

BAB II

TELAAH PUSTAKA

A. Hakikat Pembatalan Hukum

Menurut CST. Kansil suatu aturan hukum atau undang-undang berakhir masa berlakunya dikarenakan;¹

1. Jangka waktu berlaku telah ditentukan oleh undang-undang itu sudah lampau
2. Keadaan/hal untuk mana undang-undang itu diadakan sudah tidak ada lagi
3. Undang-undang itu dengan tegas dicabut oleh instansi yang membuat atau instansi yang lebih tinggi
4. Telah diadakan undang-undang yang baru yang isinya bertentangan dengan undang-undang yang dulu berlaku

B. Hakikat Judicial Review

Judicial review² merupakan kewenangan yang diberikan ke badan peradilan untuk menguji apakah suatu peraturan tidak bertentangan dengan peraturan yang

¹ CST. Kansil, *Praktek Hukum Peraturan Perundangan di Indonesia*, (Jakarta: Erlangga, 1983), hlm. 126

² Dalam diskursus judicial review, muncul beberapa istilah lain yang kerap digunakan dalam tulisan ilmiah atau penelitian, tulisan media baik itu artikel ataupun pemberitaan. Istilah tersebut yaