitab yang menjadi sumber kepercayaan agama ataupun mengotori nama Tuhan.

Kebebasan beragama yang diberikan kepada setiap manusia bukanlah merupakan kebebasan yang bebas nilai dan kebebasan *an sich*, melainkan kebebasan yang disertai dengan tanggung jawab sosial untuk mewujudkan hak asasi manusia bagi setiap orang. Dalam hal ini negara memiliki peran sebagai penyeimbang antara hak asasi dan kewajiban dasar untuk mewujudkan hak asasi manusia yang berkeadilan. Negara memiliki peran untuk memastikan bahwa dalam pelaksanaan kebebasan beragama seseorang tidak melukai kebebasan beragama orang lain. Di sinilah negara akan mewujudkan tujuannya yakni untuk mencapai kehidupan yang lebih baik (*the best life possible*).

Pembatasan tidak selalu harus diartikan sebagai diskriminasi. Selama pembatasan yang diberikan adalah sebagai bentuk dari perlindungan terhadap hak orang lain dan dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara [*vide* Pasal 28J ayat (1) UUDNRI 1945], maka hal tersebut merupakan bentuk perlindungan terhadap hak asasi orang lain sekaligus merupakan atau kewajiban asasi bagi yang lainnya. Undang-Undang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama, tidak membatasi pengakuan atau perlindungan hanya terhadap enam agama yang disebutkan,

melainkan melindungi dan mengakui semua agama yang dianut oleh masyarakat Indonesia. Agama-agama yang tidak disebutkan dibiarkan dalam arti tetap dilindungi dan diakui selama tidak melanggar ketentuan dalam Peraturan perundangan terkait.

Secara historis perumusan Pasal 28J UUDNRI 1945 dilatarbelakangi oleh dianutnya pendirian bahwa hak asasi manusia bukanlah hak tanpa batas, hak asasi manusia tidaklah bersifat mutlak. Berdasarkan penafsiran secara sistematis hak asasi manusia yang diatur dalam Pasal 28A sampai dengan 28I UUDNRI 1945 tunduk pada pembatasan yang diatur dalam Pasal 28J UUDNRI 1945 yang merupakan satu-satunya pasal yang mengatur tentang kewajiban asasi (*vide* Putusan MK Nomor 2-3/PUU-V/2007 tanggal 23 Oktober 2007).

(3) Amar Putusan

Mahkamah memutuskan dalam amarnya dengan menyatakan menolak permohonan para Pemohon untuk seluruhnya.

(5) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 102/PUU-VII/2009 Tentang Hak Pemilih Yang Tidak Terdaftar

(a) Dalil Pemohon

Pemohon mengajukan *judicial review* Pasal 28 dan Pasal 111 ayat (1) Undang-Undang Nomor 42 tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden untuk diuji atas UUDNRI 1945. Adapun dalil permohonannya adalah sebagai berikut *pertama*, ketentuan Pasal 28 dan Pasal 111 ayat (1) Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 dapat dibaca bahwa berusia 17 tahun dan/atau sudah kawin tidaklah cukup untuk dapat memilih dalam pemilihan

umum presiden dan wakil presiden. Seorang warga negara juga harus terdaftar sebagai pemilih. Seorang warga negara yang tidak tercantum dalam Daftar Pemilih Tetap (DPT) akan kehilangan hak memilihnya; *kedua*, ketentuan Pasal 28 dan Pasal 111 ayat (1) yang menyebabkan seorang warga negara kehilangan hak memilihnya ketika tidak terdaftar sebagai pemilih atau tidak tercantum dalam DPT adalah sangat tidak adil. Di satu sisi, Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 memberikan kewajiban untuk mendaftarkan semua warga negara yang telah berusia 17 tahun dan/atau sudah pernah kawin kepada penyelenggara Pemilu. Namun, di sisi lain, bila penyelenggara Pemilu lalai mendaftarkan seorang warga negara yang telah memiliki hak memilih, warga negara yang bersangkutan kehilangan hak memilihnya. Kesalahan atau kelalaian penyelenggara Pemilu ditimpakan akibatnya kepada warga negara; dan *ketiga*, ketentuan Pasal 28 dan Pasal 111 ayat (1) Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 yang mengharuskan warga negara terdaftar sebagai pemilih atau tercantum dalam DPT untuk dapat memilih telah menghilangkan hak konstitusional sebagian warga negara untuk memilih dan karenanya bertentangan dengan Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1) dan ayat (3) UUD 1945.

(b) Pertimbangan Majelis Hakim

Pasal 28 dan Pasal 111 ayat (1) Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 telah menghilangkan atau sekurang-kurangnya potensial menghilangkan hak memilih warga negara yang telah berusia 17 tahun dan/atau sudah kawin. Padahal, hak memilih adalah hak yang dijamin konstitusi sebagaimana disebutkan Mahkamah dalam putusan Nomor 011-017/PUU-I/2003 tanggal 24

Februari 2004. Putusan tersebut antara lain menyebutkan, “*Menimbang, bahwa hak konstitusional warga negara untuk memilih dan dipilih (right to vote and right to be candidate) adalah hak yang dijamin oleh konstitusi, undang-undang maupun konvensi internasional, maka pembatasan penyimpangan, peniadaan dan penghapusan akan hak dimaksud merupakan pelanggaran terhadap hak asasi dari warga negara.*”

Hak memilih adalah pengejawantahan hak atas kesempatan yang sama dalam hukum dan pemerintahan sebagaimana diatur dalam Pasal 27 ayat (1) serta Pasal 28D ayat (1) dan ayat (3) UUDNRI 1945. Ketentuan yang mengharuskan seorang warga negara terdaftar sebagai pemilih dalam Daftar Pemilih Tetap (DPT) lebih merupakan prosedur administratif dan tidak boleh menegasikan hal-hal yang bersifat substansial yaitu hak warga negara untuk memilih (*right to vote*) dalam pemilihan umum. Oleh karena itu, Mahkamah berpendapat diperlukan adanya solusi untuk melengkapi DPT yang sudah ada sehingga penggunaan hak pilih warga negara tidak terhalangi.

Mahkamah memandang bahwa penggunaan KTP atau Paspor yang masih berlaku untuk memilih tidak dapat diberlakukan melalui keputusan atau peraturan Komisi Pemilihan Umum; sedangkan bentuk hukum Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu) juga beresiko menimbulkan masalah jika ternyata nantinya dibatalkan melalui *legislative review* pada saat pembahasan dalam masa sidang DPR berikutnya.

Maka demi keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan hukum, Mahkamah memutuskan dalam Putusan yang bersifat *self executing* yang langsung dapat diterapkan oleh Komisi Pemilihan Umum tanpa memerlukan

Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu) guna melindungi, menjamin, dan memenuhi hak konstitusional warga negara untuk menggunakan hak pilihnya.

(c) Amar Putusan

Pada putusannya, majelis hakim mengabulkan permohonan para pemohon dengan menyatakan Pasal 28 dan Pasal 111 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 adalah konstitusional sepanjang diartikan mencakup warga negara yang tidak terdaftar dalam Daftar Pemilih Tetap. Para pemilih yang tidak terdaftar dalam Daftar Pemilih Tetap dapat menggunakan hak pilihnya dengan menunjukkan Kartu Tanda Penduduk dan Kartu Keluarga bagi Warga Negara Indonesia yang berada di dalam negeri, serta menunjukkan paspor bagi warga yang berada di luar negeri pada saat pemungutan suara.

(6) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 011/PUU-III/2005 Tentang Sistem Pendidikan Nasional

(1) Dalil Permohonan

Pada pokoknya para pemohon mengajukan permohonan pengujian Pasal 17 ayat (1), dan ayat (2) dan penjelasan Pasal 49 ayat (1) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 20 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Pasal 31 ayat (4).

(2) Pertimbangan Hakim

Mahkamah berpendapat bahwa pada hakikatnya pelaksanaan ketentuan Konstitusi tidak boleh ditunda-tunda. UUD 1945 secara *expressis verbis* telah

menentukan bahwa anggaran pendidikan minimal 20% harus diprioritaskan yang tercermin dalam APBN dan APBD tidak boleh direduksi oleh peraturan perundang-perundangan yang secara hierarkis berada di bawahnya. Penjelasan Pasal 49 ayat (1) UU Sisdiknas juga telah membentuk norma baru yang mengaburkan norma yang terkandung dalam Pasal 49 ayat (1) yang ingin dijelaskannya, sehingga ketentuan dalam Penjelasan Pasal 49 ayat (1) tersebut juga bertentangan dengan prinsip-prinsip dan teori perundang-undangan yang sudah lazim diterima dalam ilmu hukum yang kemudian dituangkan dalam Undang-undang Republik Indonesia Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (*vide* Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 005/PUU-III/2005)

Pendidikan di Indonesia sudah sangat tertinggal, sehingga sudah waktunya pendidikan harus menjadi prioritas utama pembangunan di Indonesia yang perwujudannya antara lain adalah pemberian prioritas di bidang anggaran. Adanya Penjelasan Pasal 49 ayat (1) Undang-Undnag Sisdiknas menjadi alasan bagi Pemerintah, baik Pemerintah Pusat maupun pemerintah daerah untuk tidak memenuhi pagu 20% anggaran pendidikan dalam APBN dan APBD, sehingga dalil para Pemohon cukup beralasan.

(3) Amar Putusan

Pada putusannya, Mahkamah menyatakan mengabulkan permohonan para pemohon dengan menyatakan bahwa Pasal 49 ayat (1) dan Penjelasan Pasal 49 ayat (1) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar dan oleh karenanya harus dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat.

(7) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 24/PUU-V/2007 Tentang Anggaran Pendidikan

(1) Dalil Permohonan

Pemohon telah mengajukan permohonan Pengujian Pasal 49 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional dan Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2006 tentang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara Tahun 2007 terhadap Undang-Undang Dasar 1945 khususnya Pasal 31 ayat (4).

(2) Pertimbangan Hakim

Pasal 1 angka 3 dan 6 tersebut Undang-Undang Sistem Pendidikan Nasional telah menyatakan bahwa guru dan dosen adalah bagian dari sistem pendidikan nasional. Ketentuan Pasal 49 Ayat (1) Undang-Undang Sisdiknas telah mengecualikan guru dan dosen dan mengeluarkan komponen gajinya pada komponen sistem pendidikan nasional. Selain itu, rumusan Pasal 49 Ayat (1) Undang-Undang Sisdiknas telah mempersempit makna filosofis Pasal 31 Ayat (4) UUD 1945, yang seharusnya tidak boleh dilakukan, mengingat UUD 1945 merupakan norma tertinggi bagi bangsa dan negara.

(3) Amar Putusan

Pada putusannya, Mahkamah menyatakan bahwa Pasal 49 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional sepanjang mengenai frasa “*gaji pendidik dan*” bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan oleh karenanya harus dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat.

**(8) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor Putusan 007/PUU-III/2005
Tentang Sistem Jaminan Sosial**

(1) Dalil Permohonan

Para pemohon mengajukan permohonan pengujian Pasal 5 ayat (1), ayat (3), dan ayat (4) dan Pasal 52 Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

(2) Pertimbangan Hakim

Pasal 34 ayat (2) UUD 1945 menyatakan, “*Negara mengembangkan sistem jaminan sosial bagi seluruh rakyat dan memberdayakan masyarakat yang lemah dan tidak mampu sesuai dengan martabat kemanusiaan*”. Selanjutnya, ayat (4) dari Pasal 34 UUD 1945 menyatakan, “*Ketentuan lebih lanjut mengenai pelaksanaan pasal ini diatur dalam undang-undang*”. Yang menjadi pertanyaan –dan sekaligus merupakan inti permasalahan dari permohonan *a quo*– adalah bagaimanakah undang-undang harus menjabarkan pengertian “negara” dalam melaksanakan amanat Pasal 34 UUD 1945, khususnya Pasal 34 ayat (2), sehingga menjadi jelas di tangan siapa sesungguhnya kewenangan untuk mengembangkan sistem jaminan sosial tersebut berada, apakah di pemerintah pusat ataukah pemerintah daerah atau keduanya. Kejelasan atas persoalan ini sangat penting mengingat hak atas jaminan sosial oleh UUD 1945 dikatakan sebagai bagian dari hak asasi manusia, sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 28H ayat (3) UUD 1945 yang menyatakan, “*Setiap orang berhak atas jaminan sosial yang memungkinkan pengembangan dirinya secara utuh sebagai manusia yang bermartabat*”.

Pengakuan demikian menimbulkan kewajiban pada negara untuk menghormati (*to respect*), melindungi (*to protect*), dan menjamin pemenuhan (*to fulfil*) hak dimaksud.

Majelis menyatakan bahwa Pasal 5 ayat (4) Undang-Undang tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional hanya dapat ditafsirkan dengan memberikan monopoli kepada Pemerintah Pusat untuk mendirikan Badan Penyelenggara Jaminan Sosial dan prosedurnya adalah didirikan dengan undang-undang. Kesimpulan inilah yang membawa majelis pada kesimpulan bahwa ketentuan Pasal 5 ayat (2), (3) dan (4) Undang-Undang Sistem Jaminan Sosial Nasional adalah bertentangan dengan Konstitusi dan oleh karenanya harus dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat.

(3) Amar Putusan

Pada putusannya, Mahkamah mengabulkan permohonan pemohon dengan menyatakan bahwa Pasal 5 ayat (2), (3), dan (4) Undang-undang Republik Indonesia Nomor 40 Tahun 2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan oleh karenanya tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

**(9) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004
Tentang Sumber Daya Air**

(a) Dalil Permohonan

Para Pemohon mengajukan permohonan pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air terhadap Undang-Undang

Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Pada pokoknya, para pemohon mendalilkan bahwa ketentuan Undang-Undang Sumber Daya Air memberikan kemungkinan untuk melakukan privatisasi air. Implikasi dari privatisasi air ini, maka hak masyarakat untuk mendapatkan kehidupan yang layak akan terlanggar.

(b) Pertimbangan Hakim

Menimbang bahwa pengakuan akses terhadap air sebagai hak asasi manusia mengindikasikan dua hal; di satu pihak adalah pengakuan terhadap kenyataan bahwa air merupakan kebutuhan yang demikian penting bagi hidup manusia, di pihak lain perlunya perlindungan kepada setiap orang atas akses untuk mendapatkan air. Demi perlindungan tersebut perlu dipositifkan hak atas air menjadi hak yang tertinggi dalam bidang hukum yaitu hak asasi manusia. Permasalahan yang timbul kemudian adalah bagaimana posisi negara dalam hubungannya dengan air sebagai benda publik atau benda sosial yang bahkan telah diakui sebagai bagian dari hak asasi manusia. Sebagaimana hak-hak asasi manusia lainnya posisi negara dalam hubungannya dengan kewajibannya yang ditimbulkan oleh hak asasi manusia, negara harus menghormati (*to respect*), melindungi (*to protect*), dan memenuhinya (*to fulfill*).

Ketentuan Pasal-Pasal Undang-Undang Sumber Daya Air adalah saling berkaitan, maka Mahkamah perlu untuk melakukan pengkajian secara komprehensif Undang-Undang Sumber Daya Air sebagai dasar untuk mengambil putusan. Mahkamah berpendapat bahwa Pasal 5 Undang-Undang Sumber Daya Air yang berbunyi: “Negara menjamin hak setiap orang untuk mendapatkan air bagi kebutuhan pokok minimal sehari-hari guna memenuhi

kehidupan yang sehat, bersih dan produktif”, adalah rumusan hukum yang cukup memadai untuk menjabarkan hak asasi atas air sebagai hak yang dijamin oleh UUD 1945.

Pasal 33 Undang-Undang Sumber Daya Air memberikan kewenangan kepada Pemerintah dan Pemerintah Daerah, dalam keadaan memaksa, untuk mengatur dan menetapkan penggunaan sumber daya air untuk kepentingan konservasi, persiapan pelaksanaan konstruksi, dan pemenuhan prioritas penggunaan sumber daya air. Mahkamah berpendapat bahwa dalam menggunakan kewenangan tersebut Pemerintah haruslah mengutamakan pemenuhan hak asasi atas air dibandingkan dengan kepentingan lain, karena hak asasi atas air adalah hak yang utama.

Ketentuan Undang-Undang Sumber Daya Air telah cukup memberikan kewajiban kepada Pemerintah untuk menghormati, melindungi dan memenuhi hak atas air, yang dalam peraturan pelaksanaannya Pemerintah haruslah memperhatikan pendapat Mahkamah yang telah disampaikan dalam pertimbangan hukum yang dijadikan dasar atau alasan putusan. Sehingga, apabila Undang-undang *a quo* dalam pelaksanaan ditafsirkan lain dari maksud sebagaimana termuat dalam pertimbangan Mahkamah di atas, maka terhadap Undang-undang *a quo* tidak tertutup kemungkinan untuk diajukan pengujian kembali (*conditionally constitutional*).

Mahkamah berpendapat bahwa Undang-Undang Sumber Daya Air mengatur hal-hal yang pokok dalam pengelolaan sumber daya air, dan meskipun Undang-Undang Sumber Daya Air membuka peluang peran swasta untuk mendapatkan Hak Guna Usaha Air dan izin perusahaan sumber daya

air namun hal tersebut tidak akan mengakibatkan penguasaan air akan jatuh ke tangan swasta. Negara dalam melaksanakan hak penguasaan atas air meliputi kegiatan: (1) merumuskan kebijaksanaan (*beleid*), (2) melakukan tindakan pengurusan (*bestuursdaad*), (3) melakukan pengaturan (*regelendaad*), (4) melakukan pengelolaan (*beheersdaad*), dan (5) melakukan pengawasan (*toezichthoudendaad*).

Sumber daya air tidak hanya semata-mata dimanfaatkan untuk memenuhi kebutuhan pokok sehari-hari secara langsung, akan tetapi dalam fungsi sekundernya sumber daya air banyak diperlukan dalam kegiatan industri, baik industri kecil, menengah maupun besar dimana kegiatan tersebut dilakukan oleh pihak non Pemerintah. Sebagai unit kegiatan ekonomi, industri kecil, menengah, dan besar penting bagi usaha untuk meningkatkan taraf hidup masyarakat. Oleh karena itu, apabila kebutuhan sumber daya air oleh unit ekonomi tersebut tidak dicukupi akan mengakibatkan industri-industri tersebut berhenti beroperasi yang akan berpengaruh langsung kepada perekonomian masyarakat. Hak Guna Usaha Air dan izin pengusahaan merupakan sistem perizinan yang penerbitannya harus berdasarkan pada pola pengelolaan sumber daya air dimana penyusunan pola tersebut telah melibatkan peran serta masyarakat yang seluas-luasnya. Kinerja pengelolaan sumber daya air akan diawasi secara langsung oleh para pihak yang berkepentingan (*stakeholders*). Dengan adanya sistem perizinan ini justru pengusahaan atas sumber daya air akan dapat dikendalikan oleh Pemerintah. Permohonan izin baik untuk mendapatkan hak guna usaha maupun izin pengusahaan haruslah ditolak

apabila pemberian izin tersebut tidak sesuai dengan pola pengelolaan sumber daya air yang telah disusun.

(c) Amar Putusan

Pada putusannya majelis hakim menyaakan menolak permohonan para pemohon.

(10) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21-22/PUU-V/2007 Tentang Penanaman Modal

(a) Dalil Permohonan

Para pemohon mengajukan permohonan pengujian Pasal 22 Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal terhadap Pasal 28C ayat 1 dan Pasal 33 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Pada pokoknya, para pemohon mendalilkan bahwa Undang-Undang Penanaman Modal telah melakukan diskriminasi dengan memberikan kesempatan yang sama antara penanam modal asing dan penanam modal dalam negeri. Undang-Undang ini juga memberikan kemungkinan eksploitasi sumber daya alam kepada penanam modal dengan jangka waktu yang terlalu lama yaitu (a) Hak Guna Usaha dapat diberikan dengan jumlah 95 (sembilan puluh lima) tahun dengan cara dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 60 (enam puluh) tahun dan dapat diperbarui selama 35 (tiga puluh lima) tahun; (b) Hak Guna Bangunan dapat diberikan dengan jumlah 80 (delapan puluh) tahun dengan cara dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 50 (lima puluh) tahun dan dapat diperbarui selama 30 (tiga puluh) tahun; dan (c) Hak Pakai dapat diberikan dengan jumlah 70 (tujuh puluh) tahun

dengan cara dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 45 (empat puluh lima) tahun dan dapat diperbarui selama 25 (dua puluh lima) tahun.

Pemberian kesempatan yang terlalu lama kepada penanam modal dikhawatirkan akan mengurangi pemenuhan hak ekonomi, sosial dan budaya masyarakat khususnya hak atas pendidikan, hak atas kesehatan, dan hak atas kehidupan yang layak.

(b) Pertimbangan Hakim

Pasal 22 Ayat (1) dan Ayat (2) UU Penanaman Modal telah menempatkan hak guna usaha dan hak guna bangunan menjadi individualistik dan melupakan fungsi sosialnya serta meniadakan kedaulatan rakyat. Juga melupakan keberlakuan prinsip-prinsip hukum adat karena tanah di wilayah Indonesia adalah milik seluruh rakyat Indonesia. Aturan perundang-undangan yang memuat ketentuan tentang hak atas tanah tidak boleh berorientasi pada keuntungan sebagian kecil orang tetapi harus untuk kepentingan rakyat Indonesia terutama bagi orang-orang yang hidup bergantung pada hak atas tanah.

Pasal 22 Ayat (1) dan Ayat (2) UU Penanaman Modal yang bersemangat memberi keuntungan sebesar-besarnya bagi penanam modal berpotensi menyengsarakan rakyat, menjauhkan rakyat dari kesejahteraan dan kemakmuran, serta mereduksi kedaulatan rakyat. Pemberian Hak Guna Usaha (HGU) dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 60 (enam puluh) tahun, hak guna bangunan (HGB) dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 50 (lima puluh) tahun, dan hak pakai dapat diberikan

dan diperpanjang di muka sekaligus selama 40 (empat puluh) tahun tidak ada korelasi langsung antara fasilitas atau insentif berupa pemberian hak-hak atas tanah (*in casu* HGU, HGB, dan Hak Pakai) yang dapat diperpanjang di muka sekaligus, sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 22 Ayat (1) dan Ayat (2) UU Penanaman Modal, dengan peningkatan iklim penanaman modal apabila persoalan *good governance*, kepastian hukum dan keamanan berusaha, serta persoalan ketenagakerjaan tidak mengalami perbaikan.

Mahkamah berpendapat bahwa pemberian fasilitas berupa hak-hak atas tanah demikian *an sich* tidaklah bertentangan dengan prinsip penguasaan oleh negara dengan alasan *Pertama*, bahwa Pasal 33 Ayat (3) UUD 1945 menyatakan, “Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat”. Dalam rumusan tersebut terdapat kepentingan yang dilindungi oleh konstitusi dan karena itu penting ditegaskan adanya penguasaan oleh negara. Kepentingan yang hendak dilindungi oleh konstitusi adalah kemakmuran rakyat dalam kaitannya dengan pemanfaatan bumi, air, kekayaan yang terkandung di dalamnya. Oleh karena itu, sepanjang menyangkut tanah, maka atas dasar adanya kepentingan yang dilindungi oleh konstitusi itulah dibuat kebijakan nasional di bidang pertanahan yang dimaksudkan untuk mencapai tujuan kemakmuran rakyat, di antaranya berupa pendistribusian kembali pemilikan atas tanah dan pembatasan pemilikan luas tanah pertanian, sehingga penguasaan atau pemilikan tanah tidak terpusat pada sekelompok orang tertentu. Dengan adanya pembatasan dan pendistribusian demikian berarti sumber ekonomi akan tersebar pula secara lebih merata dan pada akhirnya

akan tercapai tujuan pemerataan kemakmuran rakyat. Di samping itu, untuk tanah yang dikuasai oleh negara, pemerataan hak atas tanah tersebut dilakukan dengan kebijakan pemerataan kesempatan untuk memperoleh HGU, HGB, dan Hak Pakai dalam jangka waktu tertentu yang tidak terlalu lama; *Kedua*, pemberian fasilitas HGU, HGB, dan Hak Pakai demikian tidak meniadakan atau mengurangi kewenangan negara untuk menjalankan mandatnya yang diberikan oleh rakyat secara kolektif untuk melakukan tindakan pengurusan (*bestuursdaad*), pengaturan (*regelendaad*), pengelolaan (*beheersdaad*), dan pengawasan (*toezichthoudensdaad*). *Ketiga*, fakta bahwa hak-hak atas tanah demikian telah pernah diberikan sebelumnya dalam rangka penanaman modal *ipso facto* merupakan bukti adanya penerimaan masyarakat (*social acceptance*).

(c) Amar Putusan

Pada putusannya, Mahkamah menyatakan bahwa Pasal 22 Ayat (1) sepanjang menyangkut kata-kata “di muka sekaligus” dan “berupa (a) Hak Guna Usaha dapat diberikan dengan jumlah 95 (sembilan puluhlima) tahun dengan cara dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 60 (enam puluh) tahun dan dapat diperbarui selama 35 (tiga puluh lima) tahun; (b) Hak Guna Bangunan dapat diberikan dengan jumlah 80 (delapan puluh) tahun dengan cara dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 50 (lima puluh) tahun dan dapat diperbarui selama 30 (tiga puluh) tahun; dan (c) Hak Pakai dapat diberikan dengan jumlah 70 (tujuh puluh) tahun dengan cara dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 45 (empat puluh lima) tahun dan dapat diperbarui selama 25 (dua puluh lima) tahun” adalah

bertentangan dengan Undang-Undang Dasar dan oleh karenanya harus dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat.

B. Karakteristik Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Menafsirkan Undang-Undang Dasar yang Berdimensi Hak Asasi Manusia

Penjelasan pada sub-bab ini berangkat dari pandangan bahwa putusan Mahkamah Konstitusi adalah hukum. Pandangan ini bermakna bahwa putusan Mahkamah Konstitusi bukan hanya dianggap sebagai putusan yang berlaku bagi para pihak yang mengajukan permohonan, tetapi juga berlaku secara umum dan mengikat bagi pihak lain termasuk negara. Berangkat dari pandangan di atas, sub-bab ini akan mencoba melihat karakteristik atau tipe hukum yang dikembangkan oleh Mahkamah Konstitusi melalui putusannya. Hasil akhir analisis ini diharapkan mampu melihat kecenderungan umum karakteristik atau tipe putusan Mahkamah Kontitusi.

Proses analisis akan dilakukan dengan menggunakan teori tentang tipe hukum dari Philippe Nonet dan Philip Selznick. Nonet dan Selznick mengatakan bahwa hukum dibagi menjadi tiga tipe yaitu hukum represif, hukum otonom dan hukum responsif. Teori ini sangat relevan untuk mengkaji putusan Mahkamah Konstitusi yang berdimensi hak asasi manusia karena teori tipe hukum berupaya membongkar karakter hukum dalam kaitannya dengan kekuasaan negara. Basis asumsi yang digunakan untuk membangun teori tersebut adalah bagaimana relasi antara hukum dan kekuasaan negara. Apakah hukum menjadi bagian dari kekuasaan negara, atau hukum bersikap independen atau justru hukum menjadi pengontrol kekuasaan negara. Basis asumsi yang lain dalam teori ini adalah bagaimana hukum mengkonstruksi posisi rakyat *vis a vis* kekuasaan nagara. Praksisnya adalah apakah

hukum memposisikan rakyat sebagai pihak yang hanya harus tunduk pada kekuasaan negara, atau rakyat tidak tunduk pada kekuasaan negara namun tunduk secara mutlak pada hukum, atau justru rakyat memiliki hak untuk ‘melawan’ kekuasaan negara dan hukum memfasilitasinya.

Pada dua kerangka itulah, teori ini sangat relevan dengan hukum. Hak asasi manusia adalah seperangkat ‘aturan moral’ dan ‘aturan hukum’ yang mengatur tentang bagaimana negara memperlakukan rakyatnya, atau dalam bahasa lain hak asasi manusia adalah aturan hukum yang mengatur relasi ideal antara negara dan rakyatnya. Sedangkan teori tentang karakteristik atau tipe hukum dari Nonet dan Selznick adalah perasan gagasan hasil penelitian tentang bagaimana hukum mengatur relasi antara negara (kekuasaan) dengan masyarakat, dan dalam kerangka yang lain berupa relasi antara hukum-politik-rakyat.

Secara umum, tipe hukum represif didefinisikan sebagai suatu kondisi di mana hukum tunduk atau menjadi bagian dari kekuasaan. Hukum adalah kepanjangan tangan dari kekuasaan. Hukum adalah alat kekuasaan untuk mempertahankan dirinya. Hukum adalah alat pemaksa bagi rakyat agar tunduk pada kekuasaan. Aparat penegak hukum adalah pembantu kekuasaan negara dan harus melaksanakan seluruh keinginan kekuasaan. Seluruh aparat dan rakyat terikat oleh ‘perspektif resmi’ yaitu perspektif yang muncul dan dianggap benar oleh kekuasaan. Perspektif resmi juga dimaknai sebagai perspektif dimana negara mengidentikkan kepentingannya dengan kepentingan rakyat atau dalam bahasa lain hukum memanipulasi kepentingan rakyat disesuaikan atau dijadikan legitimasi atas kepentingan kekuasaan. Hukum menutup peluang rakyat untuk mempertanyakan hukum maupun kekuasaan. Ketidakpatuhan rakyat kepada hukum dimaknai sebagai pemberontakan/pembangkangan.

Kriminalisasi adalah bentuk nyata bagaimana kekuasaan memaksa rakyat untuk tunduk padanya.

Berbeda dengan hukum represif, hukum otonom didefinisikan sebagai suatu situasi dimana hukum dan politik (kekuasaan) harus dipisah. Hukum otonom menghendaki agar kekuasaan harus dijalankan berdasarkan hukum dan bukan berdasarkan orang. Hukum adalah aturan yang independen dan mengatur kekuasaan. Hukum adalah prosedur. Kebenaran hukum dimaknai sebagai kesesuaian antara peristiwa dengan prosedur. Hukum otonom mengharapkan kepatuhan mutlak dari para 'pengikutnya'. Pemberontakan dianggap sebagai melawan prosedur dan merusak tatanan yang sudah mapan. Kemapanan hukum didefinisikan sesuai prosedur yang telah disepakati.

Pada pembahasan mengenai hukum represif dan hukum otonom, sesungguhnya sedang terjadi 'dilema tentang keterbukaan dan integritas' dalam hal relasi antara hukum dan kekuasaan. Dilema tersebut terjadi ketika hukum represif memposisikan hukum sebagai alat kekuasaan dan mengidentifikasi kepentingan kekuasaan sama dengan kepentingan publik, sedangkan hukum otonom melakukan hal yang sebaliknya yaitu memposisikan hukum sebagai suatu yang terpisah dari kekuasaan dan mengidentifikasi kepentingan hukum adalah sesuai prosedur yang ada. Hukum dalam teori hukum represif merupakan suatu institusi yang terbuka dari masuknya kekuasaan politik secara langsung. Hukum otonom bersikap sebaliknya yaitu menantang dan menutup peluang dirinya dimasuki politik dan aspek sosial lainnya. Hukum responsif datang sebagai sintesa tentang keduanya. Hukum responsif menginginkan agar hukum tidak menjadi bagian dari politik dan tunduk pada kekuasaan politik, namun juga tidak menutup pintu secara mutlak akan masuknya

kepentingan sosial lain yang lebih luas. Hukum responsif menawarkan konsep seleksi yang kritis dan bertanggungjawab atas masuknya unsur politik dan sosial. Hukum harus bisa membuka dirinya untuk menjadi lebih responsif atas kebutuhan soala masyarakat.

Secara praktis pemanfaatan teori tersebut sebagai alat analisis pada penelitian ini akan dibatasi menyangkut tiga indikator yaitu aspek legitimasi, aspek moralitas dan aspek politik hukum. Pemilihan tiga aspek tersebut didasari oleh pemikiran bahwa indikator itulah yang secara tegas dibangun atas asumsi relasi antara hukum dengan politik (kekuasaan) sebagaimana telah dijelaskan dalam konsep 'dilema keterbukaan dan integritas'. Tiga indikator ini diharapkan mampu menjelaskan bagaimana perspektif Mahkamah Konstitusi dalam memaknai relasi antara negara dan warga negara. Poin inilah yang menjadi penyambung antara teori Nonet-Selznick dan teori hak asasi manusia yang akan digunakan dalam analisis data ini. Berikut ini penjelasan singkat dari masing-masing indikator tersebut.

1. Legitimasi hukum represif terletak pada 'perspektif resmi' dan/atau disimbulkan dengan istilah 'perdamaian raja' (*kings peace*). Artinya, legitimasi hukum dalam kategori hukum represif diletakkan pada kekuasaan politik. Politik memanipulasi kemapanan dan/atau kohesi sosial 'yang kabur' sebagai alasan untuk mengatakan bahwa hukum sangat penting dan absah. Legitimasi hukum otonom didasarkan pada hak yang diberikan kepada sekelompok orang tertentu yang berwenang membuat hukum. Persetujuan sekelompok orang yang berhak ini menentukan keabsahan sebuah hukum. Singkatnya basis legitimasi hukum otonom adalah kewenangan yang telah diberikan kepada

seseorang atau sekelompok orang. Legitimasi hukum dalam kategori hukum otonom juga diletakkan dalam perspektif legalisme, yaitu sikap terlalu fokus pada peraturan dan mengabaikan aspek lain, seperti aspek sosial, politik, dan ekonomi, yang berkaitan. Hukum responsif meletakkan legitimasinya pada partisipasi publik. Partisipasi tidak hanya dimaknai dalam hal kepatuhan dan ketundukan namun juga dalam hal pembuatan dan interpretasi hukum. Hukum responsif '*memberikan kemampuan dan memfasilitasi*' publik untuk dapat terlibat dalam proses penyusunan hingga interpretasi hukum.

2. Moralitas hukum represif berupa moralitas pengawasan atau moralisme hukum. Otoritas pengawasan yang diberikan kepada pemilik dan/atau pemangku kekuasaan (penguasas resmi/raja) adalah merupakan jantung dari moralitas hukum represif. Hukum otonom menggunakan ukuran institusional yang berbasis pada prosedur untuk menilai moralitas. Sedangkan hukum responsif berdiri di atas moralitas rakyat berbasis kerjasama.
3. Politik hukum dari tipe hukum rerpresif adalah hukum tunduk pada kekuasaan. Hukum adalah tangan kekuasaan. Hukum ada untuk kekuasaan dan hukum dimaknai sebagai sarana untuk melegitimasi dan mendukung kekuasaan. Lebih jauh, bahkan hukum telah bersatu dengan kekuasaan, ahirnya terjadi '*subordinasi langsung*' institusi-institusi hukum terhadap elit-elit yang berkuasa. Hukum otonom meletakkan pemisahan institusional yang tegas antara hukum dan politik kekuasaan. Politik termasuk kebijakan politik di bidang hukum, harus dijalankan

sesuai prosedur hukum. Hukum memposisikan diri sebagai hal yang netral dari kepentingan politik kekuasaan. Sedangkan hukum responsif mengembangkan integrasi atau adaptasi yang selektif dan bertanggungjawab antara hukum dan politik.

Ketiga indikator tersebut akan digunakan untuk menganalisis putusan Mahkamah Konstitusi yang berdimensi hak asasi manusia, khususnya yang berkaitan dengan pertimbangan hukumnya. Penulisan akan dilakukan dengan memberikan analisis terhadap pertimbangan putusan secara urut terhadap masing-masing putusan.

(1) **Putusan tentang Pemberlakuan Hukum Secara Surut**

Putusan ini merupakan jawaban atas permohonan *judicial review* tentang berlakunya Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia yang memberikan legitimasi yuridis tentang pemberlakuan Undang-Undang ini secara surut. Pemohon mendalilkan bahwa Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 bertentangan dengan Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Pasal 43 ayat (1) UU No. 26 Tahun 2000 berbunyi:

Pelanggaran hak asasi manusia yang berat dan terjadi sebelum diundangkannya Undang-undang ini, diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM Ad Hoc.

Pasal 28I ayat (1) UUDNRI 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.*

Pembacaan terhadap pertimbangan putusan ini mengarah pada kuatnya argumen Majelis Hakim bahwa hukum harus dipahami sebagai sebuah otoritas yang netral berbasis pada logika prosedur peraturan perundang-undangan. Pada posisi ini, maka putusan ini dapat dikategorikan sebagai campuran antara **tipe hukum represif dan otonom**. Kesimpulan ini didasarkan pada beberapa pertimbangan majelis hakim di bawah ini.

Majelis hakim berpendapat bahwa keberadaan Undang-Undang Dasar 1945, Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia, Ketetapan MPR-RI Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia, dan Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia merupakan basis legitimasi paling kuat atas berdirinya pengadilan hak asasi manusia sebagaimana diamanatkan oleh Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000. Majelis Hakim juga berpijak pada otonomi hukum yang cukup kuat dengan menyatakan bahwa tujuan hukum adalah untuk otoritas dirinya. Atas pertimbangan legalitas aturan dan legalitas hukum, maka hukum bisa memutuskan apakah suatu hal dapat dibolehkan atau tidak. Akhirnya atas nama dirinya sendiri, hukum memutuskan bahwa penyimpangan terhadap asas non-retroaktif (*non-retractivity priciple*) dalam praktik pengadilan hak asasi manusia dapat dibenarkan. Hal ini dapat dilihat dalam pernyataan berikut:²¹⁰

“...ukuran untuk menentukan keseimbangan kepastian hukum dan keadilan, khususnya dalam menegakkan asas non-retroaktif harus dilakukan dengan mempertimbangkan tiga tugas/tujuan hukum yang senantiasa saling tarik-menarik (*spannungsverhältnis*) yaitu kepastian hukum (*rechtssicherheit*), keadilan hukum (*gerechtigkeit*), dan kebergunaan hukum (*zweckmassigkeit*). Dengan mempertimbangkan ketiga tujuan hukum tersebut secara seimbang maka pemberlakuan

²¹⁰ Putusan Nomor 065/PUU-II/2004, hlm. 52

hukum secara retroaktif yang terbatas, terutama terhadap kejahatan yang luar biasa (*extraordinary crimes*), secara hukum dapat dibenarkan”.

Majelis Hakim juga terlihat sangat mendukung legalitas prosedur mengenai pendirian pengadilan hak asasi manusia khususnya yang berkaitan dengan penyimpangan asas non-retroaktif. Prosedur yang dimaksud adalah bahwa pengesampingan asas non-retroaktif sebagaimana diatur Pasal 43 ayat (1) dimungkinkan selama dilakukan berdasarkan prosedur yang diatur dalam Pasal 43 ayat (2) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 yang menyatakan, “*Pengadilan HAM ad hoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden*”. Secara praksis, prosedur pendirian pengadilan *ad hoc* yang sekaligus penyimpangan terhadap asas non-retroaktif adalah berupa langkah hukum sebagai berikut:²¹¹

1. Pengadilan hak asasi manusia *ad hoc* hanya dapat dibuat untuk jenis peristiwa yang *locus delicti* dan *tempus delicti*-nya sesuai dengan Pasal 43 ayat (2);
2. Dugaan terjadinya pelanggaran berat hak asasi manusia harus dinilai dan disetujui oleh Dewan Perwakilan Rakyat.
3. Setelah Dewan Perwakilan Rakyat menyetujui dengan menyatakan bahwa benar telah terjadi pelanggaran berat hak asasi manusia, maka Presiden mengeluarkan Keputusan Presiden untuk mendirikan pengadilan hak asasi manusia *ad hoc*.

²¹¹ Putusan Nomor 065/PUU-II/2004, hlm. 57

Pada putusannya, Majelis berpandangan bahwa penerapan hukum secara surut tidaklah bertentangan dengan Konstitusi. Pada posisi ini, Majelis bersetuju dengan pandangan pemerintah sebagai pihak yang berkepentingan terhadap pendirian Pengadilan Hak Asasi Manusia yang diberi kewenangan untuk mengadili perkara yang terjadi sebelum disahkannya Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000. Persetujuan ini dilakukan oleh Majelis dengan meneguhkan Pasal 43 ayat (2) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 sebagai ketentuan yang tidak bertentangan dengan Konstitusi. Sebagaimana diketahui bahwa pendirian Pengadilan Hak Asasi Manusia khususnya akomodasi pendirian Pengadilan Hak Asasi Manusia *Ad Hoc* merupakan kepentingan pemerintah agar pihak-pihak (khususnya militer) yang diduga telah melakukan kejahatan kemanusiaan, khususnya yang terjadi di Timor Timur, tidak dibawa ke pengadilan internasional. Pasca jajak pendapat di Timor Timur pada tahun 1999, terungkap bahwa militer Indonesia telah banyak melakukan pelanggaran berat hak asasi manusia. Menyikapi persoalan tersebut, Perserikatan Bangsa-Bangsa kemudian menerbitkan Resolusi 1999/S-4/1. Pada pokoknya, Resolusi tersebut memerintahkan kepada Indonesia untuk menghormati hak asasi manusia warga Timor Timur. Resolusi juga memerintahkan kepada Sekretaris Jenderal Perserikatan Bangsa-Bangsa untuk menetapkan komisi penyelidik internasional yang terdiri dari pakar internasional dan pakar dari kawasan Asia untuk mengumpulkan seluruh informasi tentang pelanggaran hak asasi manusia yang terjadi. Sebelum Perserikatan Bangsa-Bangsa memutuskan untuk mendirikan pengadilan internasional *ad hoc*, pemerintah Indonesia mengajukan loby dengan mengatakan bahwa Indonesia akan segera mendirikan pengadilan

hak asasi manusia yang akan berwenang mengadili pelaku pelanggaran berat hak asasi manusia yang terjadi di Timor Timur. Pada poin ini, Pengadilan Hak Asasi Manusia di Indonesia dengan sengaja didirikan agar para terduga pelaku kejahatan kemanusiaan dapat diadili di dalam negeri dan tidak perlu menggunakan mekanisme internasional.²¹²

Berangkat dari dua pandangan Majelis mengenai legalitas prosedur dan bersetujunya Majelis dengan pemerintah, maka sesungguhnya telah terjadi pengesampingan atas norma universal dan tuntutan keadilan universal. Pengesampingan ini dapat dilakukan sepanjang dilakukan berdasarkan hukum dan sesuai dengan prosedur hukum yang ada. Majelis pada putusan ini mencoba menggabungkan antara pertimbangan prosedur hukum dan mengamini keinginan pemerintah. Maka putusan ini dapat dikategorikan putusan yang bertipe hukum otonom sekaligus represif.

(2) Putusan tentang Calon Perseorangan dalam Pemilihan Kepala Daerah

Putusan ini merupakan jawaban atas permohonan *judicial review* pemberlakuan Pasal 56 ayat (2), Pasal 59 ayat (1), ayat (3), ayat (4), ayat (5) huruf a, ayat (5) huruf c, ayat (6) dan Pasal 60 ayat (2), ayat (3), ayat (4) dan ayat (5) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah terhadap Pasal 18 ayat (4), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1) dan ayat (3), dan Pasal 28I ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Penelitian ini akan difokuskan pada dimensi hak asasi manusia pada perkara ini, yaitu permohonan *judicial review* Pasal 56 ayat (2) dan Pasal

²¹² Suparman Marzuki, *Robohnya ..., op. cit.*, hlm. 127

59 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 terhadap Pasal 28D ayat (1) dan ayat (3), dan Pasal 28I ayat (2). Pasal-pasal tersebut adalah sebagai berikut:

Pasal 56 ayat (2):

Pasangan calon sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diajukan oleh partai politik atau gabungan partai politik.

Pasal 59 ayat (1):

Peserta pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah adalah pasangan calon yang diusulkan secara berpasangan oleh partai politik atau gabungan partai politik.

Dua Pasal tersebut dianggap bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) dan ayat (3), dan Pasal 28I ayat (2) yang berbunyi:

Pasal 28D ayat (1):

Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.

Pasal 28D ayat (3):

Setiap warga negara berhak memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan.

Pasal 28I ayat (2):

Setiap orang berhak bebas atas perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apapun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu.

Setelah membaca pertimbangan putusan, nampak putusan Mahkamah Konstitusi dalam perkara ini dapat dikategorikan sebagai **hukum otonom**. Putusan ini mendalilkan pertimbangannya kepada legalitas aturan yang telah disusun dan disahkan sebelumnya. Mahkamah Konstitusi mengabulkan permohonan pemohon agar calon perseorangan dapat mendaftar sebagai calon kepala daerah, sesungguhnya bukan didasarkan pada tuntutan publik, tetapi lebih karena praktik ketatanegaraan di Indonesia telah memungkinkan masuknya calon perseorangan pada pemilihan kepala daerah. Pernyataan ini

merujuk kepada pemberlakuan hukum pada Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintah Aceh. Pasal 63 ayat (1) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 dengan tegas mengatakan bahwa: *Pasangan calon Gubernur/Wakil Gubernur, bupati/wakil bupati, dan wali kota/wakil walikota sebagaimana dimaksud dalam Pasal 65 Ayat (1) diajukan oleh:*

- a. partai politik atau gabungan partai politik;*
- b. partai politik lokal atau gabungan partai politik lokal ;*
- c. gabungan partai politik dan partai politik lokal; dan/atau*
- d. perseorangan.*

Majelis hakim membangun argumen bahwa jika Undang-Undang tentang Pemerintahan Daerah, khususnya menyangkut aturan tentang persyaratan calon kepala daerah, dimaknai secara kaku bahwa hanya calon yang mendapatkan dukungan partai politik dan/atau gabungan partai politik yang dibolehkan mendaftar sebagai calon kepala daerah dan menutup peluang calon perseorangan, maka hal ini dapat memunculkan diskriminasi sebagaimana diatur dan dilarang dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Secara lengkap bunyi pertimbangan putusan hakim tersebut adalah sebagai berikut:²¹³

“... berdasarkan uraian di atas, Mahkamah berpendapat pencalonan kepala daerah dan wakil kepala daerah secara perseorangan di luar Provinsi Nanggroe Aceh Darusalam haruslah dibuka agar tidak terdapat adanya dualisme dalam melaksanakan ketentuan Pasal 18 Ayat (4) UUD 1945 karena adanya dualisme tersebut dapat menimbulkan terlanggarnya hak warga negara yang dijamin oleh Pasal 28D Ayat (1) dan Ayat (3) UUD 1945’.

²¹³ Putusan Nomor 5/PUU-V/2007, hlm. 57

Putusan ini juga sangat kuat memberikan penekanan pada prosedur keabsahan hukum. Individu sebagai perseorangan, tanpa dukungan dari partai politik dan/atau gabungan partai politik, dibolehkan mendaftarkan diri sebagai calon kepala daerah dengan syarat mendapatkan dukungan langsung dari masyarakat secara demokratis dan transparan. Mahkamah Konstitusi mengusulkan agar Pasal 59 ayat (3) Undang-Undang tentang Pemerintahan Daerah berbunyi *"Membuka kesempatan bagi bakal calon perseorangan yang memenuhi syarat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 58 melalui mekanisme yang demokratis dan transparan."*

Selain mengacu pada mekanisme yang demokratis dan transparan, majelis hakim memberikan persyaratan lain yaitu dukungan langsung dari masyarakat yaitu sejumlah 3% dengan mengacu pada Pasal 68 ayat (1) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh yang berbunyi:

"... sekurang-kurangnya 3% (tiga persen) dari jumlah penduduk yang tersebar di sekurang-kurangnya 50% (lima puluh persen) dari jumlah kabupaten/kota untuk pemilihan Gubernur/Wakil Gubernur dan 50% (lima puluh persen) dari jumlah kecamatan untuk pemilihan bupati/wakil bupati atau walikota/wakil walikota".

Penjelasan di atas memperkuat bahwa putusan ini masuk kategori hukum otonom. Dua hal penting yang menjadi dasar kesimpulan tersebut adalah bahwa putusan ini memposisikan undang-undang (hukum) sebagai basis legitimasinya dan memberikan penekanan yang besar terhadap terpenuhinya prosedur yang telah ditetapkan.

(3) Putusan tentang Hukuman Mati

Putusan ini merupakan jawaban atas permohonan *judicial review* pemberlakuan 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, Pasal 82 ayat (3) huruf a Undang-Undang Nomor Nomor 22 Tahun 1997 tentang Narkotika terhadap terhadap Pasal 28A dan Pasal 28J ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945.

Beberapa Pasal dalam Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1997 tersebut berbunyi:

Pasal 80 ayat (1) huruf a:

*Barang siapa tanpa hak dan melawan hukum memproduksi, mengolah, mengekstraksi, mengkonversi, merakit atau menyediakan narkotika Golongan I, dipidana dengan **pidana mati**.*

Pasal 80 ayat (2) huruf a:

*Apabila tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) huruf a didahului dengan permufakatan jahat, dipidana dengan **pidana mati**.*

Pasal 80 ayat (3) huruf a:

*Apabila tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) huruf a dilakukan secara terorganisasi, dipidana dengan **pidana mati**.*

Pasal 81 ayat (3) huruf a:

*Apabila tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) huruf a dilakukan secara terorganisasi, dipidana dengan **pidana mati**.*

Pasal 82 ayat (1) huruf a:

*Barang siapa tanpa hak dan melawan hukum mengimpor, mengekspor, menawarkan untuk dijual, menyalurkan, menjual, membeli, menyerahkan, menerima, menjadi perantara dalam jual beli, atau menukar narkotika Golongan I, dipidana dengan **pidana mati**.*

Pasal 82 ayat (2) huruf a:

*Apabila tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) didahului dengan permufakatan jahat, maka terhadap tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam: ayat (1) huruf a, dipidana dengan **pidana mati**.*

Pasal 82 ayat (3) huruf a:

*Apabila tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) huruf a dilakukan secara terorganisasi, dipidana dengan **pidana mati**.*

Pasal-Pasal di atas dianggap bertentangan dengan beberapa Pasal dalam

Undang-Undang Dasar antara lain:

Pasal 28A:

Setiap orang berhak untuk hidup serta berhak mempertahankan hidup dan kehidupannya.

Pasal 28I ayat (1):

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.**

Putusan ini termasuk putusan yang cukup kontroversial dan menimbulkan perbincangan yang cukup luas di masyarakat. Kontroversialitas tersebut didorong oleh beberapa hal antara lain: *pertama*, telah ramainya pembicaraan tentang hukuman mati jauh sebelum perkara ini diputus; *kedua*, hukuman mati termasuk tema diskusi yang memiliki nilai internasional yang tinggi; dan *ketiga*, besarnya arus desakan penghapusan hukuman mati di dunia.

Terdapat dua aspek yang penting dalam putusan ini yaitu *pertama*, legalitas warga negara asing menjadi pemohon dalam proses uji materiil di Mahkamah Konsitusi; dan *kedua*, terkait konstitusionalitas hukuman mati. Pada bagian ini, analisis akan dilakukan untuk menguji karakteristik hukum seperti apa yang muncul dari putusan ini. Analisis akan dilakukan tidak pada substansi kedua aspek tersebut, namun dengan melihat bagaimana Mahkamah Konstitusi memberikan legitimasi akan logika hukum yang dibangun.²¹⁴

²¹⁴ Analisis substantif atas dua aspek tersebut dengan menggunakan perspektif hak asasi manusia akan dilakukan pada bagian lain sub bab ini.

Setelah dilakukan pembacaan secara lengkap terhadap putusan tersebut, terlihat bahwa putusan ini berkarakter **hukum otonom**. Kesimpulan ini diambil dari adanya dua pertimbangan utama yang mengunci seluruh perdebatan dalam kasus ini. Dua pertimbangan tersebut seluruhnya menempatkan legitimasi logika hukum yang dibangun majelis hakim pada legalitas hukum.

Pertama, persoalan legalitas warga negara asing sebagai pemohon dikunci dengan sangat sederhana, tanpa melakukan analisis lebih jauh, dengan Pasal 51 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Pasal tersebut mengatur bahwa 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;
- d. Lembaga negara.

Berdasarkan Pasal tersebut, Mahkamah Konstitusi berpandangan bahwa pihak yang dapat menjadi pemohon adalah Warga Negara Indonesia. Warga negara asing walaupun dirugikan atas berlakunya sebuah undang-undang tidak memiliki *legal standing* untuk menjadi pemohon di Mahkamah Konstitusi.

Kedua, berkaitan dengan legalitas hukuman mati sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1997 tentang Narkotika, Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa undang-undang tersebut merupakan perintah

dari kesepakatan hukum internasional yang ada. Mahkamah Konstitusi mengacu pada konsideran ‘Mengingat’ dalam Undang-Undang tentang Narkotika yang menyebutkan bahwa Undang-Undang tersebut merupakan implementasi kewajiban hukum internasional Konvensi Narkotika dan Psikotropika. Kewajiban dimaksud adalah sebagaimana diatur dalam Pasal 3 ayat (6) Konvensi yang menyatakan, *“The Parties shall endeavor to ensure that any discretionary legal power under their domestic law relating to the prosecution of persons for offences in accordance with this article are exercised to maximize the effectiveness of law enforcement measures in respect of those offences, and with due regard to the need to deter the commission of such offences”*.

Seluruh perdebatan tentang legalitas hukuman mati dari sisi filsafat hukum, tujuan hukum, aspek sosiologis dari hukum dan dimensi keadilan dari hukum dikunci dengan merujuk pada ketentuan konsideran di atas. Hal ini menunjukkan bahwa Mahkamah Konstitusi memposisikan *legalisme* sebagai legitimasi tertinggi dari logika hukum yang dibangun.

Berbeda dengan kebanyakan hakim, Maruarar Siahaan berpendapat bahwa selayaknya Mahkamah Konstitusi tidak hanya mendasari pertimbangan dari aspek legal saja tetapi juga menggunakan penafsiran semantik dan tuntutan publik yang luas. Penafsiran semantik dimaksud adalah mencoba membenturkan ketentuan Pasal 51 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 dengan klausula ‘setiap orang’ yang digunakan dalam Pasal 28A-28J Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945. Klausula ‘setiap orang’ dapat ditafsirkan bahwa setiap orang, tanpa melihat status kewarganegaraannya,

berhak atas hak untuk hidup. Pada konteks ini, siapapun dia, termasuk warga negara asing dapat diberi *legal standing* untuk memperjuangkan haknya untuk hidup di Mahkamah Konstitusi. Tuntutan publik, termasuk dari komunitas internasional, selayaknya dijadikan argumen untuk mendasari putusan. Akhirnya, Maruarar Siahaan berpendapat bahwa seharusnya warga negara asing diakui memiliki *legal standing* untuk berperkara di Mahkamah Konstitusi menyangkut hak-hak universal yang diatur dalam Pasal 28 UUDNRI 1945 dan hukuman mati harus dinyatakan bertentangan dengan UUDNRI 1945.

(4) Putusan tentang Undang-Undang Pencegahan Penodaan Agama

Putusan ini merupakan respon atas permohonan *judicial review* pemberlakuan Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1/PNPS/1965 tentang Pencegahan Penodaan Agama terhadap terhadap Pasal 28A dan Pasal 28E ayat (1) dan (2), Pasal 28I ayat (1), dan Pasal 29 ayat (2) 28J ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945.

Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1/PNPS/1965 tentang Pencegahan Penodaan Agama tersebut berbunyi:

"Setiap orang dilarang dengan sengaja di muka umum menceritakan, menganjurkan atau mengusahakan dukungan umum, untuk melakukan penafsiran tentang sesuatu agama yang dianut di Indonesia atau melakukan kegiatan-kegiatan keagamaan yang menyerupai kegiatan kegiatan agama itu, penafsiran dan kegiatan mana menyimpang dari pokok-pokok ajaran dari agama itu.

Pasal di atas dianggap bertentangan dengan Pasal 28E ayat (1) dan (2), Pasal 28I ayat (1) dan Pasal 29 ayat (2) Undang-Undang Dasar sebagai berikut:

Pasal 28E ayat (1) dan (2):

- (1) *Setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya, memilih pendidikan dan pengajaran, memilih pekerjaan, memilih kewarganegaraan, memilih tempat tinggal diwilayah negara dan meninggalkannya, serta berhak kembali.*
- (2) *Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini keyakinan, menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya.*

Pasal 28I ayat (1):

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 apa pun.

Pasal 29 ayat (2):

Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan keyakinannya itu.

Pasal 2 ayat (1):

Barang siapa melanggar ketentuan tersebut dalam Pasal 1 diberi perintah dan peringatan keras untuk menghentikan perbuatannya itu di dalam suatu keputusan bersama Menteri Agama, Menteri/Jaksa Agung dan Menteri Dalam Negeri.

Pasal 2 ayat (2):

Apabila pelanggaran tersebut dalam ayat (1) dilakukan oleh organisasi atau sesuatu aliran kepercayaan, maka Presiden Republik Indonesia dapat membubarkan organisasi itu dan menyatakan organisasi atau aliran tersebut sebagai organisasi/aliran terlarang, satu dan lain setelah Presiden mendapat pertimbangan dari Menteri Agama, Menteri/Jaksa Agung dan Menteri Dalam Negeri.

Pasal 3:

Apabila, setelah dilakukan tindakan oleh Menteri Agama bersama-sama Menteri/Jaksa Agung dan Menteri Dalam Negeri atau oleh Presiden Republik Indonesia menurut ketentuan dalam Pasal 2 terhadap orang, organisasi atau aliran kepercayaan, mereka masih terus melanggar ketentuan Pasal 1, maka orang, penganut, anggota dan/atau anggota pengurus organisasi yang bersangkutan dari aliran itu dipidana penjara selama-lamanya lima tahun.

Putusan ini diambil dalam suasana yang sangat panas karena isu yang menyangkut agama adalah isu yang terhangat bahkan terpanas di Indonesia.

Masyarakat Indonesia dapat dengan mudah terprovokasi bahkan siap untuk perang ketika ada isu-isu yang menyangkut agama. Pada saat persidangan permohonan ini, gedung Mahkamah Konstitusi selalu ramai dihadiri oleh demonstran atas nama kelompok agama tertentu yang siap perang dan secara terbuka mengecam nama-nama tokoh tertentu sebagai ‘kafir’ dan layak untuk ‘dibunuh’. Situasi ini dideskripsikan sebagai pesan bahwa perkara ini memiliki nilai kontroversi yang sangat tinggi.

Setelah melalui sidang yang cukup panjang dan hangat, majelis hakim bersepakat untuk menolak permohonan para pemohon. Dilihat dari pertimbangannya, putusan ini termasuk putusan yang memadukan antara kategori **hukum otonom dan hukum represif**. Kesimpulan ini minimal dapat diambil dari 3 (tiga) hal antara lain: *pertama*, bagaimana majelis hakim mempersepsikan legitimasi hukum; *kedua*, bagaimana majelis merespon kesaksian dan tuntutan pihak yang telah/sedang/akan dirugikan dengan berlakunya Pasal yang diujikan; dan *ketiga*, bagaimana majelis hakim bersetuju dengan kepentingan politik pemerintah.

Majelis hakim terlihat meletakkan legitimasi logika hukumnya pada filsafat dan ketentuan positif yang dianut dalam Undang-Undang. Majelis merujuk pada beberapa ketentuan dalam UUDNRI yang menyatakan bahwa Indonesia berdasarkan ke-Tuhan-an untuk menyatakan bahwa Indonesia adalah bukan negara sekuler tetapi negara yang menghormati agama dan ke-Tuhan-an. Majelis merujuk pembukaan alinea ketiga yang menyatakan “*Atas berkat rahmat Allah Yang Maha Kuasa ...*”, pembukaan alinea keempat yang menyatakan “*... berdasar kepada Ketuhanan Yang Maha Esa...*”, Pasal 9 ayat

(1) yang menyatakan “... *Presiden dan Wakil Presiden bersumpah menurut agama, atau berjanji...*”, Pasal 28E ayat (1) yang menyatakan “*Setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya...*”, Pasal 28E ayat (2) yang menyatakan “*Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan...*”, Pasal 28I ayat (1) yang menyatakan, “... *hak beragama...*”, Pasal 28J ayat (2) yang menyatakan “... *nilai-nilai agama...*”, Pasal 29 ayat (1) yang menyatakan “*Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa*”, Pasal 29 ayat (2) yang menyatakan “*Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing...*”, Pasal 31 ayat (3) yang menyatakan “... *meningkatkan keimanan dan ketakwaan serta akhlak mulia...*”.

Beberapa Pasal di atas menjadi kunci dari seluruh pembicaraan mengenai permohonan pengujian Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1/PNPS/1965 tentang Pencegahan Penodaan Agama terhadap Pasal yang mengatur tentang hak atas kebebasan beragama. Berbeda dengan para pemohon, majelis hakim menafsirkan bahwa keberadaan agama adalah sangat penting dan telah dilindungi secara konstitusional dengan Pasal-pasal di atas. Majelis justru berpendapat bahwa keberadaan Undang-Undang Nomor 1/PNPS/1965 merupakan implementasi dari prinsip perlindungan agama. Walaupun Undang-Undang Nomor 1/PNPS/1965 disahkan sebelum perubahan Undang-Undang Dasar, namun dapat dikatakan bahwa Undang-Undang Nomor 1/PNPS/1965 telah sejalan dengan ide perlindungan kebebasan beragama di Indonesia.

Mejelis hakim juga terlihat sangat menghormati prosedur hukum sebagaimana terlihat dari pertimbangan berikut:²¹⁵

Bahwa ahli Pemohon MM Billah menyatakan jika terdapat isi dari UUD 1945 yang tidak sejalan dengan konvensi internasional maka UUD 1945 tersebut harus diperbaiki. Mahkamah berpendapat bahwa masalah akan memperbaiki atau mengubah isi UUD 1945 adalah sepenuhnya wewenang MPR. Mahkamah hanya berwenang menguji isi Undang-Undang terhadap UUD 1945 dan tidak boleh menguji UUD 1945 itu sendiri. Oleh sebab itu Mahkamah tidak dapat merespons pandangan atau pendapat Ahli MM Billah untuk mempersoalkan isi UUD 1945 karena hal itu bukan kewenangan Mahkamah;

Pertimbangan tersebut memperlihatkan bagaimana majelis hakim memposisikan prosedur hukum sebagai jantung dari keabsahan dan kebolehan melakukan tindakan penafsiran hukum. Majelis berpendapat bahwa secara prosedural Mahkamah Konstitusi tidak memiliki kewenangan untuk melakukan pengujian Undang-Undang Dasar. Pada posisi ini majelis memberikan jawaban prosedural, namun Majelis tidak memberikan jawaban atas pertanyaan ‘bagaimana jika ketentuan UUD bertentangan dengan konvensi internasional? Majelis tidak memberikan pendapat hukum atas persoalan tersebut.

Majelis hakim juga memposisikan hukum sebagai sumber otoritas. Menurut majelis hakim, hukum memberikan otoritas kepada negara untuk menggunakan paksaan (*coercive*) dalam rangka menjalankan hukum. Nalar ini terlihat pada pertimbangan berikut:²¹⁶

Menimbang bahwa terhadap dalil para Pemohon mengenai klausul “*perintah dan peringatan keras*” sebagai bentuk paksaan (*coercion*) yang melanggar HAM, menurut Mahkamah adalah tidak tepat. Hal ini disebabkan, negara memang memiliki fungsi sebagai pengendali sosial dan diberikan otoritas berdasarkan mandat dari rakyat dan konstitusi untuk mengatur kehidupan bermasyarakat sesuai dengan UUD 1945.

²¹⁵ Putusan Nomor 140/PUU-VII/2009, hlm. 293

²¹⁶ *Ibid.*, hlm. 297

Majelis hakim juga terlihat memberikan porsi yang lebih besar kepada kesaksian yang berasal dari kalangan pemerintah. Majelis memberikan kesempatan yang cukup besar kepada aparaturnegara dan perwakilan dari institusi keagamaan bentukan pemerintah. Pada sisi yang lain, majelis hakim sangat sedikit menerima kesaksian dari kelompok agama *non-mainstream*.

Pada kesempatan yang lain, majelis hakim mencoba untuk meyakinkan bahwa putusannya ini berkarakter responsif. Usaha ini dilakukan ketika menjawab pendapat Soetandyo Wignyosoebroto sebagai saksi yang diajukan pihak pemohon. Soetandyo menyatakan bahwa keberadaan Undang-Undang Nomor 1/PNPS/1965 hanya mendemonstrasikan ide perundang-undangan sebagai hukum yang represif, yang hanya bisa tegak apabila dilaksanakan bersama tindakan-tindakan fungsional yang keras dan kadang-kadang diskriminatif terhadap mereka yang berbeda dan dituduh menyimpang.²¹⁷

Menjawab pendapat Soetandyo tersebut, majelis berpendapat:

... dilihat dari hukum pidana ada tiga hal yang harus dilindungi, yaitu (i) kepentingan individu (*individuele belangen*); (ii) kepentingan sosial/masyarakat (*sociale belangen*); dan (iii) kepentingan negara (*staatsbelangen*). Dengan demikian, UU Pencegahan Penodaan Agama sudah tepat karena dibuat untuk melindungi tiga kepentingan tersebut, termasuk kepentingan para Pemohon. Selain hal tersebut di atas, secara sosiologis UU Pencegahan Penodaan Agama adalah justru bersifat responsif karena memenuhi rasa keadilan di tengah masyarakat sesuai dengan tingkat sensitivitas dalam sikap keberagaman masyarakat Indonesia yang sangat tinggi. Bertemunya kepentingan hukum pidana dan kenyataan sosiologis ini menunjukkan bahwa UU Pencegahan Penodaan Agama masih dibutuhkan sebagai prevensi umum (*general prevention*).

Terhadap perdebatan ini penulis berpendapat bahwa klaim majelis hakim bahwa putusan ini berkarakter responsif karena telah memenuhi rasa keadilan

²¹⁷ *Ibid.*, hlm. 298

dan tuntutan sensitifitas keberagaman masyarakat perlu dikaji ulang. Majelis, dalam pertimbangannya, lebih banyak mendengar kesaksian dari perwakilan agama-agama yang diakui oleh pemerintah yaitu Islam, Kristen, Katholik, Hindu, Budha dan Kong Hu Chu. Majelis terlihat tidak memberikan respon yang cukup atas kesaksian korban dan penganut agama dan/atau kepercayaan di luar enam agama *main stream*, padahal mereka mengatakan telah menjadi korban atas pemberlakuan Undang-Undang Nomor 1/PNPS/1965 seperti Arswendo Atmowiloto dan Sardy.

Arswendo dijatuhi hukuman penjara karena mengadakan poling tentang idola di mana dalam opsi pilihannya, Arswendo meletakkan Nabi Muhammad disandingkan dengan tokoh-tokoh lain yang bukan nabi. Tindakan Arswendo ini dianggap menodai ajaran Islam, sehingga Ia dijatuhi hukuman 5 tahun penjara. Arswendo, pada saat itu bahkan menyatakan Ia baru tahu bahwa membandingkan Nabi Muhammad dengan manusia lain adalah termasuk 'menodai agama'.²¹⁸ Saksi Sardy menjadi korban diskriminasi ketika hendak mendaftar sebagai anggota Angkatan Bersenjata Republik Indonesia (sekarang TNI) namun gagal karena ditolak ketika mengurus Surat Kelakuan Baik. Penolakan itu didasari karena Sardy mengaku sebagai penganut penghayat aliran kepercayaan kepada Tuhan Yang Maha Esa.²¹⁹

Dua orang saksi di atas mungkin dianggap sebagai terlalu sedikit jika dibandingkan dengan penganut enam agama yang diakui, namun dua orang tersebut dapat diposisikan sebagai representasi atas banyaknya manusia yang pernah/telah/sedang/akan menjadi korban dari multitafsir Pasal 1 Undang-

²¹⁸ *Ibid.*, hlm. 87

²¹⁹ *Ibid.*, hlm. 88

Undang Nomor 1/PNPS/1965. Majelis juga terlihat kurang memberi perhatian pada data faktis penyimpangan penafsiran atas Pasal tersebut yang telah menyebabkan banyak orang menjadi korban. Pasal tersebut rentan ditafsirkan secara sepihak oleh pihak yang memiliki kekuasaan demi kepentingan politiknya. Jika dilihat dari perspektif hak asasi manusia, pandangan tersebut jelas tidak tepat, karena hak asasi manusia mengusung perlakuan yang sama kepada setiap individu manusia, walaupun hanya satu orang. Hak asasi manusia mendorong penghormatan martabat manusia sebagai individu, artinya satu orang adalah manusia yang tidak boleh dilanggar hak dan kebebasannya sebagai manusia.

(5) Putusan tentang Hak Pemilih yang Tidak Terdaftar

Putusan ini diambil sebagai respon atas permohonan pengujian Pasal 20 Undang-Undang Nomor 10 tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD; Pasal 28 dan Pasal 111 ayat (1) Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden terhadap Pasal 27 ayat (1) dan Pasal 28D ayat (1) dan (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945.

Pasal 20 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 berbunyi:
Untuk dapat menggunakan hak memilih, warga negara Indonesia harus terdaftar sebagai pemilih.

Pasal 28 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 berbunyi:
Untuk dapat menggunakan hak memilih, Warga Negara Indonesia sebagaimana dimaksud dalam Pasal 27 harus terdaftar sebagai Pemilih.

Pasal 111 ayat (1) Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 berbunyi:
Pemilih yang berhak mengikuti pemungutan suara di TPS meliputi:
a. Pemilih yang terdaftar pada Daftar Pemilih Tetap pada TPS yang bersangkutan; dan

b. *Pemilih yang terdaftar pada Daftar Pemilih Tambahan.*

Beberapa Pasal di atas dianggap oleh para pemohon bertentangan dengan beberapa Pasal dalam UUDNRI 1945 antara lain:

Pasal 27 ayat (1):

Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya.

Pasal 28D ayat (1):

Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.

Pasal 28D ayat (3):

Setiap warga negara berhak memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan.

Putusan ini termasuk putusan yang paling aplikatif dari sekian banyak putusan Mahkamah Konstitusi. Putusan ini diambil dengan suara bulat, artinya tidak ada satu orangpun yang menyatakan pendapat yang berbeda (*dissenting opinion*). Setelah melakukan pembacaan terhadap pertimbangan putusan, penulis berpendapat bahwa putusan ini dapat dikategorikan sebagai **hukum responsif**. Responsifitas itu terlihat dari beberapa hal antara lain:

Pertama, majelis hakim meletakkan legitimasi putusan pada aspek sosiologis dan aspirasi publik yang cukup kuat dan genting. Majelis hakim berpendapat harus dilakukan terobosan hukum agar aspirasi publik berupa potensi hilang dan tercabutnya hak warga negara untuk memilih karena tidak tercantum dalam Daftar Pemilih Tetap segera teratasi. Majelis secara filosofis menyatakan bahwa:²²⁰

²²⁰ Putusan Nomor 102/PUU-VII/2009, hlm. 18

Mahkamah diwajibkan menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Hal ini dimaksudkan agar putusan hakim sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat.

Kedua, majelis hakim meninggalkan dimensi prosedural hukum. Majelis melakukan terobosan hukum dengan cara memperpendek proses pemeriksaan agar putusan segera terbit dan persoalan riil berupa potensi tercabut dan telanggarnya hak warga negara untuk memilih Presiden dan Wakil Presiden segera teratasi. Bahkan majelis juga menyatakan bahwa putusannya harus dilaksanakan segera karena putusan ini disusun dengan daya eksekusi langsung (*self executing*). Di dalam memeriksa perkara ini, majelis berpendapat tidak perlu mengundang Dewan Perwakilan Rakyat dan/atau Pemerintah sebagai penyusun Undang-Undang. Majelis hakim berpendapat bahwa:²²¹

... demi keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan hukum, Mahkamah memutuskan dalam Putusan yang bersifat *self executing* yang langsung dapat diterapkan oleh KPU tanpa memerlukan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu) guna melindungi, menjamin, dan memenuhi hak konstitusional warga negara untuk menggunakan hak pilihnya.

Majelis hakim juga terlihat ingin mendorong terciptanya keadilan substantif dan bukan keadilan hukum atau keadilan prosedural. Majelis berpendapat bahwa pencantuman dalam Daftar Pemilih Tetap hanyalah urusan administratif prosedural, dan urusan administratif prosedural tersebut tidak boleh menegasikan hak yang lebih fundamental yang diakui dalam Konstitusi yaitu hak untuk memilih (*right to vote*). Pandangan tersebut terlihat dari pernyataan berikut:²²²

²²¹ *Ibid.*, hlm. 16

²²² *Ibid.*

... bahwa ketentuan yang mengharuskan seorang warga negara terdaftar sebagai pemilih dalam Daftar Pemilih Tetap (DPT) lebih merupakan prosedur administratif dan tidak boleh menegasikan hal-hal yang bersifat substansial yaitu hak warga negara untuk memilih (*right to vote*) dalam pemilihan umum. Oleh karena itu, Mahkamah berpendapat diperlukan adanya solusi untuk melengkapi DPT yang sudah ada sehingga penggunaan hak pilih warga negara tidak terhalangi.

Lebih jauh majelis pada ahir putusannya memerintahkan kepada Komisi Pemilihan Umum untuk segera menyusun sebuah peraturan teknis agar putusan ini dapat dilaksanakan. Peraturan teknis yang dimaksud adalah peraturan yang memungkinkan warga negara yang namanya tidak tercantum di dalam Daftar Pemilih Tetap dapat menggunakan hak pilihnya dengan menunjukkan Kartu Tanda Penduduk (KTP) dilengkapi dengan Kartu Keluarga (KK) bagi warga negara Indonesia yang berada di dalam negeri, dan menunjukkan Paspor bagi warga negara Indonesia yang sedang berada di luar negeri pada saat pemungutan suara dilaksanakan.²²³

Majelis hakim terlihat ingin membuat sebuah putusan hukum yang jelas, tegas, aplikatif dan menutup peluang terjadinya berbagai penafsiran demi mencapai keadilan substantif dan responsif terhadap kebutuhan masyarakat.

(6) Putusan tentang Sistem Pendidikan Nasional

Putusan ini merupakan jawaban atas pengajuan *judicial review* Pasal 17 ayat (1), dan ayat (2) dan penjelasan Pasal 49 ayat (1) Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional terhadap Pasal 27 ayat (2), Pasal 28D ayat (2), Pasal 28H ayat (1) dan ayat (3) dan Pasal 31 Undang-

²²³ *Ibid.*, hlm. 18

Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Ketentuan pasal-pasal tersebut adalah sebagai berikut:

Pasal 17 ayat (1) UU No. 20 Tahun 2003:
Pendidikan dasar merupakan jenjang pendidikan yang melandasi jenjang pendidikan menengah.

Pasal 17 ayat (2) UU No. 20 Tahun 2003:
Pendidikan dasar berbentuk sekolah dasar dan Madrasah Ibtidaiyah atau bentuk lain yang sederajat serta sekolah menengah pertama dan Madrasah Tsanawiyah atau bentuk lain yang sederajat.

Pasal 49 ayat (1) UU No. 20 Tahun 2003:
Dana pendidikan selain gaji pendidik dan biaya pendidikan kedinasan dialokasikan minimal 20% dari APBN pada sektor pendidikan dan minimal 20% dari APBD.

Penjelasan 49 ayat (1) UU No. 20 Tahun 2003:
Pemenuhan pendanaan pendidikan dapat dilakukan secara bertahap.
Beberapa Pasal di atas dianggap bertentangan dengan Pasal 27 ayat (2),

Pasal 28D ayat (2), Pasal 28H ayat (1) dan ayat (3) dan Pasal 31 Undang-

Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang berbunyi:

Pasal 27 ayat (2):
Tiap-tiap warga negara berhak atas pekerjaan dan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan.

Pasal 28D ayat (2):
Setiap orang berhak untuk bekerja serta mendapat imbalan dan perlakuan yang adil dan layak dalam hubungan kerja.

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

Pasal 28H ayat (3):
Setiap orang berhak atas jaminan sosial yang memungkinkan pengembangan dirinya secara utuh sebagai manusia yang bermartabat.

Pasal 31

1. *Setiap warga negara berhak mendapatkan pendidikan;*
2. *Setiap warga negara wajib mengikuti pendidikan dasar dan Pemerintah wajib membiayainya;*

3. *Pemerintah mengusahakan dan menyelenggarakan satu sistem pendidikan nasional, yang meningkatkan keimanan dan ketaqwaan serta akhlak mulia dalam rangka mencerdaskan kehidupan bangsa, yang diatur dengan undang-undang;*
4. *Negara memprioritaskan anggaran pendidikan sekurang-kurangnya dua puluh persen dari APBN serta dari APBD untuk memenuhi kebutuhan penyelenggaraan pendidikan nasional;*
5. *Pemerintah memajukan ilmu pengetahuan dan teknologi dengan menjunjung tinggi nilai-nilai agama dan persatuan bangsa untuk kemajuan peradaban serta kesejahteraan umat manusia.*

Putusan ini termasuk putusan yang sangat sederhana. Kesederhanaan itu terlihat dari dua aspek (a) aspek teknis menyangkut jumlah pertimbangan majelis hakim menyangkut pokok perkara yang hanya 6 (enam) halaman, dan (b) aspek pertimbangan yang sangat positif dengan hanya didasarkan pada penafsiran gramatikal semata. Putusan ini termasuk berkarakter **hukum otonom**. Penjelasan mengenai kesimpulan karakter hukum otonom akan dicoba dikaitkan dengan sederhananya proses pembuktian pada bagian pertimbangan putusan.

Majelis hakim menggunakan ketentuan undang-undang sebagai legitimasi utama pertimbangannya. Hal ini terlihat pada upaya hakim menjawab persoalan konstitusionalitas Pasal 17 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Sisdiknas dengan mengacu secara gramatikal kepada Pasal 31 ayat (1) UUDNRI 1945. Majelis terlihat menyederhanakan dalil pemohon dan tidak memberikan penafsiran mendalam tentang makna Pasal 31 UUDNRI. Misalnya, para pemohon membuat dalil mengenai dua hal yang sangat penting yaitu *pertama*, bahwa telah terjadi perbedaan pengaturan antara Pasal 17 ayat (1) Undang-Undang Sisdiknas dengan UUDNRI 1945. Perbedaan itu terdapat pada dihilangkannya klausula “*dan pemerintah wajib membiayainya*” yang diatur dalam Pasal 31 ayat (2) UUDNRI pada Pasal 17 ayat (1) Sisdiknas. Jika

Pasal 17 ayat (1) Undang-Undang Sisdiknas tidak dinyatakan bertentangan dengan Konstitusi, maka penerapan Pasal tersebut akan merugikan hak konstitusional warga negara karena negara cq pemerintah tidak wajib membiayai pendidikan.

Kedua, Pemohon juga mendalilkan bahwa ketentuan Pasal 17 ayat (2) Undang-Undang Sisdiknas yang mendefinisikan pendidikan dasar sebagai *sekolah dasar dan Madrasah Ibtidaiyah atau bentuk lain yang sederajat serta sekolah menengah pertama dan Madrasah Tsanawiyah atau bentuk lain yang sederajat*, adalah sebagai pendefinisian yang tidak tepat karena hal tersebut tidak diatur dalam Pasal 31 ayat (1) dan (2) UUDNRI 1945. Jika Pasal 17 ayat (2) Undang-Undang Sisdiknas dinyatakan tidak bertentangan dengan Konstitusi, maka hal ini akan menyebabkan kerugian konstitusional yang tidak hanya terbatas pada hak atas pendidikan tetapi juga hak-hak ekonomi, sosial dan budaya yang lain, bahkan termasuk hak sipil dan politik. Pemohon berpendapat bahwa dengan ketentuan tersebut akan menyebabkan anak-anak di Indonesia hanya akan lulus Sekolah Lanjutan Tingkat Pertama (SLTP) dan tamatan SLTP tidak mungkin mendapatkan kerja formal yang baik. Kondisi ini akan menyebabkan terlanggarnya hak untuk bekerja, hak untuk hidup layak, hak atas kesejahteraan dan hak atas jaminan sosial untuk pengembangan diri sebagaimana diatur pada Pasal 27 ayat (2), Pasal 28D ayat (2), dan Pasal 28H ayat (1) dan (3) UUDNRI 1945.

Terhadap dalil permohonan di atas, Majelis Hakim memberikan jawaban dengan metode gramatikal dengan menyatakan bahwa Pasal 31 ayat (1) dan (2) UUDNRI 1945 tidak mengatur tentang definisi pendidikan dasar. Oleh karena

itu pendefinisian pendidikan dasar pada Undang-Undang Sisdiknas tidak sama sekali mengganggu atau membatasi klausula ‘pendidikan dasar’ sebagaimana diatur dalam Pasal 31 UUDNRI. Oleh karena itu, dalil pemohon tidak dapat diterima. Pada poin ini, Majelis Hakim tidak memberikan penjelasan cukup memadai untuk merespon kekhawatiran pemohon pada poin kedua di atas. Majelis juga tidak mengkaitkan antara beberapa Pasal Undang-Undang Sisdiknas yang dimohonkan dengan perspektif hak asasi manusia sebagaimana diajukan oleh para pemohon.

Alur nalar pertimbangan di atas memperlihatkan bahwa majelis hakim memposisikan teks sebuah undang-undang sebagai memiliki kekuatan otoritatif untuk memberikan makna terhadap susbtansi tertentu. Keabsahan tekstual menjadi pilihan untuk mendudukkan legitimasi hukum tentang pendidikan. Inilah inti dari karakter hukum otonom.

(7) Putusan tentang Anggaran Pendidikan

Putusan ini merupakan respon atas diajukannya *judicial review* Pasal 49 ayat (1) Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional terhadap Pasal 31 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945. Pasal-Pasal tersebut adalah sebagai berikut:

Pasal 49 ayat (1) UU No. 20 Tahun 2003:

Dana pendidikan selain gaji pendidik dan biaya pendidikan kedinasan dialokasikan minimal 20% dari APBN pada sektor pendidikan dan minimal 20% dari APBD.

Pasal di atas dianggap oleh pemohon bertentangan dengan Pasal 31 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang berbunyi:

1. *Setiap warga negara berhak mendapatkan pendidikan;*
2. *Setiap warga negara wajib mengikuti pendidikan dasar dan Pemerintah wajib membiayainya;*
3. *Pemerintah mengusahakan dan menyelenggarakan satu sistem pendidikan nasional, yang meningkatkan keimanan dan ketaqwaan serta akhlak mulia dalam rangka mencerdaskan kehidupan bangsa, yang diatur dengan undang-undang;*
4. *Negara memprioritaskan anggaran pendidikan sekurang-kurangnya dua puluh persen dari APBN serta dari APBD untuk memenuhi kebutuhan penyelenggaraan pendidikan nasional;*
5. *Pemerintah memajukan ilmu pengetahuan dan teknologi dengan menjunjung tinggi nilai-nilai agama dan persatuan bangsa untuk kemajuan peradaban serta kesejahteraan umat manusia.*

Putusan ini dapat kategorikan berkarakter **hukum otonom**. Karakter tersebut muncul dari kuatnya Majelis Hakim menilai sebuah pasal sebagai legitimasi atas keabsahan penafsiran undang-undang. Sesungguhnya, Majelis terlihat berusaha untuk merespon kebutuhan publik namun dalam beberapa hal justru Majelis mengambil sikap berpihak kepada penafsiran gramatikal peraturan.

Majelis terlihat berada dalam dilema di antara dua posisi. Di satu sisi, dengan memasukkan komponen *gaji pendidik* ke dalam pemaknaan alokasi 20% (dua puluh persen) dari APBN dan APBD sebagaimana diatur dalam Pasal 31 ayat (3) UUDNRI 1945, maka hal ini justru mengurangi anggaran untuk peningkatan kualitas pendidikan karena anggaran banyak yang tersedot untuk biaya gaji pendidik dan/atau operasional dan bukan untuk peningkatan kualitas dan/atau termasuk subsidi bagi siswa. Di sisi yang lain, dalam praktiknya, jika komponen gaji pendidik tidak dimasukkan ke dalam pemaknaan 20% (dua puluh persen), nyatanya APBN (khususnya APBN tahun 2007) hanya mengalokasikan sebesar 11% (sebelas persen) untuk biaya pendidikan, dan pemerintah kesulitan meningkatkan prosentase tersebut karena

pemerintah menganggap belum menyiapkan sarana baik fisik maupun non-fisik untuk membelanjakan dana 20% dari APBN/APBD.

Pada posisi dilema ini, Majelis Hakim berpaling pada penafsiran gramatikal dan sistematis dengan alur sebagai berikut. Majelis sependapat dengan para pemohon bahwa kata 'dana' sebagaimana digunakan pada Pasal 49 ayat (1) Undang-Undang Sisdiknas adalah berbeda makna dan maksud dengan kata 'anggaran' sebagaimana digunakan dalam Pasal 31 ayat (4) UUDNRI 1945. Oleh karena itu, Pasal 49 ayat (1) Undang-Undang Sisdikas dapat dinyatakan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar.

Berkaitan dengan frasa 'gaji pendidik dan' yang digunakan Pasal 49 ayat (1) Undang-Undang Sisdikas, Majelis Hakim menggunakan penafsiran sistematis dengan mangacu pada Pasal 1 angka 3 dan 6 Undang-Undang Sisdikas yang berbunyi:

Pasal 1 angka 3:

Sistem pendidikan nasional adalah keseluruhan komponen pendidikan yang saling terkait secara terpadu untuk mencapai tujuan pendidikan nasional.

Pasal 1 angka 6:

Pendidik adalah tenaga kependidikan yang berkualifikasi sebagai guru, dosen, konselor, pamong belajar, widyaiswara, tutor, instruktur, fasilitator, dan sebutan lain yang sesuai dengan kekhususannya, serta berpartisipasi dalam penyelenggaraan pendidikan.

Berdasarkan penafsiran sistematis ini, Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa mengeluarkan 'gaji pendidik dan' pada Pasal 49 ayat (1) Undang-Undang Sisdiknas justru bertentangan dengan ketentuan Pasal 1 ayat (3) dan (6) Undang-Undang yang sama. Penafsiran sistematis Pasal tersebut adalah bahwa *sistem pendidikan nasional adalah keseluruhan komponen pendidikan*

yang saling terkait yang dilaksanakan oleh tenaga kependidikan yang berkualifikasi sebagai guru, dosen, konselor, pamong belajar, widyaiswara, tutor, instruktur, fasilitator, dan sebutan lain yang sesuai dengan kekhususannya.

Berdasarkan penafsiran di atas, maka mengeluarkan komponen ‘gaji pendidik’ berarti membuat norma baru yang berbeda dengan bagaimana Undang-Undang Sisdiknas dan Konstitusi mengaturnya. Berpijak pada alur pemikiran di atas, Majelis Hakim kemudian bersepakat untuk mengabulkan permohonan pemohon khusus mengenai frasa ‘gaji pendidik dan’ pada Pasal 49 ayat (1) Undang-Undang Sisdiknas dengan menyatakan bertentangan dengan Konstitusi dan oleh karena itu harus dinyatakan tidak memiliki kekuatan mengikat secara hukum.

Majelis Hakim juga terlihat sangat menghormati prosedur hukum. Hal ini terlihat pada saat majelis memberikan pandangan mengenai ketentuan alokasi anggaran pendidikan di dalam APBN 2007. Majelis berpendapat:²²⁴

Bahwa selanjutnya berkait dengan dalil para Pemohon terhadap UU APBN Tahun Anggaran 2007 Mahkamah berpendapat, UU APBN mempunyai karakter yang berbeda dengan undang-undang pada umumnya, di antaranya adalah bersifat *eenmalig* [vide Pasal 23 Ayat (1) UUD 1945] yang berlaku hanya untuk satu tahun dan sudah berakhir. Oleh karena itu, terhadap dalil para Pemohon sepanjang menyangkut UU APBN Tahun Anggaran 2007 tidak perlu dipertimbangkan lebih lanjut.

Pernyataan di atas menunjukkan bahwa ketentuan prosedural hukum bisa menjadi alasan penting untuk melanjutkan perdebatan hukum atau tidak. Ketika ketentuan prosedur hukum menentukan bahwa pembicaraan itu tidak diperlukan, maka perdebatan hukum dianggap selesai. Majelis berpendapat

²²⁴ Putusan Nomor 28/PUU-V/2007, hlm. 86

bahwa ketentuan APBN yang diajukan oleh pemohon adalah APBN tahun 2007, sedangkan putusan ini diambil pada 12 Februari 2008 dan dibacakan pada persidangan yang dibuka dan terbuka untuk umum pada 20 Februari 2008. Secara prosedural putusan Mahkamah Konstitusi pada perkara ini sudah tepat, karena Mahkamah Konstitusi tidak mungkin menyatakan sebuah pasal yang sudah selesai masa berlakunya dianggap bertentangan dengan Konstitusi, namun Mahkamah Konstitusi masih dimungkinkan secara responsif memberikan penafsiran dan kaidah penuntun berangkat dari APBN 2007 untuk penyusunan APBN tahun yang akan datang.

(8) Putusan tentang Sistem Jaminan Sosial

Putusan ini merupakan respon atas permohonan pengujian Pasal 5 ayat (1), ayat (3), dan ayat (4) dan Pasal 52 Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional terhadap Pasal 18 ayat (1), ayat (2), ayat (5), ayat (6) dan ayat (7) dan Pasal 18A Undang Undang Dasar 1945.

Berikut bunyi Pasal dalam Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2004 yang diujikan oleh pemohon:

Pasal 5:

- (1) *Badan Penyelenggara Jaminan Sosial harus dibentuk dengan undang-undang;*
- (2) *Sejak berlakunya undang-undang ini, badan penyelenggara jaminan sosial yang ada dinyatakan sebagai Badan Penyelenggara Jaminan Sosial menurut undang-undang ini;*
- (3) *Badan Penyelenggara Jaminan Sosial sebagaimana dimaksud pada ayat (1) adalah:*
 - a. *Perusahaan Perseroan (Persero) Jaminan Sosial Tenaga Kerja (JAMSOSTEK);*
 - b. *Perusahaan Perseroan (Persero) Dana Tabungan dan Asuransi Pegawai Negeri (TASPEN);*
 - c. *Perusahaan Perseroan (Persero) Asuransi Sosial Angkatan Bersenjata Republik Indonesia (ASABRI);*
 - d. *Perusahaan Perseroan (Persero) Asuransi Kesehatan Indonesia (ASKES);*

- (4) *Dalam hal diperlukan Badan Penyelenggara Jaminan Sosial selain dimaksud pada ayat (3), dapat dibentuk yang baru dengan undang-undang.*

Pasal di atas dianggap oleh pemohon bertentangan dengan beberapa

Pasal dalam Undang-Undang Dasar antara lain:

Pasal 18 ayat (1):

Negara Kesatuan Republik Indonesia dibagi atas daerah-daerah provinsi dan daerah provinsi itu dibagi atas kabupaten dan kota, yang tiap-tiap provinsi, kabupaten, dan kota itu mempunyai pemerintahan daerah, yang diatur dengan undang-undang.

Pasal 18 ayat (2):

Pemerintahan daerah provinsi, daerah kabupaten dan kota mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan.

Pasal 18 ayat (5):

Pemerintah daerah menjalankan otonomi seluas-luasnya, kecuali urusan pemerintahan yang oleh undang-undang ditentukan sebagai urusan Pemerintah Pusat.

Pasal 18 ayat (6):

Pemerintahan daerah berhak menetapkan peraturan daerah dan peraturan-peraturan lain untuk melaksanakan otonomi dan tugas pembantuan.

Pasal 18 ayat (7):

Susunan dan tata cara penyelenggaraan pemerintahan daerah diatur dalam undang-undang.

Pasal 18A ayat (1):

Hubungan wewenang antara pemerintah pusat dan pemerintah daerah provinsi, kabupaten, dan kota, atau provinsi dan kabupaten dan kota, diatur dengan undang-undang dengan memperhatikan kekhususan dan keragaman daerah.

Pasal 18A ayat (2):

Hubungan keuangan, pelayanan umum, pemanfaatan sumber daya alam dan sumber daya lainnya antara pemerintah pusat dan pemerintah daerah diatur dan dilaksanakan secara adil dan selaras berdasarkan undang-undang.

Pada pembahasannya, pengujian Pasal-Pasal tersebut dikaitkan dengan beberapa Pasal yang berkaitan dengan hak asasi manusia yaitu dan Pasal 28H ayat (3) dan Pasal 34 ayat (2) dan (4) UUDNRI 1945 yang berbunyi:

Pasal 28H ayat (3):

Setiap orang berhak atas jaminan sosial yang memungkinkan pengembangan dirinya secara utuh sebagai manusia yang bermartabat”

34 ayat (2):

Negara mengembangkan sistem jaminan sosial bagi seluruh rakyat dan memberdayakan masyarakat yang lemah dan tidak mampu sesuai dengan martabat kemanusiaan.

Pasal 34 ayat (4):

Ketentuan lebih lanjut mengenai pelaksanaan pasal ini diatur dalam undang-undang.

Putusan ini dapat dikategorikan berkarakter **hukum otonom**.

Kesimpulan ini muncul dari alur pemikiran bahwa secara keseluruhan, majelis lebih banyak berdialektika dalam konteks penafsiran gramatikal pasal dan pengujian prosedur untuk mencari kebenaran. Inti persoalan yang menjadi bahan perdebatan adalah siapa yang berwenang menyelenggarakan layanan jaminan sosial. Ketentuan Undang-Undang tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional mengatakan bahwa penyelenggaraan jaminan sosial adalah kewenangan pemerintah pusat yang diberikan kepada beberapa lembaga seperti Jamsostek, Askes, Taspen, dan Asabri. Di sisi lain para pemohon yang notabene adalah anggota Dewan Perwakilan Rakyat Daerah menghendaki agar pemerintahan daerah juga diberi kewenangan untuk menyelenggarakan layanan jaminan sosial.

Perdebatan muncul dengan menggunakan penafsiran gramatikal dan penafsiran sistematis. Penafsiran gramatikal digunakan untuk membedakan makna ‘dengan undang-undang’ dan ‘dalam undang-undang’. Ketentuan Pasal 5 ayat (4) Undang-Undang tentang SJSN menggunakan frasa ‘dengan undang-undang’, maka tafsirannya adalah jika hendak membuat Badan Penyelenggara Jaminan Sosial selain yang ditentukan dalam ayat (3), maka harus dilakukan dengan undang-undang. Penafsiran inilah yang dianggap menutup peluang pemerintahan daerah untuk membuat Badan Penyelenggara Jaminan Sosial. Oleh karena itu, Pasal-Pasal tersebut dianggap bertentangan dengan Konstitusi.

Penafsiran sistematis digunakan untuk menggali cita negara dalam konteks jaminan sosial. Majelis berpendapat bahwa cita negara Indonesia sebagaimana diakui dalam Pembukaan UUD adalah negara kesejahteraan (*welfarestate*), maka pemerintah wajib menyelenggarakan jaminan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia terutama bagi yang miskin dikaitkan dengan Pasal 34 ayat (1) dan (2) UUD.

Alur pemikiran di atas menunjukkan bahwa Majelis sangat menghormati ketentuan pasal-pasal undang-undang untuk melegitimasi putusannya. Majelis hampir tidak keluar dari model penafsiran sistematis untuk memahami dan mempertimbangkan permohonan pemohon. Majelis mengkaitkan pasal yang diuji dengan Undang-Undang Pemerintahan Daerah dan Pasal-Pasal hak asasi manusia dalam Konstitusi.²²⁵

Majelis juga terlihat sibuk untuk memberikan penafsiran mengenai prosedur pendirian Badan Penyelenggara Jaminan Sosial. Pertanyaannya

²²⁵ Khusus berkaitan dengan pasal hak asasi manusia akan diuraikan pada sub bagian (b) bab ini ini.

adalah apakah Pasal 5 ayat (4) Undang-Undang tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional dapat diartikan bahwa pemerintah daerah dengan peraturan daerah dapat mendirikan Badan Penyelenggara Jaminan Sosial, atau hanya monopoli pemerintah pusat dengan undang-undang? Pada poin akhir, Majelis Hakim menyepakati bahwa penafsirannya adalah bahwa pendirian Badan Penyelenggara Jaminan Sosial merupakan monopoli pemerintah pusat dan prosedurnya adalah didirikan dengan undang-undang. Kesimpulan inilah yang membawa Majelis pada kesimpulan bahwa ketentuan Pasal 5 ayat (2), (3) dan (4) Undang-Undang Sistem Jaminan Sosial Nasional adalah bertentangan dengan Konstitusi dan oleh karenanya harus dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat.

(9) Putusan tentang Sumber Daya Air

Putusan ini merupakan jawaban atas 5 (lima) permohonan yang diajukan oleh 5 (lima) kelompok atas berlakunya Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia. Permohonan ini memiliki aspek kekhususan (*special*) tersendiri atas beberapa alasan yaitu pertama, banyaknya kelompok (yaitu lima kelompok) yang mengajukan permohonan *judicial review* menunjukkan bahwa Undang-Undang Sumber Daya Air memiliki tingkat kontroversialitas yang tinggi. *Kedua*, para pemohon mengajukan *judicial review* pada dua aspek yaitu aspek formal Undang-Undang dan aspek substansi yang terdiri dari 19 Pasal bahkan termasuk aspek filosofi Undang-Undang Sumber Daya Air terhadap Undang-Undang Dasar. Dari sekian banyak aspek yang hendak diajukan *judicial review*, aspek yang

paling mendasar adalah pengujian terhadap sifat air. Para pemohon mendalilkan bahwa Undang-Undang Sumber Daya Air melekatkan air dengan sifat privat atau dalam bahasa lain air digolongkan sebagai *private good*. Para pemohon meminta kepada Mahkamah Konstitusi untuk memantapkan kembali bahwa air adalah *public good/res commune* yang tidak dapat dikuasai dan diperjual belikan. Air juga tidak dapat dilekatkan hukum ekonomi berbasis harga, karena sebagaimana halnya udara, air adalah milik bersama umat manusia. Jika air dikategorikan sebagai *private good*, maka sumber daya air dapat dikuasai oleh pribadi dan/atau badan hukum untuk diperjual belikan. Kondisi ini dianggap bertentangan dengan Pasal 34 ayat (3) dan (4) UUDNRI 1945 yang memerintahkan negara untuk menguasai bumi, air dan sumber daya alam untuk kemakmuran rakyat. Penguasaan air oleh pribadi dan/atau badan hukum dikhawatirkan akan melanggar hak atas kehidupan yang layak sebagaimana diakui oleh Pasal 28H UUDNRI 1945.

Putusan ini dapat dikategorikan sebagai **hukum otonom**. Pada pertimbangannya, majelis hakim justru terlihat ingin membuktikan bahwa Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air berkarakter responsif. Responsifitas tersebut ditunjukkan dengan adanya ketentuan di dalam Undang-Undang Sumber Daya Air yang mengharapakan peran serta publik secara luas dalam penggunaan air mulai dari perencanaan, pemanfaatan, penetapan biaya dan lain-lain. Majelis merujuk ketentuan Pasal 80 ayat (1) Undang-Undang Sumber Daya Air yang menentukan bahwa pemanfaat air untuk kebutuhan sehari-hari dan pertanian tidak boleh dikenai biaya pengelolaan air. Oleh karena itu, seluruh pengelolaan air harus dilakukan

secara transparan dan melibatkan masyarakat secara langsung. Namun demikian, majelis hakim, dalam pertimbangannya, justru lebih menekankan adanya prosedur untuk pemanfaatan sumber daya air di luar yang ditentukan melalui hak guna air. Majelis berpendapat bahwa air sebenarnya adalah *res commune/public good* tetapi dengan prosedur yang sah, maka orang dan/atau badan hukum dapat meminta izin untuk memanfaatkan air. Penghormatan pada prosedur tersebut terlihat dari pertimbangan di bawah ini:²²⁶

Menimbang bahwa oleh karenanya, di luar hak guna pakai setiap perusahaan terhadap air haruslah tunduk pada hak penguasaan oleh negara. Pemanfaatan air di luar hak guna pakai haruslah melalui permohonan izin kepada Pemerintah dan dengan memenuhi syarat-syarat yang ditentukan, Pemerintah dapat menerbitkan izin pemanfaatan air baik sebagai bahan baku maupun pemanfaatan sumber daya dari air.

Pada pertimbangan di atas, terlihat bahwa majelis meletakkan legitimasi hukum pada ketentuan prosedur hukum dan kepada pihak yang diberi otoritas untuk membuat hukum. Pada pertimbangan yang lain, majelis dengan sangat tegas menyatakan bahwa moralitas pengawasan hukum dalam hukum pemanfaatan sumber daya air adalah pengawasan prosedur hukum. Hal ini dapat terlihat pada pertimbangan berikut ini:²²⁷

Hak Guna Usaha Air adalah hak yang semata-mata timbul dari izin yang diberikan oleh Pemerintah atau Pemerintah Daerah, dan sebagai izin maka terikat oleh kaidah-kaidah perizinan, termasuk di dalamnya ketentuan-ketentuan tentang persyaratan perizinan dan alasan-alasan yang menyebabkan izin dapat dicabut oleh pemberi izin. Sengketa atas Hak Guna Usaha Air tidak mungkin timbul antara Pemerintah atau Pemerintah Daerah dengan pemegang izin. **Pemberi izin mempunyai hak pengawasan atas izin yang diberikan.** Hak Guna Usaha Air merupakan instrumen dalam sistem perizinan yang digunakan Pemerintah untuk membatasi jumlah atau volume air yang dapat diperoleh atau diusahakan oleh yang berhak. Dengan adanya Hak Guna

²²⁶ Putusan Nomor 055-059-060-063/PUU-II/2004 dan Nomor 008/PUU-III/2005, hlm. 496

²²⁷ *Ibid.*, hlm. 236

Usaha Air maka akan dengan jelas dapat ditentukan seberapa banyak volume air dapat diusahakan oleh pemegang izin.

Berdasarkan pola pemikiran di atas, majelis hakim berpendapat bahwa Undang-Undang Sumber Daya Air tidak melakukan privatisasi air sebagaimana dimaksudkan oleh para pemohon. Undang-Undang memang memberikan kemungkinan peran swasta untuk mendapatkan Hak Guna Usaha Air dan izin pengusahaan sumber daya air namun hal tersebut tidak akan mengakibatkan penguasaan air jatuh ke pihak swasta. Negara dalam melaksanakan hak penguasaan atas air berkewajiban (1) merumuskan kebijaksanaan (*beleid*), (2) melakukan tindakan pengurusan (*bestuursdaad*), (3) melakukan pengaturan (*regelendaad*), (4) melakukan pengelolaan (*beheersdaad*), dan (5) melakukan pengawasan (*toezichthoudendaad*).²²⁸

Penghormatan terhadap prosedur juga digunakan secara meluas untuk menolak dalil pemohon. Hal ini terlihat pada pertimbangan putusan mulai halaman 503-505 bahwa kekhawatiran pemohon mengenai privatisasi adalah tidak berdasar karena pemanfaatan air oleh swasta harus berdasarkan izin pemerintah. Adanya persyaratan izin dari pemerintah diposisikan sebagai 'juru selamat' atas seluruh kekhawatiran yang diajukan oleh pemohon.

(10) Putusan tentang Penanaman Modal

Putusan ini merupakan respon atas permohonan *judicial review* atas berlakunya Pasal 3 ayat (1) huruf d, Pasal 12 ayat (4) dan Pasal 22 ayat (1) huruf a, b dan c Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal terhadap Pasal 33 dan 34 Dikaitkan dengan Pasal 27 ayat (2), Pasal 28C

²²⁸ *Ibid.*, hlm. 498-499

ayat (1), Pasal 31 ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945, Pasal 28H ayat (1), Pasal 28H ayat (3), Pasal 34 ayat (1) Pasal 34 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Berikut beberapa Pasal dalam Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal yang diajukan *judicial review*:

Pasal 4 ayat (1) huruf d:

“...asas perlakuan sama yang tidak membedakan asal negara...”.

Penjelasan Pasal 3 ayat (1) huruf d:

“asas perlakuan yang sama dan tidak membedakan asal negara adalah asas perlakuan pelayanan non diskriminasi berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan, baik antara penanam modal dalam negeri dan penanam modal asing maupun antara penanam modal dari satu negara asing dan penanam modal dari negara asing lainnya.

Pasal 8 ayat (1):

Penanam modal dapat mengalihkan aset yang dimilikinya kepada pihak yang diinginkan oleh penanam modal sesuai dengan ketentuan peraturan perundangundangan”.

Pasal 12 ayat (4):

Kriteria dan persyaratan bidang usaha yang tertutup dan yang terbuka dengan persyaratan serta daftar bidang usaha yang tertutup dan yang terbuka dengan persyaratan masing-masing akan diatur dengan Peraturan Presiden.

Pasal 22 ayat (1) huruf a, b, dan c:

(1) *Kemudahan pelayanan dan/atau perizinan hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 21 huruf a dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus dan dapat diperbarui kembali atas permohonan penanam modal, berupa:*

- a. *Hak Guna Usaha dapat diberikan dengan jumlah 95 (sembilan puluh lima) tahun dengan cara dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 60 (enam puluh) tahun dan dapat diperbarui selama 35 (tiga puluh lima) tahun;*
- b. *Hak Guna Bangunan dapat diberikan dengan jumlah 80 (delapan puluh) tahun dengan cara dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 50 (lima puluh) tahun dan dapat diperbarui selama 30 (tiga puluh) tahun; dan;*
- c. *Hak Pakai dapat diberikan dengan jumlah 70 (tujuh puluh) tahun dengan cara dapat diberikan dan diperpanjang di*

muka sekaligus selama 45 (empat puluh lima) tahun dan dapat diperbarui selama 25 (dua puluh lima) tahun.

Pasal-Pasal di atas dianggap bertentangan dengan prinsip penguasaan negara serta bertentangan dengan hak asas manusia sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 berikut ini:

Pasal 27 ayat (2):

“... pemenuhan hak atas pekerjaan dan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan...”

Pasal 28C ayat (1):

“... hak untuk pengembangan diri melalui pemenuhan kebutuhan dasar dan berhak atas pendidikan...”

Pasal 31 ayat (1):

“... hak untuk mendapat pendidikan...”

Pasal 28H ayat (1):

“... hak untuk hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan...”

Pasal 28H ayat (3):

“... hak atas jaminan sosial yang memungkinkan pengembangan dirinya secara utuh sebagai manusia yang bermartabat...”

Pasal 34 ayat (1):

“... pemeliharaan fakir miskin dan anak-anak terlantar oleh negara...”

Pasal 34 ayat (3):

“... fasilitas pelayanan kesehatan dan fasilitas pelayanan umum yang layak...”

Putusan ini dapat dikategorikan sebagai putusan yang berkarakter **hukum otonom**. Kesimpulan tersebut dapat diambil dari bagaimana majelis memberikan respon atas 2 (dua) dalil penting pemohon. Di antara beberapa permohonan pemohon, dua aspek penting yang perlu dilihat adalah *pertama*, aspek diskriminasi, dan *kedua*, aspek lamanya waktu yang dapat diberikan

kepada pemilik modal untuk melakukan eksploitasi sumber daya alam di Indonesia.

Aspek *pertama* berkaitan dengan diskriminasi. Dalil para pemohon didasarkan pada dua Pasal yaitu Pasal 1 angka 1 yang berbunyi “*Penanaman modal adalah segala bentuk kegiatan menanam modal, baik oleh penanam modal dalam negeri maupun penanam modal asing untuk melakukan usaha di wilayah negara Republik Indonesia*” dan Pasal 4 ayat (2) huruf a yang berbunyi “*Dalam menetapkan kebijakan dasar penanaman sebagaimana dimaksud pada Ayat (1), Pemerintah: a. memberi perlakuan yang sama bagi penanam modal dalam negeri dan penanam modal asing dengan tetap memperhatikan kepentingan nasional.*”

Para pemohon berpendapat bahwa pemberian perlakuan yang sama antara pemodal dalam negeri dan pemodal luar negeri dapat dikategorikan sebagai diskriminasi dan bertentangan dengan ide kedaulatan rakyat sebagaimana diatur dalam Pasal 33 UUDNRI 1945. Menurut pemohon, idealnya pemodal dalam negeri harus diberi peluang dan fasilitas lebih besar karena rakyat dalam negeri-lah pemilik kedaulatan atas sumber daya alam. Menanggapi pendapat ini, majelis mementahkan dengan sangat sederhana bahwa tuduhan diskriminatif tersebut dapat diatasi dengan asas akuntabilitas. Pertimbangan lengkapnya adalah sebagai berikut:²²⁹

Bahwa persamaan perlakuan bertentangan dengan kedaulatan rakyat terbantah oleh ketentuan asas akuntabilitas dalam penyelenggaraan penanaman modal, yaitu asas yang menentukan bahwa setiap kegiatan dan hasil akhir dari penyelenggaraan penanaman modal harus dipertanggungjawabkan kepada masyarakat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi negara sesuai dengan ketentuan peraturan

²²⁹ Putusan Nomor 21-22/PUU-V/2007, hlm. 219

perundang-undangan [*vide* Pasal 3 Ayat (1) huruf c *juncto* Penjelasan Pasal 3 Ayat (1) huruf c UU Penanaman Modal].

Pada pertimbangan di atas, majelis terlihat sangat menghormati legalisme ketentuan hukum. Majelis meletakkan legitimasi hukum pada dirinya sendiri yaitu dengan merujuk pada pasal lain dalam undang-undang yang sama. Majelis juga terlihat membantah dalil pemohon tentang kadaulatan orang asing di Indonesia dengan melihat bagaimana Undang-Undang tentang Penanaman Modal mewajibkan pemerintah untuk mengatur sumber daya alam untuk kepentingan nasional, untuk perlindungan usaha kecil dan menengah [*vide* Pasal 12 ayat (5)], kewajiban negara melakukan pemulihan lingkungan [*vide* Pasal 17], kewenangan negara memberikan izin usaha terhadap bidang yang tertutup [*vide* Pasal 12], dan wewenang pemerintah melakukan nasionalisasi [*vide* Pasal 7 ayat (2)]. Pada sekian banyak pertimbangan putusan untuk membantah dalil pemohon, majelis berulang kali menggunakan kata '*adanya ketentuan...*'. Kata tersebut memperlihatkan betapa legitimasi dan keabsahan logika hukum adalah terletak pada bagaimana 'ketentuan' perundang-undangan mengaturnya. Pola membantah dalil pemohon dengan 'ketentuan' undang-undang terjadi di hampir seluruh dalil pemohon. Majelis terlihat selalu merujuk pada bunyi dan/atau makna pasal tertentu untuk membantah dalil para pemohon.

Aspek *kedua* yang penting dari putusan ini adalah mengenai lama waktu yang dimungkinkan untuk diberikan kepada pemodal. Pada pokoknya, pemohon mendalilkan bahwa terlalu lamanya waktu dan kemungkinan untuk memperpanjang 'di muka sekaligus' adalah bertentangan dengan 'prinsip

penguasaan negara' dan berpotensi melanggar hak-hak yang diakui dalam Pasal 27 ayat (2), Pasal 28C ayat (1), Pasal 31 ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945, Pasal 28H ayat (1), Pasal 28H ayat (3) UUDNRI 1945.

Dalil permohonan pada poin ini juga dibantah oleh majelis hakim dengan merujuk pada bagaimana Undang-Undang tentang Penanaman Modal telah menanggulanginya. Majelis hakim berpendapat bahwa beberapa ketentuan dalam Undang-Undang Penanaman Modal justru telah memikirkan dan memberikan perlindungan yang cukup atas beberapa hak yang dikhawatirkan akan terlanggar. Alurnya adalah sebagai berikut.

Majelis menyatakan bahwa pemenuhan hak atas kesejahteraan dapat diwujudkan dengan penerapan asas kebersamaan (gotong royong) yang merupakan pemaknaan atas Pasal 15, Pasal 18 ayat (3) dan (4), dan Pasal 28 ayat (1) Undang-Undang Penanaman Modal. Perlindungan atas hak rakyat atas kehidupan, keadilan, dan akses ekonomi dapat dipenuhi dengan penerapan Pasal 3 ayat (1) huruf f, g, h, i, dan j. Perlindungan dan pemenuhan hak atas akses ekonomi dapat dilakukan dengan menerapkan Pasal 18 ayat (3), Pasal 31 ayat (1), Pasal 15 huruf b, Pasal 15 huruf d, Pasal 16 huruf b, Pasal 16 huruf c, Pasal 16 huruf d, Pasal 16 huruf e.²³⁰

Pada konteks lamanya waktu yang diberikan, majelis hakim setuju dengan permohonan pemohon dengan menyatakan bahwa kewenangan pemerintah untuk memperpanjang waktu adalah limitatif mengacu pada Pasal 22 ayat (4) Undang-Undang Penanaman Modal. Majelis berpendapat bahwa konsekuensi penggunaan Pasal 22 ayat (4) Undang-Undang Penanaman Modal

²³⁰ *Ibid.*, hlm. 221-222

adalah pemerintah tidak lagi memiliki kebebasan untuk menentukan perpanjangan izin atau tidak kepada para pemodal. Jika di tengah-tengah masa eksplorasi oleh sebuah perusahaan asing di Indonesia, pemerintah Indonesia hendak menghentikan proses tersebut, pemerintah Indonesia tidak bisa melakukannya kecuali dimungkinkan oleh Pasal 22 ayat (4) Undang-Undang Penanaman Modal. Hal ini ditambah dengan kemungkinan yang diberikan kepada pihak pemodal untuk menggugat keabsahan keputusan negara tersebut di badan Arbitrase Internasional sebagaimana diatur dalam Pasal 32 ayat (4) Undang-Undang Penanaman Modal. Pasal 32 tersebut secara umum meletakkan negara dan penanam modal pada posisi sederajat, dan oleh karenanya ketika bersengketa juga pada posisi yang sederajat. Majelis menyatakan seharusnya, gugatan atas tindakan pemerintah memutus kontrak dilakukan di Pengadilan Tata Usaha Negara berdasarkan konsep tindakan kebijakan negara. Konsep kebijakan menempatkan ‘pemutusan kontrak’ sebagai Kebijakan Tata Usaha Negara (KTUN) yang dapat digugat di Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN) dan bukan melalui badan arbitrase. Ketentuan yang menyatakan posisi negara dan penanam modal pada posisi sederajat ini ini menjadikan posisi negara menjadi lemah dan oleh karenanya hal ini harus bertentangan dengan Pasal 33 UUDNRI 1945.

Pada konstruksi inilah, maka kemungkinan kontrak diperpanjang di muka sekaligus’ sebagaimana diatur pada Pasal 22 ayat (1) Undang-Undang Penanaman Modal adalah bertentangan dengan Konstitusi dan oleh karenanya dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat.

Model penalaran dan pertimbangan hukum di atas semakin jelas menunjukkan bahwa putusan ini berkarakter otonom, karena salah satu unsur hukum otonom yang paling utama telah terpenuhi yaitu meletakkan legitimasi hukum pada diri hukum sendiri dan kepada seseorang dan/atau sekelompok orang yang memiliki wewenang untuk menyusun dan menafsirkan hukum.

C. Paradigma Mahkamah Konstitusi dalam Menafsirkan Undang-Undang Dasar yang Berdimensi Hak Asasi Manusia

Upaya menemukan paradigma hukum hak asasi manusia merupakan tujuan paling penting pada sub-bab ini. Penemuan kecenderungan paradigma akan bermanfaat untuk memahami perspektif Mahkamah Konstitusi secara akademik dan juga bermanfaat untuk mencatat bahwa hingga periode saat ini, Mahkamah Konstitusi menggunakan paradigma tertentu di dalam memutus perkara yang berdimensi hak asasi manusia. Penelitian serupa perlu dilakukan dalam beberapa tahun yang akan datang untuk melihat apakah telah terjadi perubahan dan/atau pergeseran paradigma Mahkamah Konstitusi dalam menafsirkan Undang-Undang Dasar yang berdimensi hak asasi manusia.

Paradigma merupakan terminologi yang dipopulerkan oleh seorang teoritis fisika Thomas S. Khun pada awal 60-an.²³¹ Khun memperkenalkan paradigma menjadi bagian penting dari ilmu pengetahuan dan kemudian merasuki cabang filsafat yang sebenarnya telah berkembang beribu tahun sebelumnya. Kata paradigma berasal dari bahasa Yunani *paradeigma* yang terdiri dari *para* berarti 'di

²³¹ Thomas S. Khun, *The Structure of Scientific Revolution*, The University of Chicago Press, Chicago, 1962 sebagaimana dirujuk oleh Erlyn Indarti, *Diskresi dan Paradigma, Sebuah telaah Filsafat Hukum*, Pidato pengukuhan guru besar dalam Filsafat Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang pada 4 November 2010, hlm. 3

samping’, ‘di sebelah’, ‘di sisi’, ‘berdampingan’, atau ‘di tepi’, sedangkan kata *deiknunai* atau *deigma* berarti ‘melihat’ atau ‘menunjukkan’. Kata tersebut kemudian digunakan dalam bahasa Inggris menjadi *paradigm* dan ‘paradigma’ dalam bahasa Indonesia.²³²

Paradigma memiliki arti dan makna sangat beragam, mulai dari yang paling rumit hingga yang paling sederhana. Denzin dan Lincoln mendefinisikan paradigma sebagai suatu sistem filosofis ‘payung’ yang meliputi ontologi, epistemologi, dan metodologi tertentu. Masing-masingnya terdiri dari serangkaian ‘pandangan (*belief*) dasar’ yang tidak bisa dipertukarkan dengan ‘pandangan (*belief*) dasar’ dari ontologi, epistemologi dan metodologi yang lain. Paradigma menggariskan tolok ukur, mendefinisikan standar ketepatan yang dibutuhkan, menetapkan metode penelitian mana yang dipilih untuk diterapkan, atau cara penelitian akan diinterpretasi.²³³ Pandangan ini merupakan pandangan yang paling tinggi dalam memahami paradigma.

Pandangan yang lebih sederhana diutarakan oleh M.Q. Patton dengan mengatakan bahwa paradigma adalah sekumpulan ‘proposisi’ yang menguraikan bagaimana ‘dunia’ ini dilihat, dipahami dan diterima. Paradigma menawarkan cara bagaimana kompleksitas dunia ini dipecah/dipilah sehingga mudah dipahami. Tujuannya adalah untuk mengerti mana yang penting, apa yang sah, dan apa yang masuk akal.²³⁴

²³² *Ibid.*, hlm. 13-14

²³³ N.K. Denzin dan Y.S. Lincoln, ‘Introduction: Entering the Field of Qualitative Research’ di dalam N.K. Denzin dan Y.S. Lincoln (eds), *Handbook of Qualitative Research*, Sage Publication, London, 1994, dalam Erlyn Indarti, ... *ibid.*, hlm. 4

²³⁴ M.Q. Patton, *Qualitative Evaluation and research Methods*, C.A: Sage, Newburk Park, 1990 dalam Erlyn Indrti,... *ibid.*, hlm. 15

Pandangan yang paling sederhana mencoba menyamakan antara paradigma dengan perspektif (*perspective*).²³⁵ Pandangan ini dianggap terlalu sederhana dan kurang bisa mewakili makna dari paradigma. Persoalannya terletak pada seringnya pandangan dasar (*belief*) dari satu perspektif berganti atau bertukar dengan pandangan dasar (*belief*) dari perspektif lain.

Penelitian ini mengambil posisi untuk menggunakan pemaknaan paradigma pada level tengah yaitu yang disampaikan oleh M.Q. Matton. Secara praktis, paradigma ini merujuk pada dua pandangan besar dari kalangan ahli hak asasi manusia yaitu paradigma universalisme (*universalism*) dan paradigma relativisme budaya (*cultural relativism*). Penulis beranggapan bahwa dua pandangan ini dapat dikategorikan sebagai paradigma karena keduanya merupakan ‘proposisi’ mapan mengenai bagaimana para penganutnya melihat, memahami dan akhirnya memutuskan untuk menerima atau menolak hak asasi manusia. Dua paradigma ini juga berpengaruh terhadap bagaimana seseorang, termasuk hakim di Mahkamah Konstitusi, dalam memahami, memaknai dan menafsirkan hak asasi manusia. Bukti yang lain adalah akan terjadi perbedaan pandangan yang sangat tajam antara paradigma universalisme (*universalism*) dan paradigma relativisme budaya (*cultural relativism*) untuk melihat hal yang sama. Dua paradigma tersebut akan memunculkan reaksi dan cara pandang serta keputusan ilmiah dan keputusan hukum yang berbeda-beda mengenai satu hal yang sama.

Contoh dari perdebatan di atas adalah mengenai hak atas kebebasan memilih dan hak untuk dipilih serta hak untuk berorganisasi dan berpolitik. Kalangan universalis mengatakan bahwa hak-hak tersebut merupakan hak dan kebebasan yang

²³⁵ S. Sarantakos, *Social Research*, Macmillan Education Australia Pty, Melbourne, 1993 dalam Erlin Indarti, ... *ibid.*, hlm. 15-16

dimiliki oleh setiap orang. Implikasinya, negara harus memberikan kebebasan kepada setiap orang untuk memilih sesuai pilihannya, berhak untuk mendirikan partai politik bahkan atas nama individu dapat mencalonkan diri sebagai pejabat publik. Berbeda dengan kalangan relativis yang menyatakan bahwa kebebasan politik tidaklah terlalu penting karena yang lebih penting adalah kesetaraan dalam akses ekonomi. Implikasinya negara kemudian menutup peluang kebebasan untuk memilih dan mendirikan partai politik dengan dalih persatuan negara demi kemakmuran dan kesejahteraan ekonomi. Perbedaan cara pandang tersebut tidak hanya berimplikasi pada kebijakan negara tetapi berpengaruh kepada bagaimana sistem hukum disusun serta bagaimana sebuah perkara hukum diputuskan oleh sistem peradilan.

Contoh lain adalah tentang hukuman mati. Kalangan universalis menolak hukuman mati berdasarkan pandangan dasar bahwa hak untuk hidup adalah hak mutlak yang tidak dapat dikurangi oleh negara. Pada sisi yang lain kalangan relativis mengatakan bahwa hukuman mati dapat diterapkan karena proposisi mereka akan adanya nilai-nilai ideologis tertentu termasuk nilai agama yang membolehkan hukuman mati.

Dua contoh di atas menunjukkan bahwa pandangan universalisme (*universalism*) dan relativisme budaya (*cultural relativism*) memiliki pengaruh yang sangat besar terhadap bagaimana sebuah peristiwa ditafsirkan dan dimaknai serta diputuskan. Sub-bab ini akan mencari kecenderungan paradigma apa yang lebih banyak digunakan oleh Mahkamah Konstitusi dalam menafsirkan Konstitusi yang berdimensi hak asasi manusia. Pertanyaan praktisnya adalah apakah Mahkamah Konstitusi menggunakan paradigma universalisme (*universalism*) atau paradigma

relatifisme budaya (*cultural relativism*) dalam menafsirkan Konstitusi yang berdimensi hak asasi manusia?

Sub-bab ini berisi tiga hal utama yaitu *pertama*, pemetaan putusan ke dalam kategori hak sipil dan politik dan hak ekonomi sosial dan budaya. Sebagaimana dijelaskan sebelumnya bahwa data penelitian ini berupa 10 (sepuluh) putusan. Lima putusan pertama yaitu mulai angka 1-5 adalah kategori hak sipil dan politik, sedangkan lima putusan kedua yaitu mulai angka 6-10 merupakan kategori hak ekonomi, sosial dan budaya. Pemetaan ini dilakukan dengan menggunakan skema berisi pembuktian yuridis bahwa lima kelompok hak yang pertama diatur di dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia dan diakui di dalam Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik (KIHSP) sebagaimana telah diratifikasi oleh pemerintah Indonesia dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005, sedangkan lima hak kedua diatur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia dan diakui dalam Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya (KIHESB) sebagaimana telah diratifikasi oleh pemerintah Indonesia dengan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2005. Penggunaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia, Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik (KIHSP) dan Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya (KIHESB) tidak dimaksudkan untuk mengatakan bahwa hak-hak tersebut hanya diatur dan diakui di dalam ketiga instrumen tersebut, tetapi sekedar untuk memudahkan klasifikasi. Sebagaimana diketahui bahwa beberapa hak juga diatur dan diakui di dalam berbagai instrumen yang lainnya, baik nasional maupun internasional seperti Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Hak Anak, dan berbagai undang-undang hasil ratifikasi lainnya.

Kedua, melihat bagaimana Mahkamah Konstitusi memahami konsep hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*) dan hak yang dapat dikurangi (*derogable rights*). Analisis bagian ini tidak akan dibuat secara tersendiri dan hanya akan dimasukkan ke dalam pembahasan mengenai putusan yang berkaitan dengan hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*).

Ketiga, sebagai inti dari sub-bab ini adalah, melihat bagaimana paradigma hukum hak asasi manusia Mahkamah Konstitusi dalam menafsirkan Undang-Undang Dasar yang berdimensi hak asasi manusia.

Untuk menjawab pertanyaan yang pertama, berikut ini adalah skema dan landasan yuridis pemetaan sebagaimana dimaksud, ditambah bunyi lengkap pasal yang mengatur dan mengakui kategori hak-hak tersebut.

Tabel 6:
Kategori Hak yang Diajukan *Judicial Review*

No.	Nomor Putusan	Ketentuan UUDNRI 1945	Ketentuan dalam KIHSP dan KIHESB
1	Nomor 065/PUU-II/2004	Pasal 28I ayat (1) Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, dan hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, <i>hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut</i> adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.	Pasal 15 ayat (1) KIHSP Tidak seorangpun boleh dianggap bersalah melakukan pelanggaran pidana berdasarkan suatu perbuatan yang telah dilakukan atau tidak dilakukannya, hal mana pada saat dilakukan atau tidak dilakukannya <i>tidak merupakan pelanggaran pidana menurut hukum nasional dan hukum internasional</i> . Demikian pula tidak boleh dikenakan hukuman yang lebih berat daripada yang dapat

			diterapkan pada saat pelanggaran pidana termaksud dilakukan. Jikalau, sesudah ndilakukan pelanggaran, dikeluarkan ketentuan undang-undang untuk mengenakan yang lebih ringan, maka si pelanggar harus mendapat manfaat dari hal tersebut.
2	Nomor 5/PUU-V/2007	<p>Pasal 28D ayat (1) Setiap orang berhak tas pengakuan, jaminan, dan kepastian hukum yang adil, serta <i>perlakuan yang sama dihadapan hukum</i>.</p> <p>Ayat (3) : Setiap warga negara <i>berhak memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan</i>.</p> <p>Pasal 28I ayat (2) Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apapun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu.</p>	<p>Pasal 25 KIHSP Setiap warga negara mempunyai hak dan kesempatan, tanpa pembedaan apapun sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 2 dan tanpa pembatasan yang tidak layak, untuk:</p> <p>(a) Ikut serta dalam <i>pelaksanaan urusan pemerintahan</i>, baik secara langsung ataupun melalui wakil-wakil yang dipilih secara bebas.</p> <p>(b) <i>Memilih dan dipilih pada pemilihan umum</i> berkala yang murni, dan dengan hak pilih yang universal dan sama, serta dilakukan melalui pemungutan suara secara rahasia untuk menjamin kebebasan menyatakan keinginan dari para pemilih.</p>
3	Nomor 2-3/PUU-V/2007	<p>Pasal 28A Setiap orang <i>berhak untuk hidup</i> serta berhak mempertahankan hidup dan kehidupannya.</p> <p>Pasal 28I ayat (1) <i>Hak untuk hidup</i>, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, dan hak</p>	<p>Pasal 6 ayat (1) KIHSP Setiap manusia berhak atas <i>hak untuk hidup</i> yang melekat pada dirinya. Hak ini wajib dilindungi oleh hukum. Tidak seorangpun dapat dirampas hak hidupnya secara sewenang-wenang.</p>

		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.	
4	Nomor 140/PUU-VII/2009	<p>Pasal 28E ayat (1) Setiap orang bebas <i>memeluk agama dan beribadat menurut agamanya</i>, memilih pendidikan dan pengajaran, memilih pekerjaan, memilih kewarganegaraan, memilih tempat tinggal diwilayah negara dan meninggalkannya, serta berhak kembali.</p> <p>Pasal 28E ayat (2) Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini keyakinan, menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya.</p> <p>Pasal 29 ayat (2) Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk <i>memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan keyakinannya itu</i>.</p>	<p>Pasal 18 ayat (1) Setiap orang <i>berhak atas kebebasan berfikir, berkeyakinan dan beragama</i>. Hak ini mencakup kebebasan untuk menganut atau menetapkan agama atau kepercayaan atas pilihannya sendiri, dan kebebasan, baik secara mandiri maupun bersama-sama dengan orang lain, baik di tempat umum atau tertutup, untuk menjalankan agama dan kepercayaannya dalam kegiatan ibadah, penataan, pengamalan, dan pengajaran.</p>
5	Nomor 102/PUU-VII/2009	<p>Pasal 28D ayat (1) Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang <i>adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum</i>.</p> <p>Pasal 28D ayat (3) Setiap warga negara <i>berhak memperoleh</i></p>	<p>Pasal 25 KIHSP Setiap warga negara mempunyai hak dan kesempatan, tanpa perbedaan apapun sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 2 dan tanpa pembatasan yang tidak layak, untuk: (a) Ikut serta dalam</p>

		<i>kesempatan yang sama dalam pemerintahan.</i>	<p><i>pelaksanaan urusan pemerintahan</i>, baik secara langsung ataupun melalui wakil-wakil yang dipilih secara bebas.</p> <p>(b) Memilih <i>dan dipilih pada pemilihan umum</i> berkala yang murni, dan dengan hak pilih yang universal dan sama, serta dilakukan melalui pemungutan suara secara rahasia untuk menjamin kebebasan menyatakan keinginan dari para pemilih.</p>
6	Nomor 011/PUU-III/2005	<p>Pasal 28C ayat (1) Setiap orang berhak mengembangkan diri melalui pemenuhan kebutuhan dasarnya, <i>berhak mendapat pendidikan</i> dan memperoleh manfaat dari ilmu pengetahuan dan teknologi, seni dan budaya, demi meningkatkan kualitas hidupnya dan demi kesejahteraan umat manusia.</p>	<p>Pasal 13 ayat (1) KIHESB Negara Pihak pada Kovenan ini mengakui <i>hak setiap orang atas pendidikan</i>. Mereka menyetujui bahwa pendidikan harus diarahkan pada perkembangan kepribadian manusia seutuhnya dan kesadaran akan harga dirinya, dan memperkuat penghormatan atas hak asasi dan kebebasan manusia yang mendasar. Mereka selanjutnya setuju bahwa pendidikan harus memungkinkan semua orang untuk berpartisipasi secara efektif dalam suatu masyarakat yang bebas, meningkatkan rasa pengertian, toleransi serta persahabatan antar semua bangsa dan semua kelompok, ras, etnis atau agama, dan lebih memperluas kegiatan-kegiatan Perserikatan Bangsa-Bangsa untuk</p>

			memelihara perdamaian.
7	Nomor 24/PUU-V/2007	<p>Pasal 28C ayat (1) Setiap orang berhak mengembangkan diri melalui pemenuhan kebutuhan dasarnya, berhak mendapat pendidikan dan memperoleh manfaat dari ilmu pengetahuan dan teknologi, seni dan budaya, demi meningkatkan kualitas hidupnya dan demi kesejahteraan umat manusia.</p> <p>Pasal 31 ayat (1) Setiap warga negara berhak mendapatkan pendidikan.</p> <p>Pasal 31 ayat (3) Negara memprioritaskan anggaran pendidikan sekurang-kurangnya dua puluh persen dari anggaran pendapatan dan belanja negara serta dari anggaran pendapatan dan belanja daerah untuk memenuhi kebutuhan penyelenggaraan pendidikan nasional.</p>	<p>Pasal 13 ayat (1) KIHESB Negara Pihak pada Kovenan ini mengakui hak setiap orang atas pendidikan. Mereka menyetujui bahwa pendidikan harus diarahkan pada perkembangan kepribadian manusia seutuhnya dan kesadaran akan harga dirinya, dan memperkuat penghormatan atas hak asasi dan kebebasan manusia yang mendasar. Mereka selanjutnya setuju bahwa pendidikan harus memungkinkan semua orang untuk berpartisipasi secara efektif dalam suatu masyarakat yang bebas, meningkatkan rasa pengertian, toleransi serta persahabatan antar semua bangsa dan semua kelompok, ras, etnis atau agama, dan lebih memperluas kegiatan-kegiatan Perserikatan Bangsa-Bangsa untuk memelihara perdamaian.</p> <p>Pasal 13 ayat (2) a. Negara Pihak pada Kovenan ini mengakui bahwa untuk mengupayakan hak tersebut secara penuh: (a) Pendidikan dasar harus diwajibkan dan tersedia secara cuma-cuma bagi semua orang.</p>
8	Nomor 007/PUU-III/2005	<p>Pasal 28H ayat (3) Setiap orang berhak atas jaminan sosial yang memungkinkan pengembangan dirinya</p>	<p>Pasal 9 KIHESB Negara pihak pada Kovenan ini mengakui hak setiap orang atas jaminan sosial, termasuk asuransi</p>

		secara utuh sebagai manusia yang bermartabat.	sosial.
9	Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Perkara Nomor 008/PUU-III/2005	Pasal 28H ayat (1) Pasal Setiap <i>orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin</i> , bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan.	Pasal 11 ayat (1) KIHESB Negara Pihak pada Kovenan ini mengakui <i>hak setiap orang atas standar kehidupan yang layak</i> baginya dan keluarganya, termasuk pangan, sandang dan perumahan, dan atas perbaikan kondisi hidup yang terus menerus. Negara Pihak akan mengambil langkah-langkah yang memadai untuk menjamin perwujudan hak ini dengan mengakui arti penting kerjasama internasional yang mendasarkan kesepakatan sukarela.
10	Nomor 21-22/PUU-V/2007	Pasal 28H ayat (1) Pasal Setiap <i>orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin</i> , bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan. Pasal 33 ayat (2) Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara. Pasal 33 ayat (3) Bumi dan air dan kekayaan alam di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat.	Pasal 11 ayat (1) KIHESB Negara Pihak pada Kovenan ini mengakui <i>hak setiap orang atas standar kehidupan yang layak</i> baginya dan keluarganya, termasuk pangan, sandang dan perumahan, dan atas perbaikan kondisi hidup yang terus menerus. Negara Pihak akan mengambil langkah-langkah yang memadai untuk menjamin perwujudan hak ini dengan mengakui arti penting kerjasama internasional yang mendasarkan kesepakatan sukarela. Pasal 11 ayat (2) a. Negara Pihak pada Kovenan ini, dengan mengakui hak mendasar dari setiap orang untuk bebas dari kelaparan, baik secara individual maupun melalui kerjasama

			<p>internasional, harus mengambil langkah-langkah termasuk program-program khusus yang diperlukan untuk:</p> <p>(a) Meningkatkan cara-cara produksi, konservasi dan distribusi pangan, dengan sepenuhnya memanfaatkan teknik dan ilmu pengetahuan, melalui penyebaran pengetahuan tentang asas-asas ilmu gizi, dan dengan mengembangkan atau memperbaiki sistem <i>pertanian sedemikian rupa, sehingga mencapai suatu perkembangan dan pemanfaatan sumber daya alam yang efisien.</i></p>
--	--	--	---

Sumber : Diolah Sendiri oleh Penulis

Tabel di atas menunjukkan bahwa seluruh klausula hak sipil dan politik, serta hak ekonomi, sosial dan budaya yang diakui di dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 adalah sesuai dengan bagaimana instrumen internasional mengaturnya. Pengaturan sebagaimana dibuat dalam tabel di atas akan digunakan untuk melakukan klasifikasi dan analisis putusan Mahkamah Konstitusi. Selanjutnya akan dianalisis kecendengan paradigma yang digunakan oleh Mahkamah Konstitusi dalam Undang-Undang Dasar yang berdimensi hak asasi manusia sebagaimana dikutip dengan lengkap dalam tabel di atas. Analisis akan dilakukan satu persatu dengan menggunakan metode deduktif, yaitu meletakkan kesimpulan di awal baru kemudian diikuti dengan pembuktian. Analisis lengkapnya adalah sebagai berikut:

(1) Putusan Mahkamah Konstitusi di Bidang Hak Sipil dan Politik

(a) Putusan tentang Pemberlakuan Hukum Secara Surut

Putusan ini merupakan jawaban atas permohonan pengujian Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia terhadap Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945. Pemohon mendalilkan bahwa pemberlakuan undang secara surut adalah bertentangan dengan Konstitusi. Majelis hakim Mahkamah Konstitusi kemudian memeriksa dan memberikan putusan atas permohonan tersebut.

Pertimbangan putusan pada perkara ini disusun dengan sangat akademik. Di dalamnya terdapat perbedaan pandangan yang kuat antara dua kelompok hakim. Enam orang hakim yaitu Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H., Prof. H.A.S. Natabaya, S.H, LL.M., Dr. Harjono, S.H., M.CL., I Dewa Gede Palguna, S.H., M.H., Maruarar Siahaan, S.H., dan Soedarsono, S.H., berpendapat bahwa pemberlakuan hukum secara surut sebagaimana dimaksud dalam Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia tidak bertentangan dengan Pasal 28 I ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945. Sedangkan tiga orang hakim lainnya yaitu Prof. Dr. H.M. Laica Marzuki, S.H., Prof. H. Abdul Mukthie Fadjar, S.H., M.S., H. Achmad Roestandi, S.H., berpendapat bahwa Pasal 43 ayat (1) UU No. 26 Tahun 2000 bertentangan dengan Pasal 28I ayat (1) UUNDRI 1945. Akhirnya, melalui putusan ini majelis hakim menolak permohonan pemohon dan tidak menyetujui dalil-dalil yang diajukan oleh pemohon. Implikasinya, Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia dinyatakan tidak bertentangan dengan

Undang-Undang Dasar dan oleh karenanya tetap memiliki kekuatan hukum mengikat.

Setelah membaca pertimbangan dan amarnya, putusan ini dapat dikategorikan sebagai putusan yang **berparadigma relativisme kultural** (*cultural relativism*). Kesimpulan ini dapat dilihat dari berbagai argumen yang dibangun di dalam pertimbangan putusan.

Majelis hakim pada putusan ini menggunakan model penafsiran sistematis dengan menyatakan Pasal 28I ayat (1) yang berbunyi “... *hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut ... adalah hak yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun*” harus dibaca dalam kaitannya dengan Pasal 28J ayat (2) yang menyatakan bahwa ‘*setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dan wajib tunduk pada pembatasan yang ditentukan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin penegakan dan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain serta untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam satu masyarakat demokratis*’.²³⁶

Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut tidak boleh dimaknai sebagai hak yang mutlak dan justru menjadi penghalang bagi terpenuhinya hak orang lain yang lebih banyak, atau dalam bahasa yang lain demi kepentingan orang lain yang lebih banyak, maka ketentuan pasal tentang hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut dapat dikesampingkan.

²³⁶ Lihat Putusan Nomor 065/PUU-II/2004, hlm. 51

Pemutlakan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut, menurut Mahkamah Konstitusi, adalah tindakan yang tidak bisa dibenarkan. Mahkamah berpendapat bahwa:²³⁷

“menerapkan asas non-retroaktif haruslah juga diperhitungkan apakah dengan penerapan secara kaku asas non-retroaktif dimaksud akan menimbulkan ketidakadilan, merongrong nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum, sehingga apabila hal itu terjadi justru perlindungan kepada seorang individu secara demikian bukanlah menjadi tujuan hukum”.

Pernyataan di atas dengan tegas menyatakan bahwa hak asasi manusia khususnya hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut harus dibatasi oleh norma-norma yang lain. Hak asasi manusia oleh karenanya harus ditafsirkan dengan tidak boleh bertentangan dengan pertimbangan moral dan nilai-nilai agama. Penafsiran dengan menggunakan perpektif ideologi budaya dan/atau agama inilah yang memperlihatkan bahwa putusan ini berparadigma relativisme budaya (*cultural relativism*).

Secara yuridis, Mahkamah Konstitusi mendalilkan bahwa Pasal 43 ayat (1) sejalan dengan praktik internasional berupa Pengadilan *Ad Hoc* Internasional seperti *International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)* dan *International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia (ICTY)*.²³⁸ Mahkamah Konstitusi kurang tepat dengan menggunakan dalil praktik internasional sebagaimana dipraktikkan dalam ICTR dan ICTY untuk membenarkan berlakunya undang-undang secara surut. Benar bahwa kedua pengadilan internasional tersebut merupakan pengadilan *ad hoc* sebagaimana halnya pengadilan *ad hoc* yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000,

²³⁷ Putusan Nomor 065/PUU-II/2004, hlm. 52

²³⁸ Putusan Nomor 065/PUU-II/2004, hlm. 58

namun kedua pengadilan internasional yaitu ICTR dan ICTY tidak menyimpangi asas non-retroaktif. Kedua pengadilan tersebut sebagaimana pengadilan *ad hoc* internasional yang lain seperti *Nurenberg Tribunal*, *Tokyo Tribunal* tidak dilakukan berdasarkan Statuta Roma, melainkan berdasarkan Resolusi DK PBB.

International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia (ICTY) misalnya dibentuk berdasarkan Resolusi Dewan Keamanan Perserikatan Bangsa-Bangsa Nomor 888 dan 827 pada 1993. Para pelaku juga tidak dituntut berdasarkan Statuta Roma (*Rome Statute*) tetapi dengan tuduhan melakukan pelanggaran serius (*serious violations*) atau pelanggaran berat (*grave breaches*) terhadap hukum humaniter yakni Konvensi Geneva 1949 dan bukan menggunakan Statuta Roma yang baru diadopsi pada tahun 2000.²³⁹ Jelas bahwa pengadilan *ad hoc* untuk pemimpin Yugoslavia ini dilakukan dengan tidak menyimpangi asas non-retroaktif. Perserikatan Bangsa-Bangsa sebagai lembaga internasional sangat berhati-hati dan tidak ingin melakukan perbuatan yang sesungguhnya telah dilarang oleh hukum internasional, oleh karena itu sistem yang dibuat untuk menangani peristiwa masa lalu tetap dilakukan sesuai norma internasional yang disepakati.

Berbeda dengan mayoritas hakim, tiga orang hakim menyatakan tidak setuju dengan substansi putusan dan pertimbangan putusan. Ketiga orang hakim tersebut, yaitu Prof. Dr. H.M. Laica Marzuki, S.H., Prof. H. Abdul Mukthie Fadjar, S.H., M.S., H. Achmad Roestandi, S.H., lebih mengedepankan paradigma universalisme (*universalism*). Ahmad Roestandi dan Abdul Mukti

²³⁹ Suparman Marzuki, *Robohnya ... op. cit.*, hlm. 101-102

Fajar berpendapat bahwa Pasal 28J ayat (2) harus dipahami bahwa pembatasan hak asasi manusia hanya dapat dilakukan terhadap hak-hak yang belum/tidak diatur secara limitatif berdasarkan Pasal 28I ayat (1). Pada pemaknaan lain, pembatasan tidak boleh dilakukan terhadap *non-derogable rights* sebagaimana diatur dalam Pasal 28I ayat(1) dan hanya bisa dilakukan terhadap hak-hak yang masuk kategori *derogable rights* yang diatur di luar Pasal 28I ayat (1). Abdul Mukti Fajar mengawali pendapatnya dengan mengutip ayat Al-Qur'an dalam Surat Bani Israil ayat 15 yang berarti: "*Tuhan tidak akan mengazab (menghukum dengan siksaan berat) suatu ummat sebelum Tuhan mengutus seorang rasul kepada mereka*". Mukti Fajar menggunakan ayat ini untuk mengatakan bahwa asas non-retroaktif adalah asas yang sangat universal dan diakui oleh seluruh peradaban manusia.

Ahmad Roestandi melanjutkan bahwa jika Pasal 28J ayat (2) bisa dimaknai untuk mengurangi dan membatasi ketujuh hak yang diakui di dalam Pasal 28I ayat (1), maka apa gunanya pengkhususan yang telah dibuat terhadap ketujuh kategori hak tersebut. Ia juga menyatakan bahwa kalimat "tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun" merupakan kalimat yang pasti atau dalam bahasa ilmu ushul fiqh disebut sebagai kalimat yang *qoth'i*. Mahkamah Konstitusi boleh memberikan penafsiran dengan metode apapun, namun hasilnya tidak boleh bertentangan dengan substansi yang sudah pasti (*qoth'i*) sebagaimana bunyi pasal tersebut.

Abdul Mukti Fajar berpendapat bahwa argumentasi untuk menerapkan asas retroaktif secara terbatas bagi berbagai kasus pidana yang dikategorikan sebagai "*extra-ordinary crime*" dengan alasan yang belum begitu jelas, lebih

banyak bernuansa pertimbangan politik (*political judgement*) ketimbang pertimbangan hukum, baik politik dalam dimensi nasional maupun internasional.²⁴⁰ Pertimbangan politik tersebut dapat berupa keengganan ‘rezim’ untuk menyelesaikan kasus ini dengan menggunakan mekanisme internasional serta sebagai upaya diplomasi internasional dengan menyatakan bahwa pemerintah berkomitmen untuk mengadili para pelaku pelanggaran berat hak asasi manusia yang terjadi di Indonesia. Oleh karenanya, ketiga orang hakim tersebut menyatakan setuju dengan para pemohon dan menyatakan seharusnya permohonan pemohon dikabulkan dengan menyatakan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 bertentangan dengan Konstitusi dan oleh karenanya harus dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat.

(b) Putusan tentang Calon Perseorangan dalam Pemilihan Kepala Daerah

Putusan ini merupakan landasan hukum kebolehan calon perseorangan untuk maju sebagai calon kepala daerah tanpa dukungan partai politik dan/atau gabungan partai politik. Putusan ini diambil dengan komposisi 6 (enam) orang hakim, yaitu Jimly Asshiddiqie, Harjono, H.M. Laica Marzuki, Abdul Mukthie Fadjar, Maruarar Siahaan, dan Soedarsono setuju dengan adanya calon perseorangan; dan 3 (tiga) orang lainnya yaitu H.A.S. Natabaya, I Dewa Gede Palguna dan H. Achmad Roestandi menganggap bahwa dukungan partai politik dan/atau gabungan partai politik bagi calon kepala daerah adalah kekhususan dan pembatasan yang sah.

²⁴⁰ Putusan Nomor 065/PUU-II/2004, hlm. 67

Putusan ini menyatakan bahwa Pasal 56 ayat (2) dan Pasal 59 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah sepanjang berbunyi "*Pasangan calon sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diajukan oleh partai politik atau gabungan partai politik*"; Pasal 59 Ayat (1) sepanjang mengenai frasa "*yang diusulkan oleh partai politik atau gabungan partai politik*"; dan Pasal 59 Ayat (2) sepanjang mengenai frasa "*sebagaimana dimaksud pada ayat (1)*", dinyatakan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar dan oleh karenanya tidak memiliki kekuatan mengikat secara hukum.

Makna putusan tersebut adalah bahwa majelis hakim bersetuju untuk memberikan peluang kepada calon perseorangan untuk mencalonkan diri sebagai kepala daerah walaupun tidak didukung oleh partai politik dan/atau gabungan partai politik.

Majelis hakim menggunakan **paradigma universalisme (*universalism*)** dalam menyusun pertimbangan dan amar putusan ini. Kesimpulan ini diambil berdasarkan beberapa alasan yaitu *pertama*, majelis hakim berpendapat bahwa menutup peluang calon perseorangan untuk maju sebagai calon kepala daerah adalah melanggar hak asasi manusia yaitu berupa diskriminasi. *Kedua*, kebolehan calon perseorangan untuk maju sebagai calon kepala daerah adalah sejalan dengan norma universal yang mengatakan bahwa setiap orang berhak untuk ikut serta dalam urusan pemerintahan.

Pertimbangan hakim tersebut sejalan dengan Pasal 25 Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik yang berbunyi:

Setiap warga negara mempunyai hak dan kesempatan, tanpa pembedaan apapun sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 2 dan tanpa pembatasan yang tidak layak, untuk:

- (a) Ikut serta dalam *pelaksanaan urusan pemerintahan*, baik secara langsung ataupun melalui wakil-wakil yang dipilih secara bebas.
- (b) *Memilih dan dipilih pada pemilihan umum* berkala yang murni, dan dengan hak pilih yang universal dan sama, serta dilakukan melalui pemungutan suara secara rahasia untuk menjamin kebebasan menyatakan keinginan dari para pemilih.

Manfred Nowak,²⁴¹ menjelaskan bahwa Pasal 25 KIHSP memiliki makna yang sangat luas. Rakyat tidak hanya memiliki hak untuk berpolitik, tetapi juga memiliki hak atas ‘kesempatan’ (*opportunity*) untuk berperan dalam menyelenggarakan urusan publik. Hak ini membebani negara untuk memastikan bahwa setiap orang dapat menggunakan dan memperoleh hak politiknya tanpa ada pembatasan yang tidak dimungkinkan. Hak untuk berpartisipasi dalam urusan pemerintahan dan hak untuk memilih dan dipilih sangat dekat dengan konsep demokrasi. Konsep ini menghendaki agar pelaksanaan urusan pemerintahan, termasuk dalam pengisian jabatan publik dapat dilakukan berdasarkan pilihan rasional masyarakat.

Hak untuk memilih dan dipilih merupakan hak politik yang paling penting. Jabatan publik, baik secara legal maupun *de facto*, harus diperoleh dan diisi berdasarkan, baik langsung maupun tidak langsung, mekanisme pemilihan.²⁴² Hanya dengan cara inilah sebuah pemerintahan dapat dikategorikan sebagai pemerintahan demokratis dan menghormati hak asasi manusia.

Berbeda dengan keenam hakim yang lain, H.A.S. Natabaya, I Dewa Gede Palguna dan H. Achmad Roestandi merumuskan pendapat yang berbeda (*dissenting opinion*) atas pertimbangan putusan tersebut. Pendapat yang

²⁴¹ Manfred Nowak, *U.N. Covenant on ... op. cit.*, hlm. 569

²⁴² *Ibid.*, hlm. 574

berbeda (*dissenting opinion*) tersebut pada intinya didasari oleh dua hal yaitu *pertama*, Pasal 56 ayat (2) dan Pasal 59 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 merupakan pembatasan yang sah atas hak untuk ikut serta dalam pemerintahan. *Kedua*, penggunaan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh tidak dapat dibenarkan.

Argumentasi yang dibangun atas alasan pertama adalah sebagai berikut. Ketiga hakim tersebut menyatakan pada intinya bahwa klausula dukungan partai politik dan/atau partai politik untuk calon kepala daerah bukanlah bentuk diskriminasi sebagaimana dimaksud Pasal 2 Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik. Sepanjang pembedaan tidak didasarkan atas agama, suku, ras, etnik, kelompok, golongan, status sosial, status ekonomi, jenis kelamin, bahasa, dan keyakinan politik, maka pengusulan melalui partai politik demikian tidak dapat dipandang bertentangan dengan UUDNRI 1945, karena pilihan sistem yang demikian merupakan kebijakan (*legal policy*) yang tidak dapat diuji kecuali pembedaan tersebut dilakukan secara sewenang-wenang (*willekeur*) dan melampaui kewenangan pembentuk undang-undang (*detournement de pouvoir*).²⁴³ Ketiga hakim tersebut juga berpendapat bahwa hak untuk ikut serta dalam pemerintahan, dan hak untuk memilih dan dipilih merupakan hak yang dapat dikurangi (*derogable rights*). Pasal 56 ayat (2) dan Pasal 59 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 merupakan pembatasan terhadap berlakunya Pasal 28D ayat (1) dan (3) UUDNRI 1945.

Terhadap pendapat ini, penulis berpendapat bahwa ketiga orang hakim yang mengeluarkan pendapat yang berbeda (*dissenting opinion*) kurang tepat

²⁴³ Putusan Nomor 5/PUU-V/2007, hlm. 72

karena pembatasan sebagaimana dimaksud Pasal 28J ayat (2) UUDNRI 1945 haruslah dilakukan dengan minimal dua syarat yaitu (a) berdasarkan hukum atau undang-undang; dan (b) semata-mata ditujukan dengan maksud 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.

Ketiga majelis hakim berhasil menjelaskan syarat pertama namun gagal menjelaskan syarat yang kedua. Pembatasan sebagaimana dimaksud dalam Pasal Pasal 56 ayat (2) dan Pasal 59 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 hanya memenuhi prasyarat yang pertama yaitu dilakukan dengan undang-undang, namun tidak ada penjelasan mengenai syarat yang kedua sebagaimana dijelaskan di atas.

Alasan kedua berkaitan dengan penggunaan kekhususan Pasal 63 ayat (1) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh. Ketiga orang hakim berpendapat bahwa mengatakan sebuah pasal dalam undang-undang bertentangan dengan Konstitusi didasarkan pada ketentuan yang ada dalam undang-undang adalah tidak dapat dibenarkan. Mahkamah Konstitusi hanya boleh mengatakan sebuah pasal undang-undang bertentangan Undang-Undang Dasar dengan melakukan penafsiran terhadap Undang-Undang Dasar. Alasan lain adalah bahwa akomodasi calon perseorangan sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang tentang Pemerintahan Aceh merupakan *lex specialis* dalam rangka menjawab tuntutan akan status daerah otonomi khusus

dan ditandatanganinya ‘Nota Kesepahaman’ (*Memorandum of Understanding*) antara pemerintah Indonesia dengan Gerakan Aceh Merdeka di Helshinki.

Pada posisi ini penulis sependapat dengan 6 (enam) hakim yang lain yang mengatakan bahwa jika penerapan sebuah pasal undang-undang dilakukan secara berbeda dengan undang-undang yang lain padahal mengatur norma yang sama, maka hal ini dapat dianggap sebagai diskriminasi. Diskriminasi adalah salah satu perbuatan yang paling dilarang oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia, khususnya Pasal 28J ayat (2). Oleh karena itu, jika ada ketentuan undang-undang yang menyebabkan timbulnya diskriminasi, maka pasal tersebut harus dinyatakan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar dan oleh karenanya tidak memiliki kekuatan mengikat secara hukum.

Penerapan ketentuan yang membatasi hak seseorang untuk ikut serta dalam pemerintahan dan hak untuk memilih dan dipilih juga berpotensi melanggar prinsip hak asasi manusia lainnya yaitu prinsip kesetaraan (*equality*). Prinsip kesetaraan (*equality*) menghendaki agar semua orang diperlakukan secara sama dan memiliki hak yang sama tanpa boleh dilakukan pembedaan. Prinsip ini sangat dekat dengan prinsip non-diskriminasi yang dianggap sebagai prinsip tertinggi dalam hak asasi manusia.²⁴⁴ Pelanggaran atas prinsip kesetaraan (*equality*) otomatis akan melahirkan diskriminasi. Diskriminasi adalah pelanggaran terhadap hak asasi manusia.

(c) Putusan tentang Hukuman Mati

²⁴⁴ Manfred Nowak, *Introduction to the ... op. cit.*, hlm. 61

Putusan ini merupakan jawaban atas permohonan pengujian 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, Pasal 82 ayat (3) huruf a Undang-Undang Nomor Nomor 22 Tahun 1997 tentang Narkotika terhadap terhadap Pasal 28A dan Pasal 28J ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945. Pemohon mendalilkan bahwa pemberlakuan hukuman mati adalah bertentangan dengan Konstitusi. Majelis hakim Mahkamah Konstitusi kemudian memeriksa dan memberikan putusan atas permohonan tersebut.

Pertimbangan putusan diambil dengan perdebatan yang sangat ideologis. Di dalamnya terdapat perbedaan pandangan yang kuat antara dua kelompok hakim. Lima orang hakim yaitu Jimly Asshiddiqie, Abdul Mukti Fajar, H.A.S. Natabaya, I Dewa Gede Palguna, dan Soedarsono, berpendapat bahwa hukuman mati sebagaimana diatur dalam 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, Pasal 82 ayat (3) huruf a Undang-Undang Nomor Nomor 22 Tahun 1997 tentang Narkotika tidak bertentangan dengan Pasal 28A dan Pasal 28J ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Sedangkan empat orang hakim lainnya yaitu Maruarar Siahaan, Laica Marzuki, Achmad Roestandi, dan Harjono berpendapat bahwa beberapa pasal yang diajukan *judicial review* dalam perkara ini bertentangan dengan Pasal 28A dan Pasal 28J ayat (2) UUNDRI 1945.

Akhirnya, melalui putusan ini mejelis hakim menolak permohonan pemohon dan tidak menyetujui dalil-dalil yang diajukan oleh pemohon. Implikasinya, penerapan hukuman mati sebagaimana diatur dalam 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, Pasal 82 ayat (3) huruf a Undang-Undang Nomor Nomor 22 Tahun 1997 tentang Narkotika dinyatakan tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar dan oleh karenanya tetap berlaku.

Pada pertimbangannya, terlihat dengan jelas bahwa majelis hakim dalam perkara ini menggunakan **paradigma relativisme budaya**. Gagasan dan klausula tentang pembatasan hak asasi manusia ‘lagi-lagi’ menjadi alasan utama untuk mempertimbangkan permohonan.

Sebagaimana dijelaskan sebelumnya bahwa terdapat dua aspek penting dalam putusan ini yaitu *pertama*, mengenai *legal standing* warga negara asing sebagai pemohon di Mahkamah Konstitusi; dan *kedua*, mengenai konstitusionalitas hukuman mati.

Mengenai persoalan *pertama*, Mahkamah Konstitusi hanya memberikan penjelasan yang bersifat positif bahwa berdasarkan Pasal 51 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, pemohon adalah warga negara Indonesia. Berdasarkan ketentuan positif tersebut, Mahkamah Konstitusi secara tegas mengatakan bahwa warga negara asing tidak memiliki *legal standing* sebagai pemohon di Mahkamah Konstitusi. Mahkamah Konstitusi tidak memberikan *reasoning* lebih jauh atas keputusan tersebut seperti bagaimana perspektif hak asasi manusia tentang aktor tersebut. Lebih

tegasnya, Mahkamah Konstitusi tidak memberikan pertimbangan mengenai konsekuensi klausula 'setiap orang' sebagaimana diatur dalam Pasal 28 UUDNRI 1945.

Pandangan universalis mengatakan bahwa setiap orang berhak atas hak-hak yang diatur dan diakui dalam instrumen hak asasi manusia. Oleh karena itu, sepantasnya setiap orang harus diakui sebagai subyek hukum. Pernyataan ini diperkuat dengan argumen bahwa hukum hak asasi manusia muncul sebagai koreksi atas rezim hukum internasional klasik yang hanya menempatkan negara sebagai subyek hukum Internasional. Pasca Perang Dunia II, dibentuklah Perserikatan Bangsa-Bangsa yang kemudian mengesahkan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia pada 10 Desember 1948. Keberadaan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia diikuti dengan pengesahan Kovenan dan Konvensi hak asasi manusia serta pelembagaan struktur dan mekanisme monitoring hak asasi manusia merubah rezim hukum Internasional klasik dengan mengakui individu sebagai subyek hukum internasional. Era ini disebut sebagai era hukum internasional modern.

Hukum internasional modern menempatkan individu sebagai subyeknya. Individu ditempatkan sebagai pemegang hak (*rights holder*) yang dijamin dan dilindungi secara internasional, semata karena ia adalah manusia dan bukan karena kebangsaannya.²⁴⁵ Oleh karena itu, menurut pandangan universalisme, semua orang harus diperlakukan secara sama dan diakui sebagai pribadi merdeka dan setara di hadapan hukum. Nasionalitas dan identitas-identitas antropologis tidak dapat dijadikan alasan untuk membatasi hak asasi manusia

²⁴⁵ Knut D. Asplun, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (Editor), *Hukum ... op. cit.*, hlm. 35

atau menolak penggunaan mekanisme yang tersedia (*available mechanism*) dalam rangka memperjuangkan hak-haknya.

Perdebatan *kedua* berkaitan dengan aspek konstusionalitas hukuman mati. Majelis hakim ‘lagi-lagi’ menggunakan Pasal 28J ayat (2) UUDNRI sebagai penangkal seluruh argumen pemohon. Putusan ini, sesungguhnya, memiliki nilai akademis yang sangat tinggi, bukan hanya karena ketebalannya yang mencapai 471 halaman, namun karena melibatkan para tokoh-tokoh hukum serta ahli hukum yang sangat handal. Pemohon diwakili oleh Todung Mulya Lubis dan perdebatan melibatkan tokoh-tokoh politik seperti Lukman Hakim Saifuddin dan Patrialis Akbar serta ahli seperti J.E. Sahetapy, Philip Alston dari New York University Amerika Serikat, Rahlan Nasidik, William A. Schabbas dari National University of Ireland, Jeffrey Fagan (Columbia University, USA), Andrew C. Byrnes (University of New South Wales, Australia), Ahmad Ali, Rudi Satrio, Henry Yosodiningrat, Abdul hakim Garuda Nusantara, Maria Farida Indarti, dan Bernard Arif Sidarta. Penyebutan beberapa tokoh yang terlibat dalam perdebatan ini dilakukan untuk menunjukkan betapa penting dan berharganya putusan ini.

Perdebatan dari para ahli ditambah dengan berbagai penjelasan dari majelis hakim kemudian dirumuskan dan dikunci oleh majelis hakim dengan mengacu pada bunyi Pasal 28J ayat (2) yaitu bahwa *setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undangundang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan*

pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

Majelis hakim nampaknya setuju dengan menggunakan model penafsiran sistematis dengan mengacu pada kesaksian Lukman Hakim Saifuddin dan Patrialis Akbar yang menyatakan bahwa Pemerintah dan Dewan Perwakilan Rakyat berpendirian bahwa hak asasi manusia bukan tanpa batas. Semangat yang sama juga terdapat dalam pengaturan tentang hak asasi dalam UUD 1945, yaitu bahwa hak asasi manusia bukanlah sebeb-bebasnya melainkan dimungkinkan untuk dibatasi sejauh pembatasan itu ditetapkan dengan undang-undang. Semangat inilah yang melahirkan Pasal 28J UUD 1945. Pembatasan sebagaimana tertuang dalam Pasal 28J ayat (2) itu dapat dilakukan terhadap seluruh hak yang diatur dalam Pasal 28A sampai dengan Pasal 28I UUD 1945.²⁴⁶

Klaim Majelis Hakim yang merujuk kesaksian Lukman Hakim Saifudin dan Patrialis Akbar tersebut perlu dipertanyakan mengingat pada saat pembahasan mengenai rencana amandemen Undang-Undang Dasar khususnya Pasal 28 pada tahun 1999-2002, tidak ada kesepakatan antar fraksi yang menyatakan bahwa Pasal 28J ayat (2) adalah ‘pasal kunci’ atau ‘pasal sapu jagat’ atas pasal-pasal sebelumnya termasuk Pasal 28I ayat (1). Fraksi-fraksi lain di Majelis Permusyawaratan Rakyat banyak yang menhendaki agar beberapa hak disebut secara tegas sebagai hak yang tidak dapat dicabut dalam keadaan apapun dan oleh siapapun.²⁴⁷

²⁴⁶ Putusan Nomor 2-3/PUU-V/2007, hlm. 411

²⁴⁷ ---, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945, latar Belakang, Proses dan Hasil Pembahasan 1999-2002*, buku VIII, diterbitkan oleh Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008, hlm. 136-185

Mahkamah Konstitusi juga menggunakan beberapa pasal pembatasan yang ada di dalam Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik seperti Pasal 21 dan beberapa pasal lain, namun Mahkamah Konstitusi tidak sama sekali memberikan pemaknaan dan pertimbangan berdasarkan Pasal 4 ayat (2) Kovenan.

Hasil dari alur logika yang dibangun oleh Mahkamah Konstitusi, maka permohonan para pemohon untuk menyatakan hukuman mati bertentangan dengan Konstitusi ditolak untuk seluruhnya.

Putusan di atas menggunakan paradigma relativisme budaya untuk menafsirkan hak atas hak untuk hidup (*right to life*). Saat ini, secara universal, Perserikatan Bangsa-Bangsa sesungguhnya telah bersepakat untuk menghapuskan hukuman mati. Peluang yang masih diberikan dalam Pasal 6 ayat (2) KIHSP untuk menerapkan pidana mati telah dicabut dengan munculnya Protokol Opsional II terhadap KIHSP (*Second Optional Protocol on ICCPR*). Protokol Opsional II KIHSP dikhususkan untuk penghapusan hukuman mati. Protokol ini diadopsi oleh Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa tanggal 15 Desember 1989. Pasal 1 Protokol ini menyatakan dengan tegas bahwa hukuman mati harus dihapuskan. Bunyi lengkapnya adalah sebagai berikut:

- (1) Tidak seorangpun dalam wilayah hukum Negara-Negara Pihak pada Protokol ini dapat dihukum mati.
- (2) Setiap Negara Pihak wajib mengambil langkah-langkah yang diperlukan untuk menghapuskan hukuman mati di dalam wilayah hukumnya.

Berbeda dengan mayoritas hakim, empat orang hakim mengajukan pendapat yang berbeda (*dissenting opinion*). Pendapat yang berbeda juga

berkaitan dengan dua aspek yaitu legalitas warga negara asing sebagai pemohon dan konstitusionalitas hukuman mati, yang di dalamnya terkait dengan diskusi tentang *non-derogable rights*.

Berkaitan dengan persoalan *pertama*, menyangkut legalitas pemohon warga negara asing sebagai pemohon, tiga orang hakim yaitu Harjono, Laica Marzuki, dan Maruarar Siahaan bersetuju bahwa warga negara asing seharusnya dianggap memiliki *legal standing*. Pendapat mereka didasarkan pada klausula ‘setiap orang’ yang digunakan dalam Pasal 28.

Harjono menyatakan bahwa ketika sebuah substansi undang-undang merugikan warga negara asing, maka otomatis juga merugikan hak warga negara Indonesia. Apabila terdapat suatu permohonan yang diajukan oleh warga negara asing sedangkan terhadap substansi yang dimohonkan juga terdapat kepentingan warga negara Indonesia, tetapi Mahkamah menolak hanya atas dasar semata-mata pemohonnya adalah warga negara asing, maka hal demikian akan menimbulkan tertundanya kepastian hukum karena harus menunggu sampai ada warga negara Indonesia yang mengajukan permohonan. Menurut Harjono, pemberian status *legal standing* kepada warga negara asing dapat dilakukan tanpa harus menyatakan Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi sebagai bertentangan dengan UUD 1945 tetapi cukup dengan melakukan penafsiran secara luas (*ekstensive interpretation*) terhadap Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi tersebut.

Laica Marzuki memberikan penekanan yang agak berbeda, namun dengan tujuan yang sama. Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang tentang

Mahkamah Konstitusi mengatur bahwa pemohon adalah warga negara Indonesia dan bukan warga negara asing, persoalannya adalah ketika Pasal yang dimohonkan pengujian itu berkaitan dengan hak untuk hidup (*right to life*) sebagaimana dijamin oleh Pasal 28A UUD 1945 dan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945, maka penerapan Pasal 51 ayat (1) huruf a Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi tidaklah dapat menghambat upaya permohonan pengujian terhadap pasal undang-undang yang berkaitan dengan *the matter of life and death* itu, walaupun diajukan oleh warga negara asing di negeri ini. Pandangan ini ditambah dengan adanya Pasal 28D ayat (1) UUDNRI 1945 bahwa '*Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum*'. Kata '*setiap orang*' dalam Pasal 28D ayat (1) UUDNRI 1945 tidak sekadar mencakupi *citizen right* tetapi merupakan *equal right* bagi setiap orang dalam wilayah Republik Indonesia.

Maruarar Siahaan sependapat dengan dua hakim sebelumnya bahwa memaknai '*setiap orang*' dalam Pasal 28 UUDNRI 1945 harus dibarengi dengan bagaimana instrumen internasional yang telah diratifikasi mengaturnya. Hal ini berkaitan dengan kewajiban pasca ratifikasi. '*Setiap orang*' harus dimaknai dengan melihat Pasal 16 KIHSP yang berbunyi "*Everyone shall have the rights to recognition everywhere as person before the law*". Rumusan kata *everyone* dan *everywhere* memperjelas bahwa seorang manusia harus diakui haknya sebagai pribadi hukum, sehingga memiliki hak-hak hukum baik di negaranya maupun di negara lain. Pengakuan terhadap warga negara asing untuk mengajukan permohonan ke Mahkamah Konstitusi juga harus dilihat

bahwa orang warga negara asing memang telah dihukum dengan undang-undang Indonesia, khususnya Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1997. Adalah tidak adil jika mereka tidak diberi kesempatan untuk menggunakan mekanisme yang tersedia untuk memperjuangkan haknya, padahal mereka dirugikan oleh berlakunya salah satu undang-undang di Indonesia.

Berkaitan dengan persoalan *kedua* yaitu substansi permohonan, Achmad Roestandi berpendapat bahwa pembatasan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28J ayat (2) tidak dapat dikenakan kepada tujuh hak yang diakui dalam Pasal 28I ayat (1). Jika pemahaman seperti ini dianggap benar, maka sesungguhnya penyusun Undang-Undang Dasar telah melakukan hal yang sia-sia dengan menaruh kalimat *‘dalam keadaan apapun’*. Senada dengan Roestandi, Laica Marzuki juga menyatakan bahwa hak untuk hidup (sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28A dan Pasal 28I ayat(1) UUDNRI 1945) adalah termasuk *non-derogable rights* sehingga tidak dapat dikuangi, dicabut dan dinegasi atas alasan apapun. Laica Marzuki memberikan penekanan bahwa tidaklah mungkin ada undang-undang (dalam hal ini Undang-Undang tentang Narkotika) yang dapat menegasi hak yang diakui di dalam Konstitusi. Selain penegasian ini dilakukan dengan tidak sederajat, hal ini juga bertentangan dengan prinsip Konstitusi khususnya Pasal 28A.

Maruarar Siahaan berpendapat bahwa dengan berpegang teguh pada UUDNRI 1945, dengan semangat serta nilai-nilai yang terkandung di dalamnya yang membentuk moralitas konstitusi bangsa, dapat dipahami bahwa hak untuk hidup yang disebut sebagai salah satu *non-derogable rights* yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun, melahirkan simpulan bahwa

UUDNRI 1945 tidak memberi hak pada negara untuk mengakhiri hidup seseorang --bahkan seorang yang melakukan pelanggaran hukum yang berat sekalipun-- dengan pidana mati yang diancamkan dalam undang-undang yang dibentuk oleh negara. Pembatasan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28J ayat (2) juga tidak dapat digunakan untuk mengurangi hak atas hak untuk hidup sebagai kategori hak yang paling tinggi dan paling penting serta melekat pada diri manusia.

Kesimpulan dari empat orang yang mengajukan *dissenting opinion* adalah *pertama*, warga negara asing, atas prinsip kesetaraan dan non diskriminasi, dapat dianggap memiliki *legal standing* untuk mengajukan permohonan di Mahkamah Konstitusi. *Kedua*, hukuman mati, karena bertentangan dengan Konstitusi dan semangat bersama umat manusia, harus dihapuskan dan ketentuan hukuman mati harus dinyatakan bertentangan dengan Konstitusi.

(d) Putusan tentang Undang-Undang Pencegahan Penodaan Agama

Putusan ini merupakan respon atas permohonan pengujian Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1/PNPS/1965 terhadap Pasal 28A dan Pasal 28E ayat (1) dan (2), Pasal 28I ayat (1), dan Pasal 29 ayat (2) 28J ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945. Pemohon mendalilkan bahwa ketentuan pelarangan ekspresi penafsiran yang menyimpang dari ajaran pokok agama di depan umum adalah bertentangan dengan Konstitusi. Majelis hakim Mahkamah Konstitusi kemudian memeriksa dan memberikan putusan berupa penolakan permohonan tersebut.

Pertimbangan putusan diambil dengan suara mayoritas, dengan dua orang hakim yang menyatakan pendapat yang berbeda (*dissenting opinion*). Mayoritas hakim tersebut antara lain Moh. Mahfud MD, Achmad Sodiki, M. Arsyad Sanusi, M. Akil Mochtar, Muhammad Alim, Ahmad Fadlil Sumadi, dan Hamdan Zoelva Sedangkan dua orang hakim yang mengajukan pendapat yang berbeda (*dissenting opinion*) adalah Harjono dan Maria Farida Indrati.

Dilihat dari bagaimana alur pemikiran majelis hakim dan persepsi hak asasi manusia yang dianut, nampak bahwa majelis hakim menggunakan **paradigma relativisme budaya** (*cultural relativism*) pada putusan ini. Kesimpulan ini dapat dilihat dari alur pikir majelis hakim yang pada pokoknya menyatakan bahwa hak asasi manusia adalah bukan hak yang mutlak dan dapat dibatasi berdasarkan ketentuan tertentu, termasuk di dalamnya hak atas kebebasan beragama.

Perdebatan tentang substansi permohonan ini dapat dipersempit ke dalam dua aspek dari hak atas kebebasan beragama yaitu kebebasan internal atau dimensi batin (*forum internum*) dan kebebasan beragama dalam bentuk ekspresi lahir (*forum ekstranum*).

Sebelum membahas tentang kebebasan beragama kaitannya dengan konsep *forum internum* dan *forum ekstranum*, berikut akan dibuktikan bahwa majelis hakim menggunakan paradigma relativisme budaya dalam putusannya. Relativisme budaya tersebut terlihat dengan jelas pada pertimbangan majelis yang menyatakan bahwa:

Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 menentukan bahwa pertimbangan **nilai-nilai agama** adalah salah satu pertimbangan untuk dapat membatasi hak asasi manusia melalui Undang-Undang. Dengan demikian, agama bukan hanya bebas untuk dipeluk, tetapi **nilai-nilai agama** menjadi salah satu

pembatas bagi kebebasan asasi yang lain semata-mata untuk menjamin pengakuan dan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain.²⁴⁸

Pada kesempatan lain, majelis secara tegas mengatakan bahwa Indonesia tidak akan membolehkan kampanye anti agama atau kampanye untuk tidak beragama. Inilah yang menjadi ciri khas kebebasan beragama menurut perspektif hukum Indonesia. Secara tegas majelis juga menyatakan bahwa keberadaan ‘nilai-nilai agama’ sebagai alasan membatasi hak asasi manusia adalah khas Indonesia yang berbeda dengan norma universal sebagaimana diatur dalam Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (KIHSP). Paradigma tersebut terlihat dalam pertimbangan di bawah ini.²⁴⁹

Dalam kerangka pemikiran seperti diuraikan di atas, pembatasan hak asasi manusia atas dasar pertimbangan “*nilai-nilai agama*” sebagaimana disebutkan dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 merupakan salah satu pertimbangan untuk membatasi pelaksanaan hak asasi manusia. Hal tersebut berbeda dengan Article 18 ICCPR yang tidak mencantumkan nilai-nilai agama sebagai pembatasan kebebasan individu.

Berkaitan dengan perdebatan *forum internum* dan *forum ekstranum*, majelis hakim nampak berusaha untuk mengatakan bahwa aspek kebebasan internal atau dimensi batin (*forum internum*) dari kebebasan beragama adalah kebebasan mutlak yang tidak boleh dicampuri oleh negara. Namun pada kesempatan yang lain, majelis mengunci perdebatan tersebut dengan mengatakan bahwa kebebasan untuk menafsirkan pada dimensi internal (*forum internum*) tetaplah harus dilakukan berdasarkan pokok-pokok ajaran agama. Pandangan ini terlihat pada pertimbangan di bawah ini:²⁵⁰

Tafsir dapat memberikan keyakinan terhadap sesuatu hal, sehingga tafsir dapat mengarah kepada kebenaran maupun berpotensi kepada terjadinya kesalahan. Walaupun penafsiran keyakinan atas ajaran agama merupakan

²⁴⁸ Putusan Nomor 140/PUU-VII/2009, hlm. 274-275

²⁴⁹ *Ibid.*, hlm. 276

²⁵⁰ *Ibid.*, hlm. 288-289

bagian dari kebebasan yang berada pada *forum internum*, namun penafsiran tersebut haruslah berkesesuaian dengan pokok-pokok ajaran agama melalui metodologi yang benar berdasarkan sumber ajaran agama yang bersangkutan yaitu kitab suci masing-masing, sehingga kebebasan melakukan penafsiran terhadap suatu agama tidak bersifat mutlak atau absolut.

Majelis hakim merujuk pada Pasal 18 ayat (3) Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik untuk membenarkan argumennya. Demi kejelasan maksud pada perdebatan ini, berikut bunyi lengkap Pasal 18 ayat (3)

KIHSP:

Kebebasan *menjalan* agama atau kepercayaan seseorang hanya dapat dibatasi oleh ketentuan berdasarkan hukum, dan yang diperlukan untuk melindungi keamanan, ketertiban, kesehatan, atau moral masyarakat, atau hak dan kebebasan mendasar orang lain.

Kata '*menjalankan*' pada Pasal di atas sengaja ditulis *cursive* dan *bold* sebagai penanda bahwa kata tersebut memiliki implikasi yang cukup besar pada masalah kebebasan beragama. Pemahamannya adalah bahwa yang boleh dibatasi dalam konteks kebebasan beragama adalah bagaimana '*menjalankan*' agama atau kepercayaan. Artinya menurut Pasal tersebut, pembatasan hanya dapat dilakukan pada dimensi praksis dari atau ekspresi lahir dalam upaya menjalankan agama, yang berarti pada dimensi *forum ekstranum*. Penggunaan Pasal tersebut untuk membenarkan pembatasan pada dimensi batin (*forum intternum*) adalah tidak tepat.

Hukum yang berlaku pada konteks kebebasan batin (*forum internum*) adalah Pasal 18 ayat (1) *jo.* Pasal 4 ayat (2) KIHSP. Pasal 18 ayat (1) KIHSP berbunyi:

Setiap orang *berhak atas kebebasan berfikir, berkeyakinan dan beragama*. Hak ini mencakup kebebasan untuk menganut atau menetapkan agama atau kepercayaan atas pilihannya sendiri, dan kebebasan, baik secara mandiri maupun bersama-sama dengan orang

lain, baik di tempat umum atau tertutup, untuk menjalankan agama dan kepercayaannya dalam kegiatan ibadah, penataan, pengamalan, dan pengajaran.

Hak yang diakui pada Pasal di atas merupakan hak yang *non-derogable* sebagaimana dimaksud dan diakui oleh Pasal 4 ayat (2) KIHSP yang berbunyi:

Pengurangan kewajiban atas Pasal 6, 7, 8 (ayat 1 dan 2), 11, 15, 16 dan 18 sama sekali tidak dapat dibenarkan berdasarkan ketentuan ini.

Berangkat dari alur pemikiran di atas, maka pembatasan sebagaimana diatur pada Pasal 18 ayat (3) hanya dapat dilakukan pada konteks *kebebasan untuk menjalankan agama dan kepercayaannya dalam kegiatan ibadah, penataan, pengamalan, dan pengajaran*. Sedangkan hak atas kebebasan untuk berfikir, berkeyakinan dan beragama adalah hak yang tidak dapat dibatasi dengan alasan sebagaimana diakui oleh Pasal 18 ayat (3) KIHSP.

Kunci pandangan relativisme budaya terlihat dari bagaimana majelis hakim mendefinisikan nilai-nilai agama sebagai nilai publik. Hal tersebut dapat dilihat dalam pertimbangan berikut.²⁵¹

“... pembatasan mengenai nilai-nilai agama sebagai nilai-nilai komunal (*communal values*) masyarakat adalah pembatasan yang sah menurut konstitusi. Tradisi keagamaan di Indonesia memang memiliki kekhasan dan keunikan yang memang tidak dapat diintervensi oleh negara ...”

Berbeda dengan mayoritas hakim, Harjono dan Maria Farida Indrati menyatakan pendapat yang berbeda (*dissenting opinion*). Pandangan pokok dari kedua orang hakim ini adalah sebagai berikut.

Harjono berpendapat bahwa perdebatan tentang Undang-Undang tentang Pencegahan Penodaan Agama ketika dihubungkan dengan kebebasan

²⁵¹ *Ibid.*, hlm. 295

beragama dalam Undang-Undang Dasar akan memunculkan dua unsur penting yaitu perlindungan agama di satu pihak dan hak kebebasan meyakini kepercayaan di pihak lain. Berdasarkan prinsip negara hukum, kedua unsur ini harus dipadukan. Persoalan yang muncul adalah penerapan Undang-Undang tentang Pencegahan Penodaan Agama secara harfiah (*leterlijke*) semata baik susunan kata dari pasal maupun penjelasan dan tanpa mengaitkan dengan konteks kekininan dapat menimbulkan ketidakseimbangan untuk menciptakan formula yang justru tidak menegaskan kedua unsur tersebut.

Penjelasan Pasal 1 Undang-Undang tentang Pencegahan Penodaan Agama dikatakan bahwa kalimat 'di muka umum' diartikan dengan perumusan yang lazim digunakan oleh Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Artinya kalimat 'di muka umum' dimaknai di depan satu orang atau lebih termasuk di hadapan umatnya sendiri. Bagaimana jika seorang penceramah menyampaikan penafsiran ajaran agama lain, yang berbeda dengan pokok ajaran tersebut, di depan jamaahnya sendiri? Rumusan pasal ini terlihat memiliki ambiguitas yang sangat tinggi, sehingga bertentangan dengan asas kejelasan (*lex certa*) penyusunan undang-undang. Harjono kemudian mengusulkan kepada *positive legislator* atau Dewan Perwakilan Rakyat untuk merevisi pasal tersebut untuk menghindari penafsiran yang sewenang-wenang. Namun dengan alasan menjaga agar tidak terjadi kekosongan hukum, Pasal 1 Undang-Undang tentang Pencegahan Penodaan Agama tidak perlu dinyatakan bertentangan dengan Konstitusi.

Maria Farida Indrati memberikan analisis yang jauh lebih tegas. Maria Farida Indrati dengan tegas menyatakan bahwa kebebasan internal (*forum*

internum) yang menyangkut eksistensi spiritual yang melekat pada setiap individu adalah kebebasan yang dimiliki setiap orang untuk meyakini, berfikir, dan memilih agama atau keyakinannya, juga kebebasan untuk mempraktekkan agama atau keyakinannya secara privat, sehingga kebebasan internal ini tidak dapat diintervensi oleh negara.

Selain pertimbangan di atas, Maria Farida menyatakan bahwa Konstitusi sesungguhnya telah memberikan perlindungan dengan tegas kepada pemeluk aliran kepercayaan dengan adanya Pasal 28E ayat (2) UUDNRI 1945 yang berbunyi: “Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya”.

Maria Farida melihat bahwa Undang-Undang tentang Pencegahan Penodaan Agama telah dengan jelas memunculkan diskriminasi. Kesimpulan tersebut muncul dari dua hal antara lain:

1. Penjelasan Pasal 1 Undang-Undang tentang Pencegahan Penodaan Agama “*Terhadap badan/aliran kebatinan, Pemerintah berusaha menyalurkannya ke arah pandangan yang sehat dan ke arah ke-Tuhanan Yang Maha Esa ...*”. Penjelasan Pasal ini menunjukkan bahwa terdapat perlakuan yang tidak sama (diskriminatif) antara agama Islam, Kristen, Katolik, Hindu, Buddha, serta Khong Hu Cu (Confusius), dan agama-agama lainnya, terutama terhadap badan/aliran kebatinan. Penjelasan Pasal di atas juga telah memberikan kewenangan kepada negara untuk masuk ke ranah internal (*forum internum*) menyangkut eksistensi spiritual yang

melekat pada setiap individu (dalam hal ini badan/aliran kebatinan).

2. Penjelasan Pasal 3 Undang-Undang *a quo* menetapkan bahwa, *“Pemberian ancaman pidana yang diatur dalam pasal ini, adalah tindakan lanjutan terhadap anasir-anasir yang tetap mengabaikan peringatan tersebut, dalam Pasal 2. Oleh karena aliran kepercayaan biasanya tidak mempunyai bentuk seperti organisasi/perhimpunan, dimana mudah dibedakan siapa pengurus dan siapa anggotanya, maka mengenai aliran-aliran kepercayaan, hanya penganutnya yang masih terus melakukan pelanggaran dapat dikenakan pidana, sedang pemuka aliran sendiri yang menghentikan kegiatannya tidak dapat dituntut.*

Penekanan bahwa hanya penganutnya yang dapat dikenakan pidana jelas-jelas merupakan bentuk diskriminasi langsung. Maria Farida juga memberikan penekanan bahwa dalam praktiknya Pasal 1 Undang-Undang tentang Pencegahan Penodaan Agama seringkali diterapkan secara sewenang-wenang.

Berdasarkan pertimbangan di atas, Maria Farida Indrati menyatakan bahwa seharusnya permohonan para pemohon dikabulkan untuk seluruhnya.

(e) Putusan tentang Hak Pemilih yang Tidak Terdaftar

Putusan ini merupakan respon cepat dari permohonan *judicial review* pemberlakuan Pasal 20 Undang-Undang Nomor 10 tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD; Pasal 28 dan Pasal 111 ayat (1) Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden terhadap Pasal 27 ayat (1) dan Pasal 28D ayat (1) dan (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945.

Putusan ini diambil secara bulat oleh 9 (sembilan) orang majelis hakim antara lain Moh. Mahfud MD., Abdul Mukthie Fadjar, Harjono, M. Arsyad

Sanusi, Achmad Sodiki, Maria Farida Indrati, Maruarar Siahaan, M. Akil Mochtar, dan Muhammad Alim.

Setelah membaca pertimbangan putusan, terlihat bahwa majelis hakim menggunakan **paradigma universalisme** dalam memutuskan perkara ini. Kesimpulan ini didasari oleh dua hal yaitu (a) metodologi penalaran; dan (b) perspektif menyangkut substansi hak.

Pertama, berkaitan dengan metode penalaran. Majelis hakim, selain berdasarkan atas pemaknaan Pasal 27 ayat (1) dan Pasal 28D ayat (1) dan (3), dengan cukup konsisten juga menggunakan berbagai instrumen internasional tentang hak asasi manusia. Majelis terlihat menggunakan Pasal 21 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) dan Pasal 25 Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (KIHSP) untuk memberikan pemaknaan atas hak untuk memilih (*rights to vote*) sekaligus memperkuat argumen putusannya.

Kedua, berkaitan dengan substansi hak. Majelis hakim berpendapat bahwa hak untuk memilih (*rights to vote*) merupakan hak yang sangat esensial dan tidak dapat dihalangi pemenuhannya dengan alasan administratif prosedural. Hak untuk memilih dan hak untuk dipilih (*rights to vote and right to be candidate*) adalah hak yang dijamin oleh konstitusi, undang-undang, dan konvensi internasional, sehingga pembatasan, penyimpangan, peniadaan, dan penghapusan akan hak dimaksud merupakan pelanggaran terhadap hak asasi dari warga negara.²⁵² Pendapat ini diperkuat dengan pertimbangan majelis dengan mengatakan bahwa:²⁵³

²⁵² Pada perkara ini majelis hakim menegaskan kembali pendapatnya dengan merujuk pada putusan perkara lain yaitu putusan Nomor Nomor 011- 017/PUU-I/2003.

²⁵³ Putusan Nomor 102/PUU-VII/2009, hlm. 15

Menimbang bahwa hak-hak warga negara untuk memilih sebagaimana diuraikan di atas telah ditetapkan sebagai hak asasi manusia dan hak konstitusional warga negara (*constitutional rights of citizen*), sehingga oleh karenanya hak konstitusional tersebut di atas tidak boleh dihambat atau dihalangi oleh berbagai ketentuan dan prosedur administratif apapun yang mempersulit warga negara untuk menggunakan hak pilihnya;

(2) Putusan Mahkamah Konstitusi di Bidang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya

(a) Putusan tentang Sistem Pendidikan Nasional

Putusan ini merupakan jawaban atas permohonan pengujian Pasal 17 ayat (1), dan ayat (2) dan penjelasan Pasal 49 ayat (1) Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional terhadap Pasal 27 ayat (2), Pasal 28D ayat (2), Pasal 28H ayat (1) dan ayat (3) dan Pasal 31 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945. Secara khusus, proses pengujian dilakukan dengan mengesampingkan Pasal 27 ayat (2), Pasal 28D ayat (2), Pasal 28H ayat (1) dan ayat (3) karena tidak berhubungan secara langsung.

Putusan ini diambil dengan suara mayoritas yaitu 7 (tujuh) orang hakim menyatakan setuju dengan putusan. Tujuh orang hakim tersebut adalah Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H. selaku Ketua merangkap Anggota dan Prof. Dr. H.M. Laica Marzuki, S.H., Dr. Harjono, S.H., M.C.L, Prof. H. Abdul Mukthie Fadjar, S.H., M.S., I Dewa Gede Palguna, S.H., M.H., Maruarar Siahaan, S.H.. Sedangkan tiga orang hakim yaitu Prof. H. A. S. Natabaya, S.H., LL.M., H. Achmad Roestandi, S.H., Soedarsono, S.H., mengajukan perbedaan pendapat (*dissenting opinion*).

Pada pertimbangan putusan ini, majelis hakim terlihat menggunakan **paradigma relativisme budaya** (*cultural relativism*). Hal ini dapat disimpulkan dari dua hal yaitu *pertama*, bagaimana perspektif majelis tentang hak atas pendidikan dalam kaitannya dengan hak-hak ekonomi, sosial dan budaya lainnya dan pembiayaan pendidikan; dan *kedua*, khusus menyangkut *legal standing* anak di bawah umur. Penjelasan akan diuraikan di bawah ini.

Pertama, pertimbangan putusan ini tidak memberikan penjelasan yang cukup baik tentang makna hak atas pendidikan. Perdebatan yang terjadi justru menyangkut definisi pendidikan dasar dalam Undang-Undang Sisdiknas yang menurut pemohon dianggap menyempitkan makna (*restrictive*), sedangkan majelis hakim berpendapat definisi pendidikan dasar sebagai pendidikan dasar atau Madrasah Ibtidaiyah atau yang sederajat dan pendidikan menengah pertama atau Madrasah Tsanawiyah atau yang sederajat adalah penafsiran yang sudah cukup. Majelis tidak memberikan respon terhadap upaya pemohon mendorong penerapan prinsip ‘ketidakterbagian’ (*indivisibility*) dan ‘kesalingtergantungan’ (*interdependency*) dari hak atas pendidikan dengan hak-hak yang lain khususnya hak atas pekerjaan dan hak atas kehidupan yang sejahtera lahir dan batin.

Berkaitan dengan pembiayaan pendidikan sebagaimana diatur pada penjelasan Pasal 49 ayat (1) Undang-Undang Sisdiknas, majelis sependapat dengan para pemohon bahwa Pasal tersebut bertentangan dengan Konstitusi. Penjelasan tersebut justru memberikan norma baru yang bertolak belakang dengan norma dalam pasalnya yang asli. Menyangkut persoalan ini, hukum hak asasi manusia internasional memberikan ketentuan bahwa pemenuhan hak

ekonomi, sosial dan budaya, termasuk di dalamnya hak atas pendidikan, dapat diberikan dengan prinsip ‘pemenuhan secara progresif’ (*progressive realization*) sebagaimana diatur dalam Pasal 2 Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya. Kesalahan yang seringkali terjadi adalah banyak Negara Pihak yang berlindung di balik prinsip untuk menutupi ketidakmauannya (*unwillingness*) mereka dalam memenuhi hak ekonomi, sosial dan budaya. Komite Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya, menyangkut persoalan ini, telah mengeluarkan Komentar Umum (*general comment*) Nomor 9 tahun 1990 yang menunjukkan bahwa walaupun prinsip pelaksanaan progresif merupakan pengakuan akan situasi dimana pemenuhan hak ekonomi, sosial dan budaya tidak mungkin tercapai dalam waktu yang singkat, namun prinsip tersebut harus dilihat dalam tujuan keseluruhan, yaitu menetapkan kewajiban yang jelas bagi Negara Pihak untuk bergerak secepat mungkin menuju terwujudnya secara penuh hak-hak tersebut.²⁵⁴

Pada kerangka ini, majelis hakim seyogyanya dapat memperhatikan apakah pemerintah dalam konteks pembiayaan pendidikan telah melakukan prinsip pemenuhan progresif (*progressive realization*) ini. Langkahnya dapat dilakukan dengan memerintahkan pihak pemerintah untuk menyodorkan angka anggaran pendidikan dari tahun ke tahun, misalnya dari tahun 2003 (tahun disahkannya Undang-Undang Sisdikas), atau bahkan sebelum tahun tersebut, hingga tahun 2005 (saat perkara ini diperiksa). Setelah mendengar dan membaca data anggaran tersebut, akan terlihat apakah anggaran pendidikan semakin naik setiap tahunnya atau justru semakin turun. Akhirnya, Mahkamah

²⁵⁴ Asbjorn Eide, Economic, ‘Social and Cultural Rights as Human Rights’, dalam Asbjorn Eide, Catarina Krause and Allan Rosas (eds), *Economic, Social, ... op. cit.*, hlm. 22

Konstitusi dapat memberikan interpretasi dengan perspektif hak asasi manusia serta memberikan perintah kepada pemerintah jika ternyata anggaran pendidikan semakin turun dari tahun ke tahun karena bertentangan dengan prinsip pemenuhan progresif (*progressive realization*).

Kedua, persoalan yang justru menarik adalah berkaitan dengan bagaimana perspektif majelis hakim terhadap *legal standing* seorang anak. Secara bulat, majelis hakim berpendapat bahwa seorang anak, dalam perkara ini bernama JN. Raisal Haq, tidak memiliki *legal standing* karena dianggap belum cukup umur (*minderjarig*) untuk beracara di hadapan Mahkamah sehingga tidak cakap untuk melakukan perbuatan hukum (*onbekwaam*) berdasarkan Bab XV Kebelumdewasaan dan Perwalian, Bagian Ke Satu Tentang Kebelumdewasaan, Pasal 330 ayat (1), Kitab Undang-undang Hukum Perdata, yang berbunyi “*Apabila peraturan perundang-undangan memakai istilah “belum dewasa”, maka sekedar mengenai bangsa Indonesia, dengan istilah itu yang dimaksudkan: segala orang yang belum mencapai umur genap 21 tahun dan tidak lebih dahulu telah kawin*”.²⁵⁵

Pandangan ini berbeda dengan perspektif hak asasi manusia melihatnya. Hak asasi manusia, berdasarkan prinsip kesetaraan (*equality*) melihat manusia sebagai individu berapapun usianya. Hak asasi manusia juga tidak membedakan antara manusia yang satu dengan yang lain karena menyangkut hak asasi, manusia adalah sama dan memiliki hak yang sama.²⁵⁶ Pandangan

²⁵⁵ Putusan Nomor 011/PUU-III/2005, hlm. 106

²⁵⁶ Lihat Pasal 1 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia

universal menyatakan bahwa perbedaan berdasarkan umur adalah termasuk diskriminasi, sehingga harus dilarang.²⁵⁷

Pada kasus ini bagaimana jika pihak yang hak konstitusionalnya dirugikan atas berlakunya sebuah undang-undang adalah anak di bawah umur, seperti hak atas status kewarganegaraan, hak atas kesehatan (khususnya berkaitan dengan fasilitas untuk anak seperti imunisasi), hak atas pendidikan dasar dan hak-hak lain yang *genuine* untuk anak. Apakah mereka tetap dianggap tidak memiliki *legal standing*, padahal implementasi hak-hak tersebut hanya khusus bagi anak dan tidak dapat diwakili oleh orang dewasa? Seharusnya Mahkamah Konstitusi segera membuat terobosan hukum agar anak tetap memiliki *legal standing*, karena jika tidak, maka akan terjadi kekosongan hukum yang membahayakan.

(b) Putusan tentang Anggaran Pendidikan

Putusan ini merupakan jawaban atas pengujian Pasal 49 ayat (1) Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional. Putusan ini diambil dengan suara mayoritas dimana 6 (enam) orang hakim yaitu Jimly Asshiddiqie, H.A.S. Natabaya, H.M. Laica Marzuki, Soedarsono, I Dewa Gede Palguna, dan H. Achmad Roestandhi setuju dengan keputusan Mahkamah Konstitusi dan 3 (tiga) orang hakim yaitu Maruarar Siahaan, H.A. Mukthie Fadjar, H. Harjono mengajukan pendapat yang berbeda (*dissenting opinion*).

²⁵⁷ Manfred Nowak, *Introduction to ...*, *op. cit.*, hlm. 61

Pada pertimbangannya, majelis hakim sama sekali tidak menyinggung hak atas pendidikan berperspektif hak asasi manusia. Perdebatan lebih banyak berkaitan dengan aspek gramatikal dan penafsiran sistematis sebagaimana diuraikan pada bagian lain tulisan ini. Majelis hakim cenderung menggunakan **paradigma relativisme budaya** (*cultural relativism*) pada putusan ini. Majelis sama sekali tidak menggunakan perspektif universal hak asasi manusia menjadi pertimbangan pada putusan ini.

Secara teknis, majelis tidak melihat bagaimana instrumen dan mekanisme internasional hak asasi manusia menjawab persoalan anggaran pendidikan. Selain berkaitan dengan prinsip pemenuhan secara progresif (*progressive realization*), sebagaimana diuraikan pada sub-sub bab (a) di atas, mekanisme internasional hak asasi manusia mengenal indikator pemenuhan hak atas pendidikan. Indikator tersebut disusun oleh Katarina Tomasevski, seorang pelapor khusus hak atas pendidikan Dewan Hak Asasi Manusia Perserikatan Bangsa-Bangsa, yang berisi bahwa pemenuhan hak atas pendidikan harus dilakukan Negara Pihak dengan mengacu pada empat indikator antara lain ketersediaan (*availability*), keterjangkauan (*accessibility*), keberterimaan (*acceptability*), kebersesuaian (*adaptability*).²⁵⁸ Katarina menyusun sebuah indikator untuk mengukur komitmen dan pemenuhan hak tersebut yaitu:²⁵⁹

- a. Ketersediaan (*availability*); indikator ini memiliki dua kewajiban bagi pemerintah yaitu; hak atas pendidikan sebagai bagian dari hak sipil dan politik memberikan kewajiban kepada pemerintah untuk mengizinkan dengan mudah pendirian sekolah; dan hak atas pendidikan sebagai bagian

²⁵⁸ Katarina Tomasevski, *Education Denied*, Zed Book Ltd, 7 Cynthia Street, London N1 9JK, United Kingdom dan Room 400, 175 Fifth Avenue, New York, NY 10010, United State of America, 2003.

²⁵⁹ *Ibid.*, hlm. 51

dari hak ekonomi, social dan budaya memberikan kewajiban kepada pemerintah untuk memastikan bahwa pendidikan dasar yang gratis dan wajib dapat diakses oleh semua anak usia sekolah.

- b. Keterjangkauan (*accessibility*); indikator ini memiliki makna yang berbeda tergantung tingkatan masing-masing pendidikan. Pemerintah wajib memastikan bahwa pendidikan dasar dapat diakses secara gratis dan diwajibkan bagi anak-anak usia sekolah dasar, namun tidak demikian halnya bagi jenjang pendidikan menengah dan atas. Pendidikan dasar harus digratiskan sementara pendidikan lanjutan dapat dimintakan tambahan bayaran. Namun jika pemerintah mampu secara progresif memenuhi biaya pendidikan pada jenjang lanjutan, maka hal itu akan menjadi catatan yang lebih baik.
- c. Keberterimaan (*acceptability*); indikator ini mempersyaratkan kualitas pendidikan, standard minimum atas kesehatan dan keamanan, guru yang professional dan semua itu harus diawasi dan dipastikan oleh pemerintah. Keberterimaan ini kemudian diperluas maknanya dengan memberikan perhatian pada (1) kelompok minoritas dan masyarakat adat khususnya berkaitan dengan bahasa jika mereka memiliki bahasa yang berbeda dengan bahasa nasional; (2) pelanggaran hukuman fisik demi penegakan disiplin harus diperkuat oleh pemerintah. Keberterimaan juga memiliki makna anti-diskriminasi. Penyelenggaraan pendidikan harus didasari prinsip pendidikan untuk semua tanpa adanya diskriminasi atas dasar apapun, baik atas dasar ras, agama, bahasa, pilihan politik, warna kulit, jenas kelamin dan identitas-identitas kodrati lainnya.
- d. Kebersesuaian (*adaptability*). Indikator ini menghendaki adanya usaha agar pendidikan selalu menyesuaikan dengan kebutuhan dan kepentingan anak. Hal ini sesuai dengan prinsip kepentingan terbaik anak sebagaimana diatur dalam *Convention on the Rights of Child (CRC)*.

Mahkamah Konstitusi dapat menggunakan indikator di atas untuk menguji apakah komponen gaji pendidik laik atau tidak dimasukkan ke dalam alokasi dua puluh persen APBN/APBD. Beberapa pertanyaan yang bisa diuji pada putusan ini adalah apakah dengan memasukkan komponen gaji pendidik pada alokasi dua puluh persen justru akan mengurangi pemenuhan hak atas pendidikan, sesuai indikator di atas, atau tidak? Jika dengan dimasukkannya komponen gaji pendidik pada alokasi dua puluh persen justru menyebabkan pendidikan tidak dapat diakses, tidak tersedia dengan baik, tidak terjangkau dan tidak dapat disesuaikan dengan kebutuhan anak didik, maka selayaknya

komponen gaji dikeluarkan dari alokasi dua puluh persen. Pembuktian ini akan membutuhkan hitung-hitungan yang cukup rumit, namun demi terpenuhinya hak atas pendidikan yang dianggap sebagai salah satu hak yang paling penting, maka putusan Mahkamah Konstitusi akan bernilai jauh lebih baik dan dapat diterima oleh banyak pihak dan diaplikasikan dengan baik.

(c) Putusan tentang Sistem Jaminan Sosial

Putusan ini merupakan jawaban atas permohonan *judicial review* Pasal 5 ayat (1), ayat (3), dan ayat (4) dan Pasal 52 Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional terhadap Pasal 18 ayat (1), ayat (2), ayat (5), ayat (6) dan ayat (7) dan Pasal 18A diakutkan dengan Pasal 28H ayat (3) dan Pasal 34 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Dasar 1945.

Pada putusan ini, majelis hakim terlihat berusaha untuk menggunakan paradigma universalisme, namun menurut penulis majelis gagal membumikannya pada tataran perdebatan dalam klausula pertimbangan putusan akhirnya paradigma yang lebih dominan adalah **relatifisme budaya** (*cultural relativism*). Usaha tersebut terlihat pada pertimbangan yang berbunyi:²⁶⁰

bahwa oleh karena sistem jaminan sosial yang dipilih, menurut pendapat Mahkamah, telah memenuhi maksud Pasal 34 ayat (2) UUD 1945, maka berarti UU SJSN dengan sendirinya juga merupakan penegasan kewajiban negara terhadap hak atas jaminan sosial sebagai bagian dari hak asasi manusia, sebagaimana dimaksud Pasal 28H ayat (3) UUD 1945, yang mewajibkan negara untuk menghormati (*to respect*), melindungi (*to protect*), dan menjamin pemenuhannya (*to fulfil*).

²⁶⁰ Putusan Nomor 007/PUU-III/2005, hlm. 263

Terminologi kewajiban negara untuk menghormati (*to respect*), melindungi (*to protect*), dan menjamin pemenuhannya (*to fulfil*) adalah khas paradigma universalisme. Terminologi tersebut berbeda dengan pemerintah Indonesia memahami kewajiban dan hak asasi manusia. Bagi Indonesia, kewajiban pemenuhan (*fulfilment*), perlindungan (*protection*) dan penghormatan (*respecting*) tidak hanya menjadi beban bagi negara, namun juga bagi setiap orang dan kelompok orang. Jika orang atau sekelompok orang termasuk aparat negara tidak mampu atau tidak mau melakukan kewajiban di atas, maka orang atau kelompok orang termasuk aparat negara tersebut dapat dikatakan telah melanggar hak asasi manusia. Indonesia, pada konteks ini, tidak mengikuti model kaum universalis dalam memahami aktor hak asasi manusia yang memposisikan negara sebagai pemangku kewajiban (*duty bearer*) dan individu/masyarakat sebagai pemangku hak (*rights holder*).²⁶¹

Statemen di atas muncul dari pemahaman Pasal 1 ayat (6) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang hak asasi manusia yang mendefinisikan pelanggaran hak asasi manusia adalah '*setiap perbuatan yang dilakukan oleh setiap orang atau kelompok orang termasuk aparat negara baik disengaja maupun tidak disengaja, atau kelalaian yang secara melawan hukum mengurangi, menghalangi, membatasi, dan atau mencabut hak asasi manusia seseorang atau kelompok orang yang dijamin oleh undang-undang ini, dan tidak mendapatkan, atau dikhawatirkan tidak akan memperoleh penyelesaian hukum yang adil dan benar berdasarkan mekanisme hukum yang berlaku*'.

²⁶¹ Baca kembali penjelasan tentang universalisme dan relativisme budaya pada Bab III penelitian ini.

Menurut perspektif hak asasi manusia, majelis hakim, pada kasus ini, gagal menjelaskan hubungan antara tiga kewajiban generik negara dengan hak atas jaminan sosial. Bahkan, secara teknis terlihat bahwa pertimbangan majelis dalam hal tiga kewajiban negara hanya diambil secara langsung dari dalil pemohon.

Statemen majelis yang berbunyi bahwa UU SJSN telah disusun sesuai dengan paradigma Pasal 34 ayat (2) UUD otomatis sesuai dengan konsep pengakuan hak atas jaminan sosial sebagai hak asasi manusia, dan konsep yang mewajibkan negara untuk menghormati (*to respect*), melindungi (*to protect*), dan menjamin pemenuhannya (*to fulfil*), menurut penulis adalah pertimbangan yang tidak lengkap. Pertanyaannya adalah, apa hubungan antara pengakuan hak atas jaminan sosial sebagai hak asasi manusia dengan tiga kewajiban generik hak asasi manusia? Apa hubungan antara Pasal 34 ayat (2) dengan konsep tiga kewajiban generik hak asasi manusia? Dan konklusinya, apa yang harus dilakukan negara menurut tiga kewajiban generik hak asasi manusia dalam konteks hak atas jaminan sosial? Majelis sama sekali tidak memerinci apa maksud dari penggunaan tiga kewajiban generik hak asasi manusia dengan perkara yang sedang diputus. Majelis juga terlihat tidak memberikan penjelasan yang cukup memadai mengenai masuknya Pasal 28E ayat (3) UUD dalam struktur putusan.

Majelis hakim terlihat lebih fokus pada aspek prosedural pemaknaan hukum mengenai 'siapa' yang berwenang menyelenggarakan pelayanan jaminan sosial, walaupun hal itu tidak keliru karena permohonan pemohon menyangkut hal tersebut, daripada memberikan pemaknaan terhadap hak atas

jaminan sosial dan bagaimana melakukan kontekstualisasi tiga kewajiban generik hak asasi manusia dalam konteks hak atas jaminan sosial.

Secara internasional, Komite Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya mendorong agar Negara Pihak menyediakan sistem jaminan sosial, baik langsung melalui mekanisme negara atau mekanisme berdasarkan perjanjian hukum swasta atau kesepakatan bersama yang mengikat perusahaan-perusahaan swasta atau pihak-pihak lain dengan ketentuan statuta yang disahkan oleh negara. Sistem jaminan sosial ini mencakup dua hal yaitu jaminan sosial secara umum atau jaminan sosial berbasis-situasi. Perjanjian internasional mendorong negara untuk ambil bagian pada pemenuhan hak-hak khusus seperti pensiun, cacat tubuh, pengangguran, penyakit, kelairan anak dan menajanda serta yatim piatu.²⁶² Secara teknis, kategori jaminan sosial yang dibebankan kepada negara mengacu pada Instrumen Utama ILO tentang Konvensi Jaminan Sosial (standar minimal) tahun 1952 (nomor 102). Konvensi menyebutnya sebagai tipe menu (*menu-type*) jaminan sosial antara lain:²⁶³

1. Perawatan medis (*medical care*);
2. Tunjangan penyakit (*sickness benefit*);
3. Tunjangan pengangguran (*unemployment benefit*);
4. Tunjangan pensiun (*old-age benefit*);
5. Tunjangan kecelakaan kerja (*unemployment injury benefit*);
6. Tunjangan keluarga (*family benefit*);
7. Tunjangan melahirkan (*maternity benefit*);
8. Tunjangan cacat tubuh (*invalidity benefit*);
9. Tunjangan kelangsungan hidup (*survivor's benefit*).

(d) Putusan tentang Sumber Daya Air

²⁶² Martin Scheinin, 'The Rights To Social Security', dalam Asbjorn Eide, Catarina Krause and Allan Rosas (eds), *Economic ..., op. cit.*, hlm. 211

²⁶³ *Ibid.*, hlm. 214

Putusan ini merupakan respon atas pengujian beberapa 19 Pasal dan aspek filosofis Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air terhadap Pasal 33 ayat (3) dan (4) dikaitkan dengan Pasal 28H Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945.

Putusan ini diambil secara mayoritas dengan dua orang hakim mengajukan pendapat yang berbeda (*dissenting opinion*). Dua orang hakim tersebut adalah Abdul Mukti Fajar dan Maruarar Siahaan, sedangkan mayoritas hakim yang lain adalah Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H. Prof. Dr. H. M. Laica Marzuki, S.H., Prof. H. A.S. Natabaya, S.H., LL.M., Dr. Harjono, S.H., MCL., H. Achmad Roestandi, S.H., dan I Dewa Gede Palguna, S.H., M.H.

Majelis hakim, dalam pertimbangannya secara makro, terlihat berusaha menggunakan **paradigma universalisme** untuk menjelaskan makna hak atas air dan kewajiban negara dalam konteks hak atas air, namun dalam pertimbangan administratif, majelis menggunakan paradigma **relatifisme budaya**.

Pandangan universalis majelis hakim terlihat pada dua aspek yaitu aspek substansi dan aspek prosedural. Pada tatatan aspek pertama yaitu berkaitan dengan substansi hak atas air, majelis hakim dengan sangat tegas menyatakan sikapnya bahwa hak atas air adalah hak asasi manusia yang harus segera dipositifkan. Positifisasi ini dilakukan untuk memperkuat posisi hak atas air serta kejelasan tanggungjawab negara atas air. Sikap majelis ini didasari dengan merujuk pada beberapa dokumen internasional seperti di bawah ini:

1. Piagam pembentukan *World Health Organization* 1946 yang menyatakan bahwa “*the enjoyment of the highest attainable*

standard of health is one of the fundamental rights of every human being”.

2. *Article 25 Universal Declaration of Human Rights* yang menyatakan “*Everyone has the right to standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family*”.
3. *Article 12 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* yang menyatakan “*The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health*”.
4. *Article 24(1) Convention on the Rights of Child (1989)* yang menyatakan “*States Parties recognize the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health and to facilities for the treatment of illness and rehabilitation of health. States Parties shall strive to ensure that no child is deprived of his or her right of access to such health care services*”.

Majelis juga merujuk pada Komentar Umum (*General Comment*) Komite Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya tahun 2000 tentang rumusan penafsiran hak atas kesehatan yang tercantum dalam Pasal 12 ayat (1) Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya yang berbunyi “*The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health*”. Komentar Umum tersebut menafsirkan hak atas kesehatan sebagai hak inklusif yang meliputi tidak saja pelayanan kesehatan yang terus menerus dan layak tetapi juga meliputi faktor-faktor yang menentukan kesehatan yang baik, termasuk salah

satu di dalamnya adalah akses kepada air minum yang aman. Pada Tahun 2002 Komite selanjutnya mengakui bahwa akses terhadap air adalah sebagai hak asasi yang tersendiri.²⁶⁴ Langkah majelis untuk melihat Komentar Umum Komite Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya ini perlu diapresiasi secara akademik, karena dari sekian banyak putusan yang dijadikan obyek penelitian ini, putusan tentang Sumber Daya Air inilah satu-satunya yang mencoba melihat bagaimana komunitas internasional mendefinisikan hak tertentu.

Pada tataran kedua yaitu aspek prosedural, majelis hakim juga telah memberikan *guidance* kepada pemerintah untuk melakukan tiga kewajiban generik hak asasi manusia yaitu memenuhi (*fulfill*), menghormati (*respect*) dan melindungi (*protect*) hak asasi manusia. Majelis memberikan definisi operasional atas beberapa hak tersebut dengan pemaknaan sebagai berikut:²⁶⁵

1. Perlindungan (*protection*) hak asasi atas air didefinisikan tidak hanya menyangkut terlindunginya hak yang telah dinikmati seseorang dari pelanggaran oleh orang lain, tetapi juga menjamin kepastian bahwa sebagai hak asasi harus benar-benar dapat dinikmati.
2. Pemenuhan (*fulfilment*) hak asasi atas air merupakan tanggung jawab negara, artinya mewajibkan kepada negara untuk menjamin agar setiap orang dapat memenuhi kebutuhan akan air.
3. Penghormatan (*respecting*) dimaknai sebagai campur tangan pemerintah untuk mengatur distribusi agar tidak terjadi perebutan di lapangan.

Majelis bahkan memberikan ketentuan pasti bahwa Perusahaan Daerah Air Minum (PDAM) haruslah menjadi satu lembaga negara yang bertanggungjawab secara penuh agar hak atas air dapat dinikmati oleh rakyat. Majelis juga memerintahkan agar pemerintah daerah mengalokasikan anggaran khusus untuk pengelolaan sumber daya air demi kebutuhan masyarakat.

²⁶⁴ Putusan Nomor 055-059-060-063/PUU-II dan Nomor 008/PUU-III/2005, hlm. 487

²⁶⁵ *Ibid.*, hlm. 489

Pada tataran pertimbangan administratif pemanfaatan sumber daya air, majelis lebih banyak menggunakan pertimbangan-pertimbangan yang bernuansa penghormatan atas nilai lokal budaya dan kebutuhan riil ekonomi politik. Majelis berpandangan bahwa air tidak hanya dikhususkan untuk manusia sebagai individu, tetapi juga untuk kalangan usaha seperti industri. Sumber daya air tidak hanya semata-mata dimanfaatkan untuk memenuhi kebutuhan pokok sehari-hari secara langsung, akan tetapi dalam fungsi sekundernya sumber daya air banyak diperlukan dalam kegiatan industri, baik industri kecil, menengah maupun besar dimana kegiatan tersebut dilakukan oleh pihak non Pemerintah.²⁶⁶ Berangkat dari alur pemikian tersebut, akhirnya majelis memutuskan bahwa permohonan para pemohon tidak beralasan dan harus ditolak. Artinya, seluruh Pasal dalam Undang-Undang Sumber Daya Air yang diajukan *judicial review* dinyatakan tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar dan oleh karenanya tetap memiliki kekuatan hukum mengikat.

Berbeda dengan mayoritas hakim, dua orang hakim yaitu A. Mukti Fajar dan Maruarar Siahaan menyatakan berbeda pendapat (*dissenting opinion*). Pada pokoknya, perbedaan pendapat tersebut bermuara pada dua aspek yaitu aspek privatisasi air dan perlindungan terhadap hak atas air.

Pada tataran aspek yang pertama, keduanya sependapat bahwa penggunaan istilah Hak Guna Air, Hak Guna Pakai Air dan Hak Guna Usaha Air adalah hanya ‘bungkus atau selubung’ untuk melakukan privatisasi air. Privatisasi ini artinya memberikan label *private good* terhadap air. Air kemudian menjadi barang komoditi yang bernilai ekonomi. Mahkamah

²⁶⁶ *Ibid.*, hlm. 499

Konstitusi seyogyanya tinggal menetapkan (*declaratoir*), karena memang sifat kodratnya,²⁶⁷ air adalah *res commune/public good* yang tidak hanya untuk manusia tetapi juga bagi seluruh makhluk hidup di dunia. Maruarar Siahaan memberikan penekanan bahwa pemilik sumber daya alam di Indonesia, termasuk air, adalah rakyat. Rakyatlah pemegang kedaulatan tertinggi dan penentu segala kebijakan pemanfaatan sumber daya alam.

Berkaitan dengan aspek kedua, kedua orang hakim tersebut bersepakat bahwa karena air pada praktik air semakin langka dan jika tidak dikuasai dan diatur oleh negara dikhawatirkan akan memunculkan konflik, maka negara harus diberi kewenangan untuk menguasai air seperti amanat Pasal 33 UUD NRI 1945. Pada tataran paradigmatik, pengaturan oleh negara atas sumber daya air, seharusnya hanya menyangkut pengaturan dalam pengelolaan (manajemen) sumber daya air, agar air dapat digunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat dalam rangka penghormatan (*to respect*), perlindungan (*to protect*), dan pemenuhan (*to fulfill*) hak manusia atas air (*the right to water*) yang secara universal sudah diakui sebagai hak asasi manusia, bukan pengaturan dalam bentuk pemberian hak-hak tertentu atas air (*water right*) kepada perseorangan dan/atau badan usaha swasta.

Walaupun bersepakat pada dua poin tersebut, namun keduanya memiliki putusan yang berbeda. Hakim A. Mukti Fajar mengusulkan agar permohonan para pemohon menyangkut beberapa pasal dikabulkan, sedangkan Maruarar

²⁶⁷ Maruarar Siahaan menjelaskan bahwa manusia memiliki hak atas sesuatu melalui dua cara, yaitu: (a) Atas dasar hakikatnya; dan (b) atas dasar kegunaannya. Yang pertama adalah hak yang dimiliki manusia di luar kewenangannya. Manusia memiliki hak ini atas dasar “perintah ilahi”. Yang kedua adalah hak yang dimiliki atas dasar akal budi dan kehendak, dalam arti bahwa manusia memiliki hak atas sesuatu karena ia mampu menggunakannya. Air adalah termasuk kategori yang pertama, dimana manusia memilikinya karena perintah Allah secara kodrati. Lihat Putusan *ibid.*, hlm. 517

Siahaan secara lebih tegas mengatakan bahwa karena persoalan Undang-Undang Sumber Daya Air terlalu kompleks dan pertentangannya dengan Undang-Undang Dasar sangat tinggi, maka seharusnya Undang-Undang Sumber Daya Air dinyatakan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar secara keseluruhan dan oleh karenanya keseluruhannya dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat.

(e) Putusan tentang Penanaman Modal

Putusan ini merupakan jawaban atas permohonan pengujian atas berlakunya Pasal 3 ayat (1) huruf d, Pasal 12 ayat (4) dan Pasal 22 ayat (1) huruf a,b dan c Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal terhadap Pasal 33 dan 34 Dikaitkan dengan Pasal 27 Ayat (2), Pasal 28C Ayat (1), Pasal 31 Ayat (1) dan Ayat (2) UUD 1945, Pasal 28H Ayat (1), Pasal 28H Ayat (3), Pasal 34 Ayat (1) Pasal 34 Ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945.

Putusan ini diambil secara mayoritas dengan satu orang mengajukan alasan yang berbeda (*concurring opinion*) dan satu orang hakim mengajukan perbedaan pendapat (*dissenting opinion*). Mayoritas hakim tersebut adalah Jimly Asshiddiqie H. Harjono, H.M. Laica Marzuki, I Dewa Gede Palguna, H. Abdul Mukthie Fadjar, H. Achmad Roestandi, Maruarar Siahaan, dan Soedarsono. H.A.S. Natabaya mengajukan alasan yang berbeda (*concurring opinion*), sedangkan Maruarar Siahaan mengajukan perbedaan pendapat (*dissenting opinion*).

Menurut perspektif hak asasi manusia, tidak terlalu banyak data yang dapat diungkap pada putusan ini. Terdapat dua aspek penting yang memiliki dimensi hak asasi manusia yaitu *pertama*, aspek diskriminasi, dan *kedua*, aspek lamanya waktu yang dapat diberikan kepada pemilik modal untuk melakukan eksploitasi sumber daya alam di Indonesia yang dikhawatirkan menyebabkan terlanggarnya beberapa hak ekonomi, sosial dan budaya.

Majelis hakim terlihat lebih banyak menggunakan **pertimbangan relatifisme budaya** dalam kaitannya dengan bagaimana Indonesia mendefinisikan beberapa kewajiban negara di bidang hak ekonomi, sosial dan budaya. Sebagaimana dijelaskan sebelumnya bahwa dua aspek yang penting dalam putusan ini adalah aspek diskriminasi dan aspek waktu.

Mengenai aspek yang pertama, para pemohon berpendapat bahwa pemberian perlakuan yang sama antara pemodal dalam negeri dan pemodal luar negeri dapat dikategorikan sebagai diskriminasi dan bertentangan dengan ide kedaulatan rakyat sebagaimana diatur pada Pasal 33 UUDNRI 1945. Pemohon membangun konstruksi bahwa kesetaraan dan keadilan bukan berarti memperlakukan orang (dalam hal ini pemodal dalam dan luar negeri) secara sama. Justru meletakkan orang asing memiliki hak untuk diperlakukan sama dalam konteks penguasaan sumber daya alam adalah diskriminatif. Para pemohon berpendapat bahwa pemodal dalam negeri seharusnya diberi peluang dan fasilitas lebih besar karena rakyat dalam negeri-lah pemilik kedaulatan atas sumber daya alam sebagaimana diatur dalam Pasal 33 UUDNRI 1945. Majelis hakim berbeda pendapat dengan para pemohon dengan mengatakan bahwa

mengikuti tuntutan para pemohon justru akan melahirkan tindakan diskriminatif.²⁶⁸

Pada konteks perdebatan ini, prinsip universal hak asasi manusia mengenal dengan istilah diskriminasi positif atau lebih sering dikenal dengan istilah tindakan afirmatif (*affirmative action*).²⁶⁹ Tindakan afirmatif didefinisikan sebagai memperlakukan seseorang secara lebih dikarenakan faktor ketertinggalan secara bertanggungjawab. Kontekstualisasi pada kasus ini adalah, majelis hakim dapat menguji apakah tidak lebih baik memberikan perhatian yang lebih kepada pemodal dalam negeri dikarenakan ketertinggalan mereka dalam beberapa aspek dibandingkan dengan pemodal luar negeri. Karena, jika pemodal dalam negeri tidak diberi fasilitas lebih, maka mereka akan selalu tertinggal karena kondisi awal mereka yang ‘memang’ telah tertinggal. Memberikan fasilitas lebih (*affirmative action*) diharapkan akan mencapai kesetaraan dengan pemodal luar negeri. Upaya membuktikan statemen ini perlu dilakukan dengan melihat data mengenai posisi pemodal dalam negeri dibandingkan dengan pemodal luar negeri. Hal ini dapat dilakukan oleh majelis dengan mengundang institusi pemerintah seperti Kementerian Perdagangan dan Kementerian Energi dan Sumber Daya Mineral untuk memberikan klarifikasi atas perdebatan ini. Jika majelis mampu memberikan penjelasan secara bertanggungjawab bahwa tindakan afirmatif perlu dilakukan, maka Pasal 33 UUDNRI akan memiliki kekuatan lebih besar.

²⁶⁸ Putusan Nomor 21-22/PUU-V/2007, hlm. 219

²⁶⁹ Knut D. Asplun, Suparman Marzuki dan Eko Riyadi (editor), *Hukum ... , op. cit.*, hlm. 39

Aspek *kedua* yang penting dari putusan ini adalah mengenai lamanya waktu yang diberikan kepada pemodal²⁷⁰. Pada pokoknya, pemohon mendalilkan bahwa terlalu lamanya waktu dan kemungkinan untuk diperpanjang ‘di muka sekaligus’ adalah bertentangan dengan ‘prinsip penguasaan negara’ dan berpotensi melanggar beberapa hak penting yang telah diakui oleh Konstitusi. Hak-hak tersebut antara lain hak atas pekerjaan dan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan [*vide* Pasal 27 ayat (2)], hak untuk pengembangan diri melalui pemenuhan kebutuhan dasar dan berhak atas pendidikan [*vide* Pasal 28C ayat (1)], hak untuk mendapat pendidikan [*vide* Pasal 31 ayat (1)], hak untuk hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan [*vide* Pasal 28H ayat (1)], hak atas jaminan sosial yang memungkinkan pengembangan dirinya secara utuh sebagai manusia yang bermartabat [*vide* Pasal 28H ayat (3)], hak fakir miskin dan anak-anak terlantar untuk dipelihara oleh negara [*vide* Pasal 34 ayat (1)], hak fakir miskin untuk mendapatkan fasilitas pelayanan kesehatan dan fasilitas pelayanan umum yang layak [*vide* Pasal 34 ayat (3)].

Secara diametral, majelis hakim ‘justru’ berpendapat bahwa Undang-Undang tentang Penanaman Modal telah memberikan penekanan dan perintah yang jelas untuk melindungi dan memenuhi beberapa hak di atas. Alurnya adalah sebagai berikut.

Pemenuhan hak atas kesejahteraan dapat diwujudkan dengan penerapan asas kebersamaan (gotong royong) yang merupakan pemaknaan atas Pasal 15,

²⁷⁰ Pasal 21 ayat (1) huruf a, b, c, d Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007

Pasal 18 ayat (3) dan (4) dan Pasal 28 ayat (1) Undang-Undang Penanaman Modal. Hak atas kesejahteraan dapat dipenuhi dengan kewajiban menyerap banyak tenaga kerja dari orang Indonesia; melakukan alih teknologi; melakukan industri pionir; berada di daerah terpencil, tertinggal, daerah perbatasan, atau daerah lain yang dianggap perlu; bermitra dengan usaha mikro, kecil, menengah, atau koperasi; industri yang menggunakan barang modal atau mesin atau peralatan yang diproduksi di dalam negeri; pada kewajiban melaksanakan tanggung jawab sosial perusahaan; pada ketentuan yang memungkinkan bahwa penanaman modal akan tersebar secara lebih merata di daerah-daerah melalui koordinasi yang dilakukan Badan Koordinasi Penanaman yang antara lain mempunyai tugas dan fungsi membuat peta penanaman modal Indonesia, dan mengembangkan peluang dan potensi penanaman modal di daerah dengan memberdayakan badan usaha.

Perlindungan atas hak-hak rakyat atas kehidupan, keadilan, dan akses ekonomi dapat dipenuhi dengan penerapan Pasal 3 Ayat (1) huruf f, g, h, i, dan j. Hak-hak tersebut akan terpenuhi dengan adanya beberapa asas antara lain (a) asas efisiensi berkeadilan yaitu asas yang mengedepankan efisiensi berkeadilan dalam usaha untuk mewujudkan iklim usaha yang adil, kondusif, dan berdaya saing; (b) asas berkelanjutan adalah asas yang secara terencana mengupayakan berjalannya proses pembangunan melalui penanaman modal untuk menjamin kesejahteraan dan kemajuan dalam segala aspek kehidupan, baik masa kini maupun masa yang akan datang; (c) asas berwawasan lingkungan adalah asas penanaman modal yang memperhatikan dan mengutamakan perlindungan dan pemeliharaan lingkungan hidup; (d) asas kemandirian adalah asas yang

mengedepankan potensi bangsa dan negara dengan tidak menutup diri pada masuknya modal asing demi terwujudnya pertumbuhan ekonomi; dan (e) asas keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional adalah asas yang berupaya menjaga keseimbangan kemajuan ekonomi wilayah dalam kesatuan nasional.

Perlindungan dan pemenuhan hak atas akses ekonomi dapat dilakukan dengan menerapkan Pasal 18 ayat (3), Pasal 31 ayat (1), Pasal 15 huruf b, Pasal 15 huruf d, Pasal 16 huruf b, Pasal 16 huruf c, Pasal 16 huruf d, Pasal 16 huruf e. Hak atas akses ekonomi dapat terpenuhi dengan ketentuan yang mewajibkan penanam modal untuk menyerap banyak tenaga kerja; melakukan alih teknologi; usaha dilakukan di daerah terpencil, tertinggal, daerah perbatasan, atau daerah lain yang dianggap perlu; bermitra dengan usaha mikro, kecil, menengah, atau koperasi; kebijakan tentang kawasan ekonomi khusus; tanggung jawab sosial perusahaan (*corporate social responsibility*); penanam modal wajib menghormati tradisi budaya masyarakat sekitar; penanam modal bertanggung jawab untuk menanggung kerugian pasca penghentian usaha secara sepihak; kewajiban penanam modal untuk mencegah praktik monopoli; kewajiban penanam modal untuk menjaga lingkungan; kewajiban penanam modal untuk menciptakan keselamatan, kesehatan, kenyamanan, dan kesejahteraan pekerja.²⁷¹

Jawaban majelis terlihat sangat legalistik dengan mengacu pada Undang-Undang Penanaman Modal. Majelis hakim juga tidak memberikan pemaknaan lebih jauh mengenai bagaimana hak-hak tersebut dapat dipenuhi. Majelis

²⁷¹ *Ibid.*, hlm. 221-222

hakim menjawab kekhawatiran para pemohon dengan memberikan penjelasan tentang asas-asas, yang hal itu sangat tidak aplikatif.

Pada posisi yang lain, majelis hakim sependapat dengan para pemohon yang mengatakan bahwa ketentuan Pasal 21 ayat (1) huruf a, b, c Undang-Undang tentang Penanaman Modal mengakibatkan posisi negara dalam konteks penguasaan sumber daya alam menjadi lemah. Pasal tersebut bertentangan dengan Pasal 34 UUDNRI 1945 dan oleh karenanya harus dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat.

Atas putusan tersebut satu orang hakim yaitu H.A.S. Natabaya mengajukan alasan berbeda (*concurring opinion*) yang intinya menyatakan dua hal yaitu pertama, berdasarkan Pasal 39 Undang-Undang Penanaman Modal yang berbunyi “*Semua Ketentuan peraturan perundangan-undangan yang berkaitan secara langsung dengan penanaman modal wajib mendasarkan dan menyesuaikan pengaturannya pada Undang-Undang ini*”, maka undang-undang ini merupakan undang-undang pokok yang berarti jika dikemudian hari ada ketentuan peraturan perundangan yang berkaitan secara langsung dengan penanaman modal harus mengacu dan menyesuaikan pada Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal. Hal ini berkaitan dengan aspek kepastian hukum (*legal certainty*) kepada para Penanam Modal sehingga mereka dapat berbuat sesuai dengan apa yang diharapkan dan apa yang harus mereka perbuat. *Kedua*, Keberadaan Pasal 32 Undang-Undang Penanaman Modal tentang penyelesaian sengketa khususnya Ayat (4) Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 sama sekali tidak adanya kaitan dengan berkurangnya

atau melemahnya kedaulatan rakyat di bidang ekonomi. Maka oleh karenanya, secara umum pendapat para pemohon tidak beralasan.

Hakim lain yaitu Maruarar Siahaan menyatakan pendapat berbeda (*dissenting opinion*). Maruarar memulai pendapatnya dengan mengutip pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam putusan yang berbeda yaitu:

“...pengertian dikuasai negara haruslah diartikan mencakup makna penguasaan oleh Negara dalam arti luas yang bersumber dan diturunkan dari konsepsi kedaulatan rakyat Indonesia atas segala sumber kekayaan “bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya”, termasuk pula didalamnya pengertian kepemilikan publik oleh kolektivitas rakyat atas sumber-sumber kekayaan yang dimaksud. Rakyat secara kolektif itu dikonstruksikan oleh UUD 1945 memberikan mandat kepada negara untuk melakukan fungsinya dalam mengadakan kebijakan (beleid), tindakan pengurusan (bestuursdaad), pengaturan (regelendaad), pengelolaan (beheersdaad) oleh negara.”

Pada pokoknya Maruarar Siahaan menyatakan bahwa Undang-Undang Penanaman Modal adalah pintu masuk bagi masuknya investor asing yang berpotensi mampu menguasai segala aspek kebutuhan dan kehidupan bangsa Indonesia. Undang-Undang ini berpotensi meelenyapkan penguasaan rakyat Indonesia atas sumber daya alamnya. Undang-Undang ini juga diskriminatif, karena penyelesaian sengketa pemodal dalam negeri

Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 membuka pintu selebar-lebarnya bagi investor asing hampir dalam segala bidang, dengan perlakuan yang sama dengan investor dalam negeri. Tampak adanya satu sikap dalam kebijakan yang diambil bahwa untuk meningkatkan *competitiveness* Indonesia diantara bangsa-bangsa, dengan meningkatkan daya saing ekonomi nasional dalam rangka integrasi kedalam ekonomi global, adalah dengan membuka seluas-luasnya pintu investasi berdasarkan prinsip *equal treatment* secara sama sebangun dengan *national treatment* terhadap modal dalam negeri dari bangsa

dan rakyat Indonesia sebagai pemilik kolektif bumi, air dengan segala isi yang terdapat didalam bumi Indonesia tersebut.

Undang-Undang juga tidak konsisten, karena membedakan forum penyelesaian sengketa antara penanaman modal dalam negeri dan penanam modal asing. Penyelesaian sengketa sebagaimana termuat dalam Pasal 32 Ayat (4) Undang-Undang Penanaman Modal jelas bertentangan dengan kedaulatan negara.

Karena itu, di samping pertimbangan dan penilaian Mahkamah dalam putusan di atas, seyogyanya Mahkamah bersikap lebih jauh lagi dengan mengabulkan permohonan Pemohon lainnya dengan menyatakan:

1. Pasal 4 Ayat (2) huruf a
2. Pasal 12 Ayat (3) dan (4)

juga bertentangan dengan UUD 1945, dan harus pula dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

D. Peta Karakteristik Hukum Putusan dan Paradigma Hukum Hak Asasi Manusia Mahkamah Konstitusi

(1) Peta Karakteristik Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi yang Berdimensi Hak Asasi Manusia

Berikut adalah tabel tentang peta karakteristik hukum 10 putusan mahkamah Konstitusi sebagaimana telah dianalisis pada bagian sebelumnya. Tabel ini disusun guna memudahkan pembacaan terhadap kesepuluh putusan yang dianalisis pada penelitian ini.

**Tabel 7:
Karakter Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi**

No	Nomor Putusan	Kasus yang dimohonkan	Kategori Hak	Karakter/Tipe
1	Nomor 065/PUU-II/2004	Pemberlakuan hukum secara surut	Hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut	Campuran Otonom dan Represif
2	Nomor 5/PUU-V/2007	Calon perseorangan dalam PILKADA	Hak atas kesempatan yang sama dalam pemerintahan	Otonom
3	Nomor 2-3/PUU-V/2007	Hukuman Mati	Hak untuk hidup	Otonom
4	Nomor 140/PUU-VII/2009	Undang-Undang Penodaan Agama	Hak atas kebebasan berfikir, berkeyakinan dan beragama	Campuran Otonom dan Represif
5	Nomor 102/PUU-VII/2009	Hak pemilih yang tidak terdaftar	Hak untuk memilih dan dipilih	Responsif
6	Nomor 011/PUU-III/2005	Sistem Pendidikan Nasional	Hak atas pendidikan	Otonom
7	Nomor 24/PUU-V/2007	Anggaran Pendidikan	Hak atas pendidikan	Otonom
8	Nomor 007/PUU-III/2005	Sistem Jaminan Sosial	Hak atas jaminan sosial	Otonom
9	Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Perkara Nomor 008/PUU-III/2005	Sumber daya air	Hak hidup sejahtera lahir dan batin	Otonom
10	Nomor 21-22/PUU-V/2007	Penanaman modal	Hak untuk hidup sejahtera lahir dan batin	Otonom

Sumber: Diolah Sendiri oleh Penulis

Analisis pada penelitian ini dilakukan terhadap 10 (sepuluh) putusan Mahkamah Konstitusi yang terdiri dari 5 (lima) putusan pertama berdimensi hak sipil dan politik, dan 5 (lima) putusan terakhir berdimensi hak ekonomi, sosial dan budaya. Setelah dilakukan analisis, disimpulkan bahwa kecenderungan besar putusan Mahkamah Konstitusi adalah berkarakter hukum otonom. Secara kuantitatif, tanpa bermaksud melakukan generalisasi, 9 (sembilan) putusan berkarakter otonom, 2 (dua) putusan berkarakter campuran antara otonom dan represif, sedangkan 1 (satu) putusan berkarakter responsif.

Karakter hukum otonom ini dapat terlihat dari beberapa aspek yaitu aspek legitimasi hukum, aspek moralitas hukum dan aspek politik hukum. Penelitian ini menemukan pola bahwa sebagian besar putusan meletakkan legitimasi hukumnya pada 'diri' hukum sendiri. Legitimasi hukum diletakkan pada keputusan dari pihak yang telah diberi wewenang untuk memutuskan hukum. Majelis hakim lebih banyak menggali bagaimana bunyi pasal undang-undang yang diuji dan mengaitkannya dengan pasal-pasal lain dalam undang-undang yang sama atau dalam undang-undang yang lain. Majelis hakim terlihat banyak membantah pendapat para pemohon dengan mengatakan bahwa pasal tertentu telah menjawab keberatan pemohon. Hukum juga ditafsirkan dengan pendekatan legalisme, yaitu pendekatan berbasis peraturan perundang-undangan.²⁷²

Mahkamah Konstitusi mendorong dilakukannya pengawasan oleh pihak yang telah diberi otoritas oleh hukum. Mahkamah Konstitusi sangat menghormati prosedur dalam rangka penyusunan dan pengawasan hukum. Statemen ini sangat terlihat pada konteks pemberian kewenangan oleh Undang-Undang kepada

²⁷² Sekedar sebagai sample, lihat Putusan Nomor 21-22/PUU-V/2007, hlm. 220-221, Putusan Nomor 5/PUU-V/2007, hlm. 67, Putusan Nomor 140/PUU-VII/2009, hlm. 272 dan Putusan Nomor 011/PUU-III/2005, hlm. 38

pemerintah untuk memberikan izin kepada pihak swasta yang hendak mengeksploitasi sumber daya alam dan sumber daya air. Pada intinya, Mahkamah Konstitusi mengatakan bahwa sumber daya alam dan sumber daya air adalah *genuine* milik bangsa Indonesia dan rakyat berdaulat atasnya dan seluruhnya berada di bawah penguasaan negara demi sebesar-besar kemakmuran rakyat (*vide* Pasal 33 dan 34 UUDNRI 1945). Namun demikian, pemerintah diberi kewenangan untuk memberikan hak guna usaha, hak guna pakai dan beberapa jenis hak lainnya dengan ketentuan syarat-syaratnya harus terpenuhi.²⁷³

Pada sisi politik hukum, Mahkamah Konstitusi terlihat berusaha keras untuk meletakkan pendapat saksi dari kalangan Pemerintah dan Dewan Perwakilan Rakyat (sebagai representasi pihak berwenang) dan pendapat para pemohon pada posisi yang sama. Mahkamah Konstitusi berusaha keras untuk netral dari keduanya. Temuan lain yang sangat penting adalah dominannya penggunaan metode penafsiran gramatikal/bahasa dan/atau penafsiran sistematis. Di dalam usaha menjaga netralitas putusannya, Mahkamah Konstitusi lebih banyak ‘berkutat’ pada penafsiran bahasa yang digunakan dalam Pasal Undang-Undang serta melihat pasal lain, baik dalam undang-undang yang sama dan/atau undang yang lain, untuk memperkuat pertimbangan hukumnya.

Diantara dominasi karakter hukum otonom, terdapat satu putusan yang berkarakter responsif yaitu putusan tentang hak untuk memilih (*right to vote*) bagi warga yang tidak terdaftar dalam Daftar Pemilih Tetap (DPT).²⁷⁴ Responsifitas tersebut terlihat dari tiga aspek yaitu aspek legitimasi, moralitas dan politik hukum dan aspek metode penafsiran. Putusan ini menempatkan hak untuk memilih (*rights to*

²⁷³ Putusan Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Nomor 008/PUU-III/2005, hlm. 496 dan Putusan Nomor 21-22/PUU-V/2007, hlm. 177-178

²⁷⁴ Putusan Nomor 102/PUU-VII/2009

vote) yang dimiliki oleh warga Indonesia yang memiliki kartu identitas sebagai Warga Negara Indonesia sebagai hak yang tidak dapat dikurangi oleh ketentuan administratif prosedural.²⁷⁵ Legitimasi hukum, pada putusan ini, diletakkan pada hak warga negara. Mahkamah Konstitusi memposisikan warga negara sebagai pemegang kedaulatan utuh yang ‘difasilitasi’ untuk terlibat dalam penentuan keputusan.²⁷⁶ Pada putusan ini Mahkamah Konstitusi juga terlihat berusaha mendamaikan antara kepentingan publik dengan kepentingan politik agar keduanya saling menerima. Pada putusan ini, aspek prosedur hukum ‘agak’ diabaikan dengan cara memberikan penafsiran ekstensif. Mahkamah Konstitusi tidak keluar dari jalur logika hukum, tetapi penafsiran meluas (*ekstensif*) memungkinkan Mahkamah untuk cepat mengambil keputusan dalam rangka merepson tuntutan publik yang sangat dibutuhkan dalam rangka menerobos kebuntuan hukum. Statemen di atas didasari oleh pertimbangan Mahkamah Konstitusi sebagai berikut:²⁷⁷

Menimbang bahwa terhadap permohonan para Pemohon, Mahkamah memandang tidak perlu mendengar keterangan Pemerintah maupun Dewan Perwakilan Rakyat, karena hal tersebut dimungkinkan menurut Pasal 54 UU MK. Adapun bunyi selengkapnya Pasal 54 UU MK adalah “*Mahkamah Konstitusi dapat meminta keterangan dan/atau risalah rapat yang berkenaan dengan permohonan yang sedang diperiksa kepada Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, dan/atau Presiden*”.

Mahkamah Konstitusi memilih menafsirkan kata ‘dapat’ dengan tidak mengundang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, dan/atau Presiden. Hal itu dilakukan atas dasar keterdesakan dari sisi waktu, karena putusan Mahkamah Konstitusi ditunggu secara langsung oleh banyak rakyat Indonesia yang tidak terdaftar dalam Daftar Pemilih Tetap.

²⁷⁵ *Ibid.*, hlm. 15

²⁷⁶ *Ibid.*, hlm. 13

²⁷⁷ *Ibid.*, hlm. 18

Mahkamah Konstitusi juga terlihat menerobos ‘kebiasaan hukum’ yang memerlukan prosedur untuk pengesahan sebuah ketentuan perundang-undangan. Lazimnya, perubahan atas ketentuan dalam undang-undang harus dilakukan dengan peraturan yang sederajat. Pada kondisi darurat, perubahan dapat dilakukan dengan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu). Mahkamah berpendapat bahwa jika Mahkamah memerintahkan untuk mengakomodasi permohonan pemohon harus dengan menggunakan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu), maka hal itu akan potensial dibatalkan oleh Dewan Perwakilan Rakyat melalui *legislative review*. Oleh karena itu, demi menjamin perlindungan dan pemenuhan hak asasi warga negara, Mahkamah memilih untuk mengeluarkan putusan bersifat *self executing* yang langsung dapat diterapkan oleh KPU tanpa memerlukan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu).²⁷⁸

Pertimbangan di atas semakin jelas bahwa Mahkamah Konstitusi mencoba keluar dari ritinitas prosedural hukum dan meletakkan legitimasi atas keputusannya pada moralitas publik dan kebutuhan riil masyarakat serta hak asasi manusia. Meminjam bahasa Satjipto Raharjo, Mahkamah Konstitusi telah memutuskan perkara dengan berpihak kepada rakyat (atau pro-rakyat).²⁷⁹ Pertimbangan hukum seperti inilah yang merupakan esensi hukum responsif.

(2) Perspektif Mahkamah Konstitusi tentang Hak yang Tidak Dapat Dikurangi (*Non-Derogable Rights*) dan Hak yang Dapat Dikurangi (*Derogable*)

Secara yuridis, hukum nasional dan hukum internasional memberikan ketentuan yang tegas mengenai kategori *derogable rights* dan *non-derogable rights*.

²⁷⁸ *Ibid.*, hlm. 16

²⁷⁹ Satjipto Raharjo, ... *op. cit.*, hlm. 1-2

Kategori *non-derogable rights* mengacu pada ketentuan Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 dan Pasal 4 ayat (2) Kovenan Internasional tentang Hak Sipil Politik. Sedangkan kategori *derogable rights* adalah hak-hak yang diakui diluar dua ketentuan tersebut. Demi mendapatkan pemahaman yang jelas, maka akan dikutip secara lengkap Pasal 4 ayat (1) dan ayat (2) KIHSP sebagai berikut:

- (1) Dalam keadaan darurat yang mengancam kehidupan bangsa dan keberadaannya, yang telah diumumkan secara resmi, Negara-Negara Pihak pada Kovenan ini dapat mengambil langkah-langkah yang mengurangi kewajiban-kewajiban mereka berdasarkan Kovenan ini, sejauh memang sangat diperlukan dalam situasi darurat tersebut, sepanjang langkah-langkah tersebut tidak bertentangan dengan kewajiban-kewajiban lainnya berdasarkan hukum internasional dan tidak mengandung diskriminasi semata-mata berdasarkan atas ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama atau asal-usul sosial.
- (2) Pengurangan kewajiban atas pasal-pasal 6, 7, 8 ayat (1) dan (2), 11, 15, 16, 18 sama sekali tidak dibenarkan berdasarkan ketentuan ini.

Untuk menguji apakah ketentuan nasional ekuifalen dengan hukum internasional, maka berikut akan dibuat sebuah skema tentang bagaimana hukum nasional dan hukum internasional mengatur tentang *non derogable rights*. Skema ini akan diambil dari ketentuan Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia dan beberapa Pasal dalam Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik.

Tabel 8:
Pengaturan Kategorisasi *non-derogable Rights*
dalam UUD 1945 dan KIHSP

No	Pasal 28I ayat (1) UUDNRI	Pasal	KIHSP
		Pasal 4 ayat (2)	Pengurangan kewajiban atas pasal-pasal 6, 7, 8 (ayat 1 dan 2), 11, 15, 16, dan 18 sama sekali tidak dapat dibenarkan

			berdasarkan ketentuan ini.
1	Hak untuk hidup	Pasal 6	Setiap manusia berhak atas <i>hak untuk hidup</i> yang melekat pada dirinya. Hak ini wajib dilindungi oleh hukum. Tidak seorangpun dapat dirampas hak hidupnya secara sewenang-wenang.
2	Hak untuk tidak disiksa	Pasal 7	Tidak seorangpun yang dapat dikenakan <i>penyiksaan atau perlakuan atau hukuman lain yang keji, tidak manusiawi atau merendahkan martabat.</i> Pada khususnya tidak seorangpun dapat dijadikan obyek eksperimen medis atau ilmiah tanpa persetujuan yang diberikan secara bebas.
3	Hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani	Pasal	Setiap orang berhak atas kebebasan <i>berfikir, berkeyakinan dan beragama.</i>
4	Hak beragama	18 ayat (1)	Hak ini mencakup kebebasan untuk menganut atau menetapkan agama atau kepercayaan atas pilihannya sendiri, dan kebebasan, baik secara mandiri maupun bersama-sama dengan orang lain, baik di tempat umum atau tertutup, untuk menjalankan agama dan kepercayaannya dalam kegiatan ibadah, penataan, pengamalan, dan pengajaran.
5	Hak untuk tidak diperbudak	Pasal 8 ayat (1) dan (2)	1. Tidak <i>seorangpun dapat diperbudak</i> ; perbudakan dan perdagangan budak dalam segala bentuknya harus dilarang. 2. Tidak seorangpun dapat diperhambakan.
6	Hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum	Pasal 16	Setiap orang berhak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum di manapun ia berada.

7	Hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut	Pasal 15	Tidak seorangpun boleh dianggap bersalah melakukan pelanggaran pidana berdasarkan suatu perbuatan yang telah dilakukan atau tidak dilakukannya, hal mana pada saat dilakukan atau tidak dilakukannya tidak merupakan pelanggaran pidana menurut hukum nasional dan hukum internasional . Demikian pula tidak boleh dikenakan hukuman yang lebih berat daripada yang dapat diterapkan pada saat pelanggaran pidana termaksud dilakukan. Jikalau, sesudah dilakukan pelanggaran, dikeluarkan ketentuan undang-undang untuk mengenakan yang lebih ringan, maka si pelanggar harus mendapat manfaat dari hal tersebut.
		Pasal 11	Tidak seorangpun dapat dipenjara semata-mata atas dasar ketidakmampuan untuk memenuhi suatu kewajiban kontraktualnya.

Sumber: Diolah Sendiri oleh Penulis

Tabel di atas menunjukkan bahwa ketentuan pengaturan tentang hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*) dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 telah sejalan dengan bagaimana komunitas internasional mendefinisikannya melalui Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (KIHP) atau *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)*. Secara historis, kesesuaian itu bukanlah sebuah kebetulan karena para penyusun naskaha perubahan Undang-Undang Dasar memang terinspirasi oleh

Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (KIHSP) pada saat memutuskan masuknya Pasal 28I ayat (1). Proses penyusunan BAB X tentang Hak Asasi Manusia pada perubahan Undang-Undang Dasar dilakukan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat tahun 1999-2002 dilakukan dengan mekanisme yang sangat partisipatif. MPR membentuk tim-tim kerja yang diperintahkan untuk serap aspirasi ke seluruh wilayah Indonesia dan hasilnya kemudian dibawa ke rapat masing-masing fraksi. Setelah disepakati pada tingkatan fraksi, rapat paripurna digelar dan kemudian memutuskan untuk menambah BAB X tentang Hak Asasi Manusia yang terdiri dari Pasal 28A – 29J.²⁸⁰

Berbeda dengan substansi skema yang dijelaskan di atas, Mahkamah Konstitusi nampaknya berpandangan bahwa keberadaan Pasal 28J ayat (2) UUDNRI 1945 adalah pembatasan yang dapat diterapkan kepada seluruh kategori hak yang diatur dan diakui dalam Pasal 28A-Pasal 28I. Pandangan ini berangkat dari sekian banyak putusan yang menyangkut kategori hak-hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*) sebagaimana diatur dalam Pasal 28I ayat (1) yang ditafsirkan bukanlah merupakan hak mutlak dan tetap dapat dikenai pembatasan. Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa kemutlakan hak tidak dapat dibenarkan. Bagaimana jika ada kategori hak yang bertentangan dengan ‘nilai-nilai agama’? Pertanyaan tersebut mengemuka pada pertimbangan putusan Mahkamah Konstitusi tentang pembelakuan hukum secara surut.²⁸¹ Pertanyaan khas dari penganut relativisme budaya (*cultural relativism*).

Padangan di atas, menurut Mahkamah Kontitusi didasarkan pada pola penafsiran sistematis (*systematic interpretation*) dan penafsiran sejarah (*original*

²⁸⁰ ---, *Naskah Komprehensif ... op. cit.*, hlm. 128-254

²⁸¹ Putusan Nomor 065/PUU-II/2004

intent). **Penafsiran sistematis** dimaknai bahwa pemahaman satu pasal harus dibarengi dengan memahami pasal yang lain. Hasilnya, pemahaman Pasal 28I ayat (1) harus dibarengi dengan memahami Pasal 28J ayat (2) yang kongklusinya adalah bahwa seluruh kategori hak asasi manusia dapat dikenai pembatasan. **Penafsiran sejarah** ini dilakukan dengan mengacu pada pandangan para penyusun perubahan Undang-Undang Dasar khususnya Pasal 28. Mahkamah Konstitusi mengklaim bahwa penyusun perubahan Undang-Undang Dasar khususnya Pasal 28 menghendaki agar Pasal 28J ayat (2) diposisikan sebagai klausula pembatasan terhadap seluruh hak yang diakui sebelumnya.

Klaim tersebut perlu dipertanyakan mengingat pada masa pembahasan rencana perubahan Undang-Undang Dasar khususnya Pasal 28 yang terjadi antara tahun 1999-2002, sebenarnya tidak ada pernyataan tunggal mengenai klaim tersebut.

Valina Sinka Subekti dari F-UG menyatakan bahwa :

...prinsip yang kedua, adalah ada hak yang namanya *non-derogable rights*, yaitu hak yang tidak boleh dicabut oleh siapapun. Kami mengusulkan supaya *non-derogable rights* ini harus dirumuskan dan ditegaskan bahwa hak-hak ini harus dijamin dan dilindungi oleh negara, tidak boleh dicabut oleh siapapun. *Non-derogable* ini antara lain 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 depan hukum dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.²⁸²

Pandangan senada juga dikatakan oleh penyusun lain seperti Hendy Tjaswadi dan Taufiqurrahman Ruki dari FTNI/POLRI,²⁸³ dan Slamet Efendi Yusuf dari F-PG yang mengatakan:²⁸⁴

Selain itu kami juga nanti akan mengusulkan, agar di dalam masalah ini juga dimasukkan penegasan tentang hak-hak yang berkaitan dengan hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun, jadi *non-derogable*

²⁸² ---, *Naskah Komprehensif, ... op. cit.*, hlm. 174

²⁸³ *Ibid.*, hlm. 136, 139

²⁸⁴ *Ibid.*, hlm. 177

rights. Itu sangat penting, olehkarena bagaimanapun juga di masa-masa yang lalu hal-hal yang semacam ini di dalam kehidupan masyarakat dunia, khususnya lagi di dalam masyarakat kita, kurang diperhatikan.

Mahkamah Konstitusi juga terlihat kurang konsisten dalam persoalan klasifikasi *non-derogable rights* ini. Pada perkara lain, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa Pasal 28J ayat (2) tidak dapat diberlakukan pada hak-hak yang diakui dalam Pasal 28I ayat (1). Hal ini dapat dilihat pada Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 013/PUU-I/2003 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2003 tentang pemberlakuan Penetapan Perpu Nomor 2 Tahun 2002 tentang Pemberlakuan Perpu Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme pada Peristiwa Peledakan Bom Bali tanggal 12 Oktober 2002 menjadi Undang-undang. Mayoritas hakim waktu itu berpendapat, mengacu pada pendapat ahli Dr. Maria Farida Indrati, S.H. (saat ini Profesor dan menjadi hakim Mahkamah Konstitusi), bahwa pembatasan atas hak asasi manusia sebagaimana diatur oleh Pasal 28J Ayat (2) UUD 1945 tidak dapat diberlakukan pada hak-hak asasi manusia yang diatur dalam Pasal 28I Ayat (1) UUD 1945, karena adanya frasa “*dalam keadaan apapun*”.²⁸⁵

(3) Peta Paradigma Mahkamah Konstitusi dalam Memutus Perkara yang Berdimensi Hak Asasi Manusia

Berdasarkan analisis terhadap 10 (sepuluh) putusan, maka secara umum hasil analisis dapat disusun dalam bentuk table sebagai berikut.

Tabel 9 :
Paradigma Hukum Hak Asasi Manusia Mahkamah Kontitusi

No.	Nomor	Kasus	yang	Kategori Hak	Paradigma
-----	-------	-------	------	--------------	-----------

²⁸⁵ Putusan Nomor 013/PUU-I/2003, hlm. 42

	Putusan	dimohonkan		Hukum Hak Asasi Manusia
1	Nomor 065/PUU-II/2004	Pemberlakuan hokum secara surut	Hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut	Relatifisme Budaya
2	Nomor 5/PUU-V/2007	Calon perseorangan dalam PILKADA	Hak atas kesempatan yang sama dalam pemerintahan	Universalisme
3	Nomor 2-3/PUU-V/2007	Hukuman Mati	Hak untuk hidup	Relatifisme Budaya
4	Nomor 140/PUU-VII/2009	Undang-Undang Penodaan Agama	Hak atas kebebasan berfikir, berkeyakinan dan beragama	Relatifisme Budaya
5	Nomor 102/PUU-VII/2009	Hak pemilih yang tidak terdaftar	Hak untuk memilih dan dipilih	Universalisme
6	Nomor 011/PUU-III/2005	Sistem Pendidikan Nasional	Hak atas pendidkan	Relatifisme Budaya
7	Nomor 24/PUU-V/2007	Anggaran Pendidikan	Hak atas pendidikan	Relatifisme Budaya
8	Nomor 007/PUU-III/2005	Sistem Jaminan Sosial	Hak atas jaminan sosial	Relatifisme Budaya
9	Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Perkara Nomor 008/PUU-III/2005	Sumber daya air	Hak hidup sejahtera lahir dan batin dan beberapa hak lainnya	Campuran antara Universalisme dan Relatifisme Budaya
10	Nomor 21-22/PUU-V/2007	Penanaman modal	Hak untuk hidup sejahtera lahir dan batin dan beberapa hak lainnya	Relatifisme Budaya

Sumber : Diolah Sendiri oleh Penulis

Berdasarkan skema di atas, dapat disimpulkan bahwa kecenderungan besar paradigma hukum hak asasi manusia Mahkamah Konstitusi dalam menafsirkan

pasal-pasal konstitusi yang berdimensi hak asasi manusia adalah **relatifisme budaya** (*cultural relativism*). Skema di atas menunjukkan bahwa 7 (tujuh) putusan berparadigma relatifisme budaya (*cultural relativism*), 2 (dua) putusan berparadigma universalisme (*universalism*), dan 1 (satu) putusan berparadigma campuran universalisme dan relatifisme budaya.

Kesimpulan ini sesungguhnya senada atau konsisten dengan pengaturan Pasal 28J ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tentang pembatasan hak asasi manusia. Klausula ‘agama’ sebagai aspek yang dapat digunakan untuk membatasi hak asasi manusia membuktikan bahwa pasal tersebut menggunakan paradigma relatifisme budaya (*cultural relativism*). Hal tersebut berkaitan dengan salah satu makna relatifisme budaya yang menyatakan bahwa ide relatifisme didasarkan pada dua hal utama yaitu budaya dan agama. Di dalam konsepsi paradigma relatifisme budaya (*cultural relativism*), hak asasi manusia dan aturan tentang moralitas harus disandikan tergantung pada konteks budaya. Terminologi budaya ini termasuk tradisi indigenos (*indigeneous tradition*) dan praktik kebiasaan termasuk ideologi politik, **ideologi agama** dan struktur institusi.²⁸⁶

Pertanyaannya apakah benar para penyusun Undang-Undang Dasar pada saat amandemen memang menghendaki paradigma relatifisme budaya (*cultural relativism*) sebagai paradigma Konstitusi? Jika dibaca pada risalah sidang amandemen Undang-Undang Dasar, sesungguhnya para anggota Majelis Permusyawaratan Rakyat menghendaki untuk mengakomodasi perspektif hak asasi manusia universal. Hal ini terlihat pada bagaimana anggota MPR memperbincangkan penggunaan instrumen internasional hak asasi manusia sebagai rujukan perumusan

²⁸⁶ Jack Donnelly, ‘Ethics and International Human Rights’ dalam Pranoto Iskandar, ... *op. cit.*, hlm. 157-158

hak dan penentuan hak yang akan diatur dalam Undang-Undang Dasar. Sebagian besar anggota MPR merujuk pada instrumen internasional, juga pada situasi dan perkembangan internasional di bidang hak asasi manusia. Beberapa anggota MPR menyatakan jika tidak menggunakan perspektif hak asasi manusia universal, dikhawatirkan akan terjadi penistaan terhadap martabat manusia dan pelanggaran hak asasi manusia seperti yang terjadi pada masa lalu dan di beberapa negara.

Slamet Efendi Yusuf dari Fraksi Partai Golkar (F-PG) bahkan secara tegas mengatakan bahwa sebaiknya paham atau paradigma relativisme budaya (*cultural relativism*) dihilangkan. Pernyataan tersebut secara lengkap adalah sebagai berikut:²⁸⁷

Perdebatan yang terjadi pada saat penyusunan konstitusi ini dimana masalah kolektivisme dan individualisme dipertentangkan sedemikian rupa saya kira saatnya kita sekarang ini untuk meninjau kembali.

Demikian juga ketika kita melihat masalah-masalah yang berkait dengan HAM dengan hak asasi manusia yang pada masa lampau muncul di kalangan kita ada pandangan yang univervalistik yang menganut pandangan yang universalisme dari hak asasi manusia. Sementara yang lain mengembangkan pandangan yang partikularistik, yaitu pandangan partikularisme yang mengatakan bahwa setiap bangsa memiliki sifat-sifatnya sendiri untuk mengatur hak-hak dasarnya.

Kami melihat bahwa pandangan yang partikularistik ini di masa pemerintahan dimana kekerasan itu menjadi pengendali dari suatu negara dimana kekuasaan itu dilakukan secara otoriter. Itu lebih bernuansa kepada penjagaan kekuasaan untuk lestari, tetapi mengabaikan perlindungan terhadap hak asasi manusia.

Oleh karena itu menurut fraksi kami, oleh karena bangsa ini adalah bagian yang tidak terpisahkan sebagai bagian dari masyarakat dunia dimana kita sudah sepakat dengan berbagai macam Deklarasi tentang Hak Asasi Manusia, bersepakat dengan berbagai komponen hak asasi manusia **maka pandangan yang partikularistik yang tujuannya hanya memelihara kekuasaan, kurang melindungi hak asasi manusia harus kita tinggalkan.**

Perdebatan di atas nyaris sempurna dan tidak ada komplain lebih jauh. Hampir seluruh anggota MPR menyepakati ide universal hak asasi manusia hingga pada akhirnya, walaupun tidak dengan tegas menganut paradigma

²⁸⁷ ---, *Naskah Komprehensi ...*, op. cit., hlm. 176

partikularistik/relativisme budaya (*cultural relativism*), F-Reformasi melalui Patrialis Akbar mengajukan ‘nilai-nilai agama’ sebagai pembatasan hak asasi manusia.²⁸⁸ Ide ini seakan mengunci seluruh perdebatan tentang universalisme (*universalism*) dan relativisme budaya (*cultural relativism*). Penjelasan lebih jauh akan dilakukan di bawah ini.

Sebagaimana dijelaskan pada Bab III, bahwa konsep hak asasi manusia mengenal adanya dua pembagian hak asasi manusia yaitu hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*) dan hak yang dapat dikurangi (*derogable rights*). Konsep hak yang dapat dikurangi (*derogable rights*) mengacu pada beberapa hak yang dapat dikurangi pemenuhannya berdasarkan beberapa alasan tertentu. Alasan tersebut terdapat dilihat pada beberapa pasal antara lain (a) Pasal 29 ayat (2) Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia; (b) Pasal 12 ayat (3), Pasal 21 dan Pasal 22 ayat (2) Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (KIHSP); (c) Pasal 70 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia; dan (d) Pasal 28J ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia.

Beberapa pasal di atas secara tegas menyatakan bahwa beberapa kategori hak asasi manusia tidak bersifat absolut, artinya dapat dikurangi pemenuhannya berdasarkan beberapa alasan. Alasan tersebut antara lain:

- (a) dilakukan dengan undang-undang;
- (b) untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain; dan
- (c) untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

²⁸⁸ *Ibid.*, hlm. 237

Namun demikian, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia khususnya Pasal 28J ayat (2) memiliki ketentuan yang berbeda dengan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia, Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik, serta Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Perbedaan tersebut terletak pada poin pembatasan yang dimungkinkan berdasarkan nilai-nilai agama. Bunyi pasal tersebut secara lengkap adalah sebagai berikut:

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 kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, **nilai-nilai agama**, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

Pada masa perumusannya, kemunculan ‘nilai-nilai agama’ yang terdapat dalam Pasal 28J ayat (2) menjadi perdebatan yang cukup seru di antara para anggota MPR. Terdapat tiga kelompok pendapat tentang masuknya ‘nilai-nilai agama’ pada rumusan pembatasan hak asasi manusia. *Pertama*, kelompok yang berpendapat bahwa frasa ‘nilai-nilai agama’ tidak perlu dimasukkan karena telah diatur pada pasal yang lain. Kelompok ini diwakili oleh Katin Subiantoro dari F-PDIP dengan menyatakan:²⁸⁹

...soal agama sudah dimasukkan dalam ayat yang lain sehingga saya merasa itu tidak perlu, itu dicantumkan dalam ayat yang diusulkan ini.

Kedua, kelompok yang tidak setuju dengan masuknya frasa ‘nilai-nilai agama’. Pandangan ini dikemukakan F.TNI/Polri melalui Taufiqurrahman Ruki. Ia menyatakan:

Kami yang pertama menyatakan tidak setuju penambahan kata ini (nilai-nilai agama--pen), tetapi tolong jangan diartikan bahwa tidak setuju tentang penerimaan agama tolong jangan dijabarkan seperti itu, saya minta ini bisa dipahami ...

²⁸⁹ ---, Naskah Komprehensif, ... *op. cit.*, hmm. 237

...alangkah baiknya kalau kita menghargai hasil-hasil kerja teman-teman kita semuanya yang nyatanya adalah wakil-wakil dari fraksi.

Ketiga, kelompok yang mengusulkan frasa ‘nilai-nilai agama’. Usulan ini diajukan oleh F-Reformasi. Patrialis Akbar memberikan ilustrasi berikut:²⁹⁰

... di dalam 28 ayat J itu kalimatnya begini ‘Di dalam menjalankan hak dan kebebasannya setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dan nilai-nilai agama’. Karena kita bicara tentang masalah hak asasi, tentu kita tidak ingin ada nilai-nilai moral agama dengan alasan kebebasan hak asasi manusia. Apakah kita ingin melihat orang telanjang karena itu hak asasi. Apakah kita ingin melihat lesbi, cium-ciuman di depan umum. Ini nilai-nilai agama adalah merupakan bagian yang tidak bisa dipisahkan dengan hak asasi manusia.

Pendapat di atas didukung oleh Moh. Dadan Anwar dari F-KB untuk mempertahankan usul dari F-Reformasi itu. Dadan menyatakan bahwa:²⁹¹

...jadi usulan tadi itu menyempurnakan sebab kalau disetujui hanya disebut moral saja, moral itu kan macam-macam begitu. Moral kita juga berbeda-beda, tapi agama kan jelas nilai-nilai yang normatif ...

Perdebatan tersebut berakhir dengan persetujuan, walaupun dengan ketidakpuasan dari beberapa fraksi,²⁹² untuk memasukkan frasa ‘nilai-nilai agama’ menjadi bagian dari Pasal 28J ayat (2).

Pada konteks perdebatan soal Pasal 28J ayat (2), sesungguhnya Mahkamah Konstitusi telah membangun konsistensi dalam menafsirkan konstitusi yang berkaitan dengan hak asasi manusia. Konsistensi ini perlu diapresiasi sebagai capaian putusan, namun secara akademik justru situasi ini memunculkan banyak pertanyaan antara lain *pertama*, bagaimana menafsirkan klausula ‘nilai-nilai agama’; *kedua*, patut dikhawatirkan klausula ‘nilai-nilai agama’ akan menjadi ‘sapu jagat’ bagi hak-hak yang diatur di dalam konstitusi.

²⁹⁰ *Ibid.*, hlm. 237

²⁹¹ *Ibid.*, hlm. 242

²⁹² Lihat ---, *Naskah Komprehensif, ... op. cit.*, hlm. 145

Persoalan *pertama* berkaitan dengan penafsiran klausula ‘nilai-nilai agama’. Pertanyaannya adalah bagaimana Mahkamah Konstitusi membangun rumusan yang sah tentang nilai-nilai agama? Pemerintah Indonesia hanya ‘mengakui’²⁹³ 6 (enam) agama sebagai agama resmi antara lain Islam, Kristen, Katolik, Hindu, Budha dan Konghucu. Pertanyaannya adalah bagaimana menyatukan berbagai perspektif dari keenam agama tersebut jika terjadi perbedaan yang cukup tajam antar satu dengan yang lain menyangkut hal-hal tertentu. Sebagaimana ketahui umum bahwa antara satu agama dengan agama lain lazimnya memiliki perspektif, aturan, nilai, moralitas yang sangat beragam. Persoalan tersebut berbeda halnya dengan unsur pembatasan yang lain seperti (a) dengan undang-undang; (b) pengakuan dan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain; dan (c) pertimbangan moral publik, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis. Ketiga aspek tersebut dapat dilacak model pemaknaannya dalam berbagai ketentuan internasional dan telah ada konsep yang dapat diikuti. Sedangkan aspek pembatasan atas ‘nilai-nilai agama’ adalah khas dan hanya ada di Indonesia dan tidak dapat diketemukan pada praktik internasional. Pada poin inilah penelitian akademis lanjutan perlu dilakukan untuk memahami dan memberikan penafsiran atas ‘nilai-nilai agama’ tersebut pada konteks akademis hingga tataran praktis.

Persoalan *kedua*, jika klausula ‘nilai-nilai agama’ sebagaimana dimaksud pada poin pertama tidak ada penjelasan dan/atau penafsiran yang tegas, dikhawatirkan

²⁹³ Terminologi ‘mengakui’ sengaja diberi tanda petik karena terminologi ini memiliki persoalan di dalam perspektif hak asasi manusia. Hak asasi manusia mengusulkan bahwa negara tidak memiliki kewenangan untuk menyatakan suatu agama sebagai agama resmi atau tidak, karena tugas negara dalam konteks kebebasan beragama adalah hanya berupa kewajiban untuk menghormati (*to respect*). ‘Pengakuan’ hanya terhadap 6 (enam) agama adalah merupakan pembatasan, pencabutan, pengurangan dan penghalangan terpenuhinya hak asasi manusia. Pada konteks ini, maka pelanggaran hak asasi manusia secara aktif (*by commission*) telah terjadi. Jikalau negara akan mengatur persoalan kebebasan beragama, maka batas kewenangannya adalah hanya yang berkaitan dengan ekspresi luar (*forum ekstranum*) dari kebebasan beragama tersebut.

klausula tersebut akan menjadi ‘sapu jagat’ bagi kategori hak asasi manusia sebagaimana diatur dan diakui dalam Pasal 28 UUDNRI 1945. Dikatakan sebagai ‘sapu jagat’ karena klausula ‘nilai-nilai agama’ merupakan klausula yang sangat umum dan dapat ditafsirkan dengan sangat luas. Secara praktis, perlu dilakukan upaya mengawal bagaimana Mahkamah Konstitusi memberikan penafsiran atas klausula ‘nilai-nilai agama’. Misalnya jika ada kategori hak tertentu yang dianggap bertentangan dengan nilai satu agama namun tidak bertentangan dengan agama yang lain, bagaimana Mahkamah Konstitusi menyelesaikan persoalan tersebut. Pertanyaan yang lebih jauh adalah karena prinsip hak asasi manusia juga berkaitan erat dan perlu diturunkan ke dalam norma hukum, maka bagaimana menyatukan perspektif agama-agama tersebut ke dalam norma hukum.

Pandangan relativisme kultural sesungguhnya telah diakomodasi oleh komunitas internasional dalam konsep universal hak asasi manusia menggunakan jalan keluar yang sah. Manfred Nowak misalnya mengajukan konsep *proportionality and the margin of appreciation*.²⁹⁴ Secara yuridis, *Vienna Declaration* tahun 1993 mendorong pentingnya pertimbangan kekhususan nasional dan regional berkaitan dengan tradisi agama dan budaya mereka. Konsep ini penulis anggap sebagai “akomodasi positif dan terbatas”.²⁹⁵ Konsep *proportionality and the margin of appreciation* mencoba mengakomodasi paradigma relativisme kultural dengan menawarkan kemungkinan untuk memahami konsep universal hak asasi manusia disesuaikan dengan konteks nasional Negara Pihak pada Kovenan/Konvensi dalam

²⁹⁴ Manfred Nowak, *Introduction to the ... op. cit.*, hlm. 59

²⁹⁵ Klausula “akomodasi positif dan terbatas” sengaja dimunculkan untuk mengatakan bahwa sebenarnya akomodasi konsep relativisme kultural hanya dapat dilakukan dalam konteks pembatasan yang dibenarkan menurut Pasal 21 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik, Pasal 8 ayat (1) Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya, Pasal 8-11 ayat (2) Konvensi Eropa tentang Hak Asasi Manusia, dan 15 dan 16 ayat (2) Konvensi Amerika tentang Hak Asasi Manusia.

batas dan penafsiran tertentu. Berbeda dengan pandangan relativisme kultural yang menggunakan alasan agama dan budaya sebagai alat untuk menerima atau menolak dan mengkritik hak asasi manusia secara sepihak, komunitas internasional membatasi konsep akomodasi nilai agama dan budaya dalam prinsip *proporsionaliti* dan *margin of appreciation*.

Prinsip *margin of appreciation* muncul dari praktik Pengadilan Hak Asasi Manusia Eropa (*European Court of Human Rights*) ketika menafsirkan Pasal 21 Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik. Prinsip ini mengatakan bahwa pertimbangan nilai-nilai nasional dan budaya dalam memahami standar hak asasi manusia universal dan dalam membatasi beberapa hak tertentu hanya dapat dilakukan dengan hukum yang jelas dan dapat diprediksi dampaknya (*law is clear and foreseeable*). Pembatasan dapat diterima hanya jika dibenarkan oleh alasan pemeliharaan ketertiban umum atau alasan yang serupa. Sedangkan prinsip proporsionalitas (*proportionality*) digunakan untuk menghindari penyalahgunaan kekuasaan oleh negara. Negara yang ingin melakukan intervensi terhadap hak-hak tertentu seperti privasi, hak atas kebebasan beragama, berekspresi dan berorganisasi tidak hanya dituntut untuk melegitimasi tindakan mereka dengan hukum, tetapi negara harus membuktikan bahwa intervensi mereka dibutuhkan untuk melindungi kepentingan-kepentingan terkait.²⁹⁶ Derivasi dari prinsip proporsionalitas yang paling penting adalah adanya larangan melakukan diskriminasi.²⁹⁷ Prinsip Larangan diskriminasi merupakan prinsip penting yang merupakan turunan langsung dari hak atas kesetaraan. Prinsip larangan diskriminasi merupakan respon atas kejahatan diskriminasi yang terjadi pada masa lalu. Larangan diskriminasi ini didasarkan pada

²⁹⁶ Manfred Nowak, *Introduction to the ... op. cit.*, hlm. 60

²⁹⁷ *Ibid.*, hlm. 61

Pasal 2 pada ‘Dua Kovenan Kembar/Utama’²⁹⁸, Pasal 2 Konvensi Hak Anak, Pasal 14 Konvensi Eropa tentang Hak Asasi Manusia, Pasal 1 Konvensi Amerika tentang Hak Asasi Manusia dan Pasal 2 Piagam Afrika tentang Hak Asasi Rakyat dan Manusia. Menurut beberapa instrumen tersebut, setiap negara harus mengupayakan pelarangan diskriminasi berupa pembedaan yang didasarkan pada ras, warna kulit, bahasa, kelahiran dan agama, gender, kewarganegaraan dan asal-usul sosial. Kriteria terbaru diajukan oleh Pasal 13 Piagam Pengadilan Eropa yaitu pembedaan berdasarkan orientasi seksual, umur, disabilitas, dan status minoritas di sebuah negara.²⁹⁹

Penerapan paradigma (*universalism*) dan paradigma relativisme budaya (*cultural relativism*) memiliki model, trend dan bentuk penekanan yang berbeda pada konteks hak sipil dan politik; dan hak ekonomi, sosial dan budaya. Berikut ini adalah analisis berkaitan dengan paradigma hukum hak asasi manusia Mahkamah Konstitusi dalam memahami dua kategori hak asasi manusia tersebut.

(a) Paradigma Mahkamah Konstitusi terhadap Hak Sipil dan Politik

Penelitian ini juga menemukan data yang menarik bahwa paradigma yang umum digunakan oleh Mahkamah Konstitusi dalam konteks hak sipil dan politik adalah paradigma relativisme budaya (*cultural relativism*). Persoalannya adalah penerapan paradigma relativisme budaya (*cultural relativism*) justru diterapkan terhadap hak-hak yang masuk kategori tidak dapat dikurangi (*non-derogable*) sedangkan menyangkut hak-hak yang dapat dikurangi (*derogable rights*), Mahkamah Konstitusi menggunakan paradigma universalisme (*universalism*). Sebagaimana analisis sebelumnya, menyangkut (a) hak untuk

²⁹⁸ Merujuk pada ICCPR dan ICESCR

²⁹⁹ Manfred Nowak, *Introduction to the ... op. cit.*, hlm. 61

tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut; (b) hak atas kebebasan berfikir, berkeyakinan dan beragama; dan (c) hak untuk hidup Mahkamah Konstitusi menggunakan paradigma relativisme budaya (*cultural relativism*), sedangkan menyangkut (a) hak untuk turut serta dalam pemerintahan; dan (b) hak untuk memilih dan dipilih Mahkamah Konstitusi menggunakan paradigma universalisme (*univrrsalism*).

Pada praktiknya, Mahkamah Konstitusi gagal menjelaskan konsepsi teoritis mengenai penggunaan Pasal 28J ayat (2) dengan tiga kategori hak *non-derogable* sebagaimana dikaji dalam penelitian ini. Misalnya, kebebasan orang lain mana yang terganggu, pertimbangan moral dan nilai-nilai agama yang seperti apa dirusak, dan aspek keamanan dan ketertiban seperti apa yang dilanggar oleh diakuinya hak untuk hidup dan hak atas kebebasan berfikir, berkeyakinan dan bergama, serta hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut. Mahkamah Konstitusi gagal menjelaskan pertanyaan persyaratan pembatasan mana yang dirusak atau terganggu dengan berlakunya hak-hak tertentu? Contoh praktisnya, pertimbangan moral dan nilai-nilai agama yang seperti apa dirusak dengan berlakunya hak untuk hidup; hak atas kebebasan berfikir, berkeyakinan dan bergama; serta hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut.

Mahkamah Konstitusi, bahkan sebenarnya, tidak menguji kategori hak yang diajukan para pemohon dengan unsur pembatasan yang diatur pada Pasal 28J ayat (2). Mahkamah Konstitusi sama sekali tidak mendefinisikan unsur-unsur pembatasan kemudian dibenturkan dengan kategori hak yang diajukan

pemohon. Mahkamah Konstitusi menggunakan Pasal 28J ayat (2) khususnya menyangkut ‘nilai-nilai agama’ secara luas bahkan terlalu luas.

Terdapat tiga contoh untuk membuktikan statemen tersebut yaitu *pertama*, pada perkara hak untuk hidup sebagaimana diajukan oleh terpidana mati kasus penyalahgunaan narkoba yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1997 tentang Narkoba, Mahkamah Kontitusi lebih banyak menggunakan pertimbangan lain di luar Pasal 28J ayat (2). Pertimbangan lain itu seperti keadilan bagi korban, hak untuk hidup bagi korban, falsafah pembedaan, angka-angka statistik negara yang masih menerapkan hukuman mati, bahkan dengan melakukan simplifikasi bahwa pengesahan Undang-Undang tentang Narkoba adalah bentuk kewajiban internasional dari keikutsertaan Indonesia pada Konvensi Narkoba dan Psikotropika. Mahkamah Konstitusi dalam kasus ini juga tidak memberikan penjelasan apakah penerapan hukuman mati termasuk kewajiban internasional yang diperintahkan Konvensi Narkoba dan Psikotropika, karena Pasal 3 ayat (6) Konvensi Narkoba dan Psikotropika hanya memberikan kewajiban kepada Negara Pihak “... *to maximize the effectiveness of law enforcement measures...*” (untuk memaksimalkan efektifitas dari langkah/tindakan penegakan hukum). Pertanyaannya apakah memaksimalkan efektifitas sama dengan membolehkan penerapan hukuman mati? Tidak ada penjelasan dalam putusan Mahkamah Konstitusi tentang Undang-Undang Narkoba.³⁰⁰

Kedua, pada kasus pengujian pasal pencegahan penodaan agama, majelis hakim terlihat dengan tegas menggunakan paradigma relativisme budaya.

³⁰⁰ Lihat Putusan Nomor 2-3/PUU-V/2007, hlm. 423

Majelis berpandangan bahwa pertimbangan *nilai-nilai agama* adalah salah satu pertimbangan untuk dapat membatasi hak asasi manusia melalui Undang-Undang. Oleh karena itu, agama bukan hanya bebas untuk dipeluk, tetapi *nilai-nilai agama* menjadi salah satu pembatas bagi kebebasan asasi yang lain.³⁰¹

Majelis juga berpandangan bahwa kebebasan beragama pada dimensi batin (*forum internum*) juga dapat dibatasi, karena penafsiran pada dimensi batin-pun harus dilakukan sesuai pokok-pokok ajaran agama. Paradigma hakim tersebut terlihat pada pertimbangan berikut:³⁰²

Tafsir dapat memberikan keyakinan terhadap sesuatu hal, sehingga tafsir dapat mengarah kepada kebenaran maupun berpotensi kepada terjadinya kesalahan. Walaupun penafsiran keyakinan atas ajaran agama merupakan bagian dari kebebasan yang berada pada *forum internum*, namun penafsiran tersebut haruslah berkesesuaian dengan pokok-pokok ajaran agama melalui metodologi yang benar berdasarkan sumber ajaran agama yang bersangkutan yaitu kitab suci masing-masing, sehingga kebebasan melakukan penafsiran terhadap suatu agama tidak bersifat mutlak atau absolut.

Majelis hakim merujuk pada Pasal 18 ayat (3) Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik untuk membenarkan argumennya. Pasal tersebut berbunyi:

Kebebasan *menjalan* agama atau kepercayaan seseorang hanya hanya dapat dibatasi oleh ketentuan berdasarkan hukum, dan yang diperlukan untuk melindungi keamanan, ketertiban, kesehatan, atau moral masyarakat, atau hak dan kebebasan mendasar orang lain.

Kata '*menjalankan*' pada Pasal di atas sengaja ditulis dalam bentuk *cursive* dan *bold* untuk menekankan bahwa pembatasan yang boleh dilakukan adalah pada konteks upaya 'menjalankan' agama dan bukan pada dimensi batin penafsiran agama. Oleh karena itu, penggunaan Pasal 18 ayat (3) KIHSP

³⁰¹ Putusan Nomor 140/PUU-VII/2009, hlm. 274-275

³⁰² *Ibid.*, hlm. 288-289

sebagai alasan kebolehan pembatasan hak atas kebebasan beragama pada dimensi batin (*forum internum*) adalah tidak tepat.

Ketiga, pada kasus permohonan atas pemberlakuan hukum secara surut. Pada permohonan ini, Mahkamah Konstitusi juga menggunakan alasan sebagaimana diatur oleh Pasal 28J ayat (2) sebagai basis utama pandangannya. Secara lengkap pertimbangan majelis hakim adalah sebagai berikut:³⁰³

“menerapkan asas non-retroaktif haruslah juga diperhitungkan apakah dengan penerapan secara kaku asas non-retroaktif dimaksud akan menimbulkan ketidakadilan, merongrong nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum, sehingga apabila hal itu terjadi justru perlindungan kepada seorang individu secara demikian bukanlah menjadi tujuan hukum”.

Pertimbangan di atas menunjukkan bahwa klausula pembatasan digunakan secara terlalu luas dan tidak dilakukan dengan penjelasan yang lebih rasional. Majelis gagal menjelaskan jika asas *non-retroaktif* diterapkan secara tegas, maka ketidakadilan seperti apa yang akan ditimbulkan; nilai-nilai agama seperti apa dan agama siapa serta agama apa yang dirongrong; dan pada situasi seperti apa penerapan asas tersebut akan mengganggu keamanan dan ketertiban umum.

Berdasarkan beberapa alasan dan alur logika hukum di atas, Mahkamah Konstitusi menyimpulkan bahwa penerapan hukuman mati sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang tentang Narkotika, pembatasan kebebasan pada Undang-Undang Pencegahan Penodaan Agama, dan penerapan hukum secara surut sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Pengadilan Hak Asasi Manusia adalah tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar. Kesimpulan ini kemudian dilegitimasi (*beca disapu bersih*) dengan Pasal 28J

³⁰³ Putusan Nomor 065/PUU-II/2004, hlm. 52

ayat (2) yang menyatakan bahwa hak asasi manusia dapat dibatasi pemenuhannya. Pada Poin terakhir ini, penulis berpandangan bahwa Mahkamah Konstitusi menggunakan Pasal 28J ayat (2) khususnya frasa ‘nilai-nilai agama’ sebagai ‘sapu jagat’ pada perkara-perkara yang berdimensi hak asasi manusia.

Mahkamah Konstitusi menggunakan Pasal 28J ayat (2) khususnya menyangkut ‘nilai-nilai agama’ dengan cara ‘membabi buta’ (*extra extensive*) dan menggunakan Pasal tersebut sebagai ‘sapu jagat’. Secara umum Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa pada pokoknya, hak asasi manusia adalah tidak mutlak dan dapat dibatasi berdasarkan ketentuan Pasal 28J ayat (2) termasuk hak-hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*) sebagaimana diakui di dalam Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 dan Pasal 4 ayat (2) Undang-Undang Nomor 12 tahun 2005 tentang Pengesahan Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik. Pertanyaan selanjutnya adalah apakah paradigma Mahkamah Konstitusi ini dapat digunakan untuk melegitimasi sebuah undang-undang yang membolehkan penyiksaan dan perbudakan? Jika diterapkan secara tegas, maka Mahkamah Konstitusi harus mengatakan juga bahwa “demi alasan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain, sesuai pertimbangan moral dan nilai-nilai agama, dan ketertiban umum, maka seseorang boleh disiksa dan boleh dijadikan budak. Sebuah logika hukum yang ‘agak’ sulit diterima dan sangat bertentangan dengan *jus cogens* atau *peremptory norm*.”³⁰⁴ Jika ini terjadi, maka pemerintah Indonesia dan kalangan akademik pasti akan mendapatkan

³⁰⁴ Statemen ini didasari oleh argumen legal bahwa larangan penyiksaan dan larangan perbudakan adalah *jus cogens* atau *peremptory norm*.

kesulitan yang luar biasa untuk menjelaskannya. Pandangan penulis ini senada dengan pendapat Manfred Nowak yang menyatakan bahwa '*only few human rights, such as the prohibition of torture and slavery are considered **absolute** or **unlimited***' (ada beberapa hak, seperti alrangan penyiksaan dan perbudakan, dianggap sebagai hak yang **mutlak** dan **tak terbatas**).³⁰⁵

Oleh karea itu, berdasarkan alasan sebagaimana dijelaskan pada poin (b) sub-sub bab (i) ini, maka penulis mengusulkan agar Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 diamandemen ulang dengan cara adendum yaitu menambah satu ayat dalam Pasal 28J dengan ayat (3) yang rumusannya adalah sebagai berikut:

Pasal 28J ayat (3):

Pembatasan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak berlaku bagi hak-hak yang diakui dalam Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar.

(b) Paradigma Mahkamah Konstitusi terhadap Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya

Sebagaimana pada kategori hak sipil dan politik, Mahkamah Konstitusi juga cenderung menggunakan paradigma relativisme budaya (*cultural relativism*) dalam menafsirkan hak ekonomi, sosial dan budaya. Namun demikian terdapat perbedaan di antara keduanya yaitu pada aspek kualitas penekanannya. Jika dalam menafsirkan hak sipil dan politik Mahkamah Konstitusi dengan 'terang dan tegas' memperlihatkan keberpihakannya pada paradigma relativisme budaya (*cultural relativism*), maka pada konteks hak ekonomi, sosial dan budaya penggunaan paradigma relativisme (*cultural relativism*) tidak terlalu jelas. Kesimpulan ini muncul karena secara umum,

³⁰⁵ Manfred Nowak, *Introduction to ..., op. cit.*, hlm. 59

Mahkamah Konstitusi tidak terlalu memberi perhatian pada konteks hak ekonomi, sosial dan budaya dan lebih banyak ‘berkutut’ pada kerangka penafsiran normatif. Keberadaan Pasal-Pasal hak ekonomi, sosial dan budaya seringkali hanya digunakan untuk melegitimasi pertimbangan Mahkamah yang, menurut penulis, seringkali tidak sejalan dengan ide hak asasi manusia.

Berdasarkan analisis pada bagian sebelumnya, perdebatan mengenai hak ekonomi, sosial dan budaya terlihat masih sangat lemah. Hal ini mengafirmasi pendapat sebagian kalangan bahwa pengakuan hak ekonomi, sosial dan budaya di dunia, khusus di Indonesia masih sangat minim. Beberapa putusan Mahkamah Konstitusi yang berdimensi hak ekonomi, sosial dan budaya menunjukkan bahwa Mahkamah Konstitusi masih kesulitan untuk membangun alur pemikiran yang aplikatif tentang bagaimana menguji pasal undang-undang terhadap Pasal Konstitusi yang berdimensi hak ekonomi, sosial dan budaya.

Kesimpulan di atas juga didorong oleh situasi kuat dan ‘seru’-nya perdebatan soal hak sipil dan politik pada analisis perkara nomor 1-5 penelitian ini, tetapi perdebatannya menjadi lemah pada konteks hak ekonomi, sosial dan budaya seperti pada perkara nomor 6-10. Terjadi disparitas yang cukup besar antara perdebatan tentang hak sipil dan politik, dan perdebatan tentang hak ekonomi, sosial dan budaya yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi. Pada saat analisis berkaitan dengan putusan berdimensi hak sipil dan politik, terlihat bahwa perdebatan tentang perspektif dan normatifitas hak sipil dan politik sangat kuat. Majelis hakim banyak mengacu pada instrumen internasional hak asasi manusia seperti *Universal Declaration of Human Rights (UDHR)*, *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)*, *American*

Convention on Human Rights (ACHR), European Convention on Human Rights (ECHR) dan *Cairo Declaration*. Namun, pada saat perdebatan tentang hak ekonomi, sosial dan budaya, Mahkamah konstitusi lebih banyak memperdebatkan dari sisi penafsiran gramatikal atau lebih jauh penafsiran sistematis tanpa mencoba ‘menengok’ pada bagaimana komunitas internasional memahaminya. Pasal-Pasal tentang hak ekonomi, sosial dan budaya lebih banyak dijadikan legitimasi penutup atas alur pertimbangan majelis hakim.

BAB IV

KESIMPULAN DAN SARAN

A. Kesimpulan

Berdasarkan analisis yang dilakukan pada bab sebelumnya, penelitian ini memiliki beberapa kesimpulan antara lain:

(1) **Putusan Mahkamah Konstitusi atas Perkara yang Berdimensi Hak Asasi Manusia Cenderung Berkarakter Hukum Otonom**

Analisis penelitian ini dilakukan terhadap 10 (sepuluh) putusan Mahkamah Konstitusi. Setelah dilakukan analisis, disimpulkan bahwa putusan Mahkamah Konstitusi atas perkara yang berdimensi hak asasi manusia cenderung berkarakter hukum otonom. Hal tersebut terlihat dari 9 (sembilan) putusan berkarakter otonom, sedangkan 1 (satu) putusan berkarakter responsif.

Karakter hukum otonom terlihat dari tiga aspek yaitu aspek legitimasi hukum, aspek moralitas hukum dan aspek politik hukum. Penelitian ini menemukan pola bahwa sebagian besar putusan meletakkan **legitimasi hukumnya pada ‘diri’ hukum sendiri dan/atau pada keputusan pihak yang diberi wewenang**. Hukum juga ditafsirkan dengan pendekatan legalisme, yaitu berfokus pada peraturan yang cenderung mempersempit fakta yang relevan secara hukum, sehingga memisahkan pemikiran hukum dari realitas sosial. Mahkamah Konstitusi mendorong dilakukannya **pengawasan oleh pihak yang telah diberi otoritas oleh hukum**. Mahkamah Konstitusi sangat menghormati prosedur dalam rangka penyusunan dan pengawasan hukum. Pada sisi politik hukum, **Mahkamah Konstitusi berusaha keras untuk netral dari para pihak**. Upaya netral tersebut ditempuh dengan menggunakan

metode penafsiran **gramatikal/bahasa dan/atau penafsiran sistematis** secara dominan. Di dalam usaha menjaga netralitas putusannya, Mahkamah Konstitusi lebih banyak ‘berkutut’ pada penafsiran bahasa yang digunakan dalam Pasal Undang-Undang serta melihat pasal lain, baik dalam undang-undang yang sama dan/atau undang yang lain, untuk memperkuat pertimbangan hukumnya.

Diantara dominasi karakter hukum otonom, terdapat satu putusan yang berkarakter responsif yaitu putusan tentang hak untuk memilih (*right to vote*) bagi warga yang tidak terdaftar dalam Daftar Pemilih Tetap (DPT). Responsifitas tersebut terlihat dari tiga aspek yaitu aspek legitimasi, moralitas dan politik hukum dan aspek metode penafsiran. Putusan ini menempatkan hak untuk memilih (*rights to vote*) Warga Negara Indonesia sebagai hak yang tidak dapat dikurangi oleh ketentuan administratif prosedural. Legitimasi hukum, pada putusan ini, diletakkan pada hak warga negara. Mahkamah Konstitusi memposisikan warga negara sebagai pemegang kedaulatan utuh yang harus ‘difasilitasi’ untuk terlibat dalam penentuan keputusan. Pada putusan ini, aspek prosedur hukum ‘agak’ diabaikan dengan cara memberikan **penafsiran ekstensif**. Mahkamah Konstitusi tidak keluar dari jalur logika hukum, tetapi metode penafsiran meluas (*ekstensif*) memungkinkan Mahkamah untuk cepat mengambil keputusan dalam rangka merepson tuntutan publik yang sangat dibutuhkan dalam rangka menerobos kebuntuan hukum. Aspek kepentingan juga menjadi pertimbangan tersendiri, karena putusan ini dibutuhkan segera untuk memberikan dasar hukum bagi warga negara yang tidak tercantum dalam

Daftar Pemilih Tetap untuk turut serta dalam pemilihan Presiden dan Wakil Presiden yang akan dilaksanakan dalam waktu dekat.

(2) **Mahkamah Konstitusi Cenderung Menggunakan Paradigma Relativisme Budaya (*cultural relativism*) dalam Menafsirkan Pasal-Pasal Hak Asasi Manusia dalam Undang-Undang Dasar**

Pada penelitian ini, proses analisis dilakukan dengan menguji 10 (sepuluh) putusan Mahkamah Konstitusi dengan menggunakan teori hak asasi manusia yang disempitkan pada dua aspek. Dua aspek itu antara lain (a) penerapan teori hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*) dan hak yang dapat dikurangi (*derogable rights*); dan (b) penggunaan paradigma hukum hak asasi manusia yaitu paradigma universalisme (*universalism*) dan paradigma relativisme budaya (*cultural relativism*). Setelah dilakukan analisis, kesimpulannya adalah bahwa Mahkamah Konstitusi cenderung lebih banyak menggunakan paradigma **relativisme budaya (*cultural relativism*)**. Kesimpulan tersebut nampak dari data bahwa 8 (delapan) putusan berparadigma relativisme budaya (*cultural relativism*), sedangkan 2 (dua) putusan berparadigma universalisme (*universalism*).

Pada konteks pembahasan dan penyusunan pertimbangan putusan, Mahkamah Konstitusi terlihat lebih banyak menggunakan logika hukum tata negara seputar teori *legal drafting* dan metode penafsiran konstitusi, dari pada menggunakan perspektif dan ke-khas-an metode hukum hak asasi manusia. Pasal-Pasal tentang hak asasi manusia dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia lebih banyak diletakkan dalam bingkai *teori legal drafting*

dan teori penafsiran konstitusi, dan sedikit sekali upaya penjelasan tentang substansi hak asasi manusianya.

Penerapan paradigma (*universalism*) dan paradigma relativisme budaya (*cultural relativism*) memiliki model, trend dan bentuk penekanan yang berbeda antara konteks hak sipil dan politik; dan hak ekonomi, sosial dan budaya. Berikut ini adalah kesimpulan analisis berkaitan dengan paradigma hukum hak asasi manusia Mahkamah Konstitusi dalam memahami dua kategori hak asasi manusia tersebut.

(a) Paradigma Mahkamah Konstitusi terhadap Hak Sipil dan Politik

Penelitian ini berkesimpulan bahwa paradigma yang umum digunakan oleh Mahkamah Konstitusi dalam konteks hak sipil dan politik adalah paradigma relativisme budaya (*cultural relativism*). Persoalannya adalah penerapan paradigma relativisme budaya (*cultural relativism*) justru diterapkan terhadap hak-hak yang masuk kategori hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable*) sedangkan menyangkut hak-hak yang dapat dikurangi (*derogable rights*), Mahkamah Konstitusi menggunakan paradigma universalisme (*universalism*).

Praktiknya, Mahkamah Konstitusi gagal menjelaskan konsepsi teoritis mengenai penggunaan Pasal 28J ayat (2) dengan tiga kategori hak *non-derogable* yaitu hak untuk hidup, hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut dan hak atas kebebasan beragama. Kegagalan itu terjadi karena Mahkamah Konstitusi tidak memerinci mengenai pertimbangan moral dan nilai-nilai agama seperti apa yang dilanggar dengan berlakunya hak-hak tertentu tersebut? Mahkamah Konstitusi

menggunakan Pasal 28J ayat (2) khususnya menyangkut ‘nilai-nilai agama’ dengan cara ‘membabi buta’ (*extra extensive*) dan menggunakan Pasal tersebut sebagai ‘sapu jagat’. Hasilnya, Undag-Undang Dasar Negara Republik Indonesia, sesungguhnya, tidak mengenal kategori hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable*), dan oleh karenanya kalimat ‘... dalam keadaan apapun...’ sebagaimana diatur dalam Pasal 28I ayat (1) adalah ketentuan yang sia-sia dan tidak memiliki implikasi hukum.

Secara umum Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa pada pokoknya, hak asasi manusia adalah tidak mutlak dan dapat dibatasi berdasarkan ketentuan Pasal 28J ayat (2) termasuk hak-hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*) sebagaimana diakui di dalam Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 dan Pasal 4 ayat (2) Undang-Undang Nomor 12 tahun 2005 tentang Pengesahan Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik.

Oleh karea itu, penulis mengusulkan agar Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 diamandemen ulang dengan cara adendum yaitu menambah satu ayat dalam Pasal 28J dengan ayat (3) yang rumusannya adalah sebagai berikut:

Pasal 28J ayat (3):
Pembatasan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak berlaku bagi hak-hak yang diakui dalam Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar.

(b) Paradigma Mahkamah Konstitusi terhadap Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya

Sebagaimana pada kategori hak sipil dan politik, Mahkamah Konstitusi juga cenderung menggunakan paradigma relativisme budaya (*cultural relativism*) dalam menafsirkan hak ekonomi, sosial dan budaya. Perbedaannya adalah, jika dalam menafsirkan hak sipil dan politik Mahkamah Konstitusi dengan ‘terang’ memperlihatkan keberpihakannya pada paradigma relativisme budaya (*cultural relativism*), maka pada konteks hak ekonomi, sosial dan budaya penggunaan paradigma relativisme (*cultural relativism*) tidak terlalu jelas. Kesimpulan ini muncul karena secara umum, Mahkamah Konstitusi tidak terlalu memberi perhatian pada konteks hak ekonomi, sosial dan budaya dan lebih banyak ‘berkatut’ pada kerangka penafsiran normatif. Keberadaan Pasal-Pasal hak ekonomi, sosial dan budaya seringkali hanya digunakan untuk melegitimasi pertimbangan Mahkamah yang, menurut penulis, seringkali kontradiktif dengan ide hak asasi manusia.

Dari beberapa kesimpulan di atas, terdapat satu kesimpulan berupa ‘ancangan teori’ dalam kaitannya antara karakteristik hukum dan paradigma hukum hak asasi manusia. Ancangan teori tersebut yaitu **“Penggunaan paradigma relativisme budaya (*cultural relativism*) dalam penyusunan hukum akan melahirkan hukum otonom”**. Kesimpulan tersebut belumlah dapat dikategorikan sebagai teori karena masih dibutuhkan pengujian lebih lanjut dengan menganalisis variabel yang pas. Namun demikian, penting untuk

dicatat bahwa dalam konteks putusan yang berdimensi hak asasi manusia, ternyata terdapat hubungan yang cukup dekat antara penggunaan paradigma relativisme budaya (*cultural relativism*) dengan karakter otonom. Pengujian lebih jauh teori tersebut pada obyek yang lain perlu dilakukan untuk melakukan falsifikasi atau justru afirmasi mengenai kebenaran teori tersebut.

B. Rekomendasi

Rekomendasi ini disusun secara acak berdasarkan temuan-temuan penting ketika menganalisis data yang terdiri dari 10 (sepuluh) putusan Mahkamah Konstitusi yang berdimensi hak asasi manusia. Rekomendasi ini akan disusun dalam tiga kategori yaitu rekomendasi untuk Mahkamah Konstitusi, rekomendasi untuk kalangan akademik dan rekomendasi untuk legislator.

Pertama, berdasarkan penelitian ini, Mahkamah Konstitusi direkomendasi untuk melakukan beberapa hal antara lain:

1. Perlu disusun peraturan untuk memberikan kemungkinan seorang anak di bawah umur memiliki legal standing untuk menjadi pemohon di Mahkamah Konstitusi, khusus yang berkaitan dengan perkara atau kategori hak yang *genuine* ditujukan untuk anak di bawah umur. Jika peraturan ini tidak dibuat, maka akan terjadi kekosongan dasar hukum jika suatu saat ada sekelompok anak yang mengajukan *judicial review* pasal dalam undang-undang yang *genuine* dan hanya ditujukan untuk anak di bawah umur ke Mahkamah Konstitusi. Rekomendasi ini muncul dari ditolaknya legal standing seorang pemohon yang berusia di bawah

umur bernama JN. Raisal Haq pada Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 011/PUU-III/2005.

2. Pada praktiknya, kesan kuat muncul bahwa proses pengambilan keputusan di Mahkamah Konstitusi adalah dengan mekanisme ‘menang-menangan’. Terma ‘menang-menangan’ dimaksudkan untuk menggambarkan mekanisme voting antara yang setuju dengan yang mengajukan pendapat berbeda (*dissenting opinion*). Pada beberapa putusan yang dianalisis dalam penelitian ini, pendapat berbeda (*dissenting opinion*) dari hakim sama sekali tidak tersambung dengan suara mayoritas, ibarat pepatah satu pergi ke barat dan yang lain pergi ke timur. Perbedaan pendapat ini terjadi dalam bentuk yang sangat diametral tanpa ada sambungan dialektika yang memadai. Oleh karenanya, perlu disepakati metodologi baru untuk melakukan ‘**perdamaian akademik**’ agar perbedaan pendapat, apapun basisnya, dapat dilakukan secara terbuka dan transparan dan menyatu dalam sebuah dialektika yang akademis dan bertanggungjawab.
3. Mahkamah Konstitusi sebaiknya mendorong agar pemenuhan dan pengakuan hak ekonomi, sosial dan budaya di Indonesia semakin diperkuat. Hal ini didasari oleh ‘trend’ masa kini di Indonesia yang menunjukkan bahwa pelanggaran hak ekonomi, sosial dan budaya justru jauh lebih besar dan membesar daripada hak sipil dan politik. Mahkamah Konstitusi harus membuktikan bahwa hak ekonomi, sosial dan budaya secara umum dan khususnya yang diakui dalam Konstitusi adalah dapat dituntut secara hukum (*justiciable*). Caranya adalah dengan memberikan

penafsiran yang lebih luas dan indikator praksis mengenai bagaimana hak ekonomi, sosial dan budaya dapat dipenuhi oleh pemerintah.

Kedua, secara akademik, pegiat dan pecinta ilmu direkomendasikan untuk melakukan penelitian lanjutan untuk mencari jawaban atas beberapa pertanyaan berikut:

1. Mencari hubungan antara paradigma relativisme budaya (*cultural relativism*) dengan karakter hukum otonom. Perlu dilakukan penelitian lanjutan apakah paradigma relativisme budaya (*cultural relativism*) akan selalu melahirkan hukum otonom? Atau kesimpulan penelitian ini yang menyatakan bahwa “Penggunaan paradigma relativisme budaya (*cultural relativism*) dalam penyusunan hukum akan melahirkan hukum otonom” hanyalah sebuah kebetulan belaka. Pengujian kesimpulan tersebut pada obyek penelitian yang lain akan menjadi falsifikasi atau justru afirmasi atas kesimpulan tersebut.
2. Perlu penelitian lebih jauh untuk menyikapi klausula ‘nilai-nilai agama’ sebagai pembatasan yang sah berdasarkan Pasal 28J ayat (2), apakah sebaiknya dihilangkan atau dirumuskan agar tidak diterapkan secara sewenang-wenang. Penelitian untuk mencari definisi dan/atau makna secara akademik dan dapat dipertanggungjawabkan namun aplikatif untuk digunakan oleh Mahkamah Konstitusi mengenai frasa ‘nilai-nilai agama’ sangat penting. Rumusan ini diharapkan bisa mengatasi kecenderungan penggunaan frasa ‘nilai-nilai agama’ secara ‘membabi buta’ (*extra extensive*) dan dipisikan sebagai ‘sapu jagat’ yang berpotensi

menegasikan pengakuan terhadap hak-hak tertentu dalam Pasal 28A-28I dan pasal-pasal lain yang menyangkut hak asasi manusia.

Ketiga, para legislator hendaknya menyiapkan upaya melakukan amandemen terhadap Undang-Undang Dasar dengan mengagendakan penambahan ayat (3) pada Pasal 28J Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 dengan klausula berbunyi:

Pasal 28J ayat (3):

Pembatasan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak berlaku bagi hak-hak yang diakui dalam Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar.

DAFTAR PUSTAKA

- A. G. Peters dan Koesriani Siswosoebroto, *Hukum dan Perkembangan Sosial Buku Teks Sosiologi Hukum*, Jilid III, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1988.
- A. V. Dicey, *Pengantar Studi Hukum Konstitusi*, Penerbit Nusa Media, Yogyakarta, 2007.
- Abdul Latif, *Fungsi Mahkamah Konstitusi, Upaya Mewujudkan Negara Hukum Demokrasi*, Kreasi Total Media, Yogyakarta, cetakan kedua, 2009.
- Abdulkadir Muhammad. Prof., *Hukum dan Penelitian Hukum*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2004
- Abdullahi A. An-Na'im, '*Shari'a and Basic Human Rights Concerns*' dalam *Liberal Islam A Sourcebook*, Oxford University Press, New York, 1998.
- Abdullahi Ahmed An-Na'im, *Toward an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights, and Internasional Law*, diterjemahkan oleh Ahmad Suaedy dan Amirudin ar-Rany, *Dekonstruksi Syari'ah, Wacana Kebebasan Sipil, Hak Asasi Manusia, dan Hubungan Internasional dalam Islam*, LKiS, Yogyakarta, 2004.
- Al. Andang L. Binawan, *Antropologi Bercakrawala Hak Asasi Manusia: Catatan untuk Para Antropolog dalam Sulistyowati Irianto (editor), Hukum yang Bergerak, Tinjauan Antropologi Hukum*, Obor-JHMP-FHUI, Jakarta, 2009.
- Asbjorn Eide, Catarina Krause dan Allan (editor), *Economic, Social and Cultural Rights, A Textbook*, second revised edition, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/london, 2001.
- Buergetal, *International Human Rights In Nutshell*, A Thomson Company, United State of America, 2002.

- C. de Rover, *To Serve & To Protect, Acuan Universal Penegakan HAM*, Rajawali Press, Jakarta, 2000.
- C. F. Strong, *Konstitusi Politik Moderen, Kajian tentang Sejarah dan Bentuk-Bentuk Konstitusi Dunia*, Penerbit Nusamedia, Yogyakarta 2004
- Christian Tomuschat, *Human Rights, Between Idealism and Realism*, Oxford University Press, New York, 2003.
- Dahlan Taib, Jazim Hamidi dan Ni'matul Huda, *Teori dan Hukum Konstitusi*, Rajawali Press, Jakarta
- Dahlan Thaib *Kedaulatan Rakyat, Negara Hukum dan Konstitusi*, cetakan kedua, Liberty, Jogjakarta, 2000.
- Edward Lawson, *Encyclopedia of Human Rights*, Second Edition, Taylor and Francis, London.
- Eko Riyadi dan Suprianto Abdi (editor), *Mengurai Kompleksitas Hak Asasi Manusia, Kajian Multi Perspektif*, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2007.
- Erlin Indarti, *Diskresi dan Paradigma, Sebuah telaah Filsafat Hukum*, Pidato Pengukuhan Guru Besar dalam Filsafat Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang pada 4 November 2010.
- Eva Brems, *Human Rights: Universality and Diversity*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 2001
- Goran Bexell dan Dan-Erick Anderson (editor), *Universal Ethics, Perspective and Proposal from Scandinavian Scholars*, Martinus Nijhor Publishers, The Hagues/London/New York, 2002.

- Gudmundur Alfredson dan Asbjorn Eide (editors), *The Universal Declaration of Human Rights, A Common Standard of Achievement*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1999.
- Hafid Abbas dan Ibnu Sina (editor), *Landasan Hukum dan Rencana Aksi Nasional HAK Di Indonesia 2004-2009*, cetkan ketiga, Direktorat Jenderal Perlindungan HAM, Staf Ahli Menteri Sekretaris Negara, Raoul Wallenberg Institute, dan Pusat Studi HAM dan Demokrasi Universitas Nasional, 2006
- Henry J. Schmandt, *A History of Political Philosophy*, The Bruce Publishing Company USA, 1960, diterjemahkan dengan judul *Filsafat Politik: Kajian Historis dari Zaman Yunani Kuno sampai Zaman Modern*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta 2002.
- Henry J. Steiner dan Philip Alston, *Internasional Human Rights in Context, Law, Politics, Moral*, second edition, Oxford University Press, Oxford, New York, 2000.
- I Dewa Gede Palguna, *Mahkamah Konstitusi, Judicial Review dan Welfare State*, penerbit Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2008.
- Ian Brownlie dan Guy S. Goodwin-Gill, *Basic Document on Human Rights*, fourth edition, Oxford University Press, New York, 2002.
- Ifdal Kasim (editor), *Hak Sipil dan Politik, Esai-Esai Pilihan*, eLSAM, Jakarta, 2001
- Ifdal Kasim dan Johannes da Masenus Arus (editor), *Hak Ekonomi Sosial dan Budaya, Esai-Esai Pilihan*, eLSAM, Jakarta, 2001

- Jimly Asshidiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, diterbitkan oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dan Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2004.
- Karel Vasak, "A 30-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights", *Unesco Courier*, November, 1977.
- Katarina Tomasevski, *Education Denied*, Zed Book Ltd, 7 Cynthia Street, London N1 9JK, United Kingdom dan Room 400, 175 Fifth Avenue, New York, NY 100010, United State of America, 2003.
- Knut D. Asplun, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (editor), *Hukum Hak Asasi Manusia*, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2008.
- M. Tahir Azhary, *Negara Hukum, Suatu Studi tentang Prinsip-Prinsipnya dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Madinah dan Masa Kini*, penerbit Kencana, Jakarta, 2003.
- Manfred Nowak, *Introduction to the Internasional Human Rights Regime*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2003.
- Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, second revised edition, N.P. Engel Publishers, Germany, 2005.
- Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Konstitusi Press, Jakarta, 2005.
- Moh. Kusnardi dan Bintan R. Saragih dikutip dari Dahlan Thaib *Kedaulatan Rakyat, Negara Hukum dan Konstitusi*, cetakan kedua, Liberty, Jogjakarta, 2000.

- Muhammad Alim, *Demokrasi dan Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Madinah dan Undang Undang Dasar 1945*, cetakan pertama, UII Press, Jogjakarta, 2001.
- Muladi, *Demokratisasi, Hak Asasi Manusia, dan Reformasi Hukum Indonesia*, The Habibie Center, cet. 1, 2002.
- Philippe Nonet dan Philip Selznick, *Hukum Responsif*, Penerbit Nusa Media, cetakan ke-2, Yogyakarta, 2008.
- Pranoto Iskandar, *Hukum HAM Internasional, Sebuah Pengantar Konseptual*, IMR Press, 2010.
- Rhoda E. Howard, *HAM, Penjelajahan Dalih Relativisme Budaya*, penerjemah Nugraha Kajtasungkana, PT. Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, 2000.
- Rhona K. M. Smith, *Hukum Hak Asasi Manusia*, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2008
- Rhona K. M. Smith, *Textbook on International Human Rights, second edition*, oxford university press, Oxford, New York, 2005.
- Richard Pierre Claude and Burns H. Weston, *Human Rights in The World Community: Issues and Actions*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1992.
- Ridwan, *Hukum Administrasi Negara*, cetakan pertama, UII Press, Yogyakarta, 2002.
- Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif, Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Penerbit Genta Publishing, Yogyakarta, 2009.
- Scott Davidson, *Hak Asasi Manusia*, penerjemah A. Handayana Pudjaatmaka, Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, 1994.

Soetandyo Wignjosoebroto, 'Hak-Hak Asasi Manusia: Konsep Dasar dan Pengertiannya Yang Klasik pada Masa-Masa Awal Perkembangannya' dalam *Toleransi dalam Keragaman: Visi untuk Abad ke-21 Kumpulan Tulisan tentang Hak Asasi Manusia*, Pusat Studi Hak Asasi Manusia Universitas Surabaya dan The Asia Foundation, Surabaya, 2003.

Sudikno Mertokusumo dan Mr. A. Pilto, *Bab-Bab tentang Penemuan Hukum*, Citra Aditya Bakti, 1993.

Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum, Sebuah Pengantar*, cet. ke-7, Liberty, Yogyakarta, 2007.

Sulistyowati Irianto dan Sidharta (ed), *Metode Penelitian Hukum, Konstelasi dan Refleksi*, Yayasan Obor Obor Indonesia, Jakarta, 2009.

Suparman Marzuki, *Robohnya Keadilan! Politik Hukum HAM Era Reformasi*, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2011.

Thomas Buergenthal, *International Human Rights In Nutshell*, A Thomson Company, United State of America, 2002.

W. Friedmann, *Teori dan Filsafat Hukum : Telaah Kritis atas Teori-Teori Hukum*, (diterjemahkan oleh Muhammad Arifin, Buku Susunan I, II dan III), PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1990.

Jurnal

Andriaan Bedner, *An Elementary Approach to the Rule of Law*, Hague Journal on the Rule of Law, 2 : 48–74, 2010, © 2010 T.M.C.ASSER PRESS and Contributors
doi:10.1017/S1876404510100037

Jurnal Konstitusi Volume 8 Nomor 5, Oktober 2011, diterbitkan oleh Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi

DAFTAR TABEL

Tabel 1: Peta Kecenderungan Karakteristik dan Paradigma Putusan (8)

Tabel 2: Perbedaan Pengaturan tentang Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat (86)

Tabel 3: Karakter Hak Sipil dan Politik, dan Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya (89)

Tabel 4: Kategori Hak Sipil dan Politik, dan Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya (92)

Tabel 5: Tipe Hukum (125)

Tabel 6: Kategori Hak yang Diajukan *Judicial Review* (240)

Tabel 7: Karakter Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi (300)

Tabel 8: Pengaturan Kategorisasi *non-derogable* Rights (306)

Tabel 9 : Paradigma Hukum Hak Asasi Manusia Mahkamah Kontitusi (311)

Daftar Bagan

Bagan 1: Bagan Aktor dan Pelanggaran Hak Asasi Manusia (65)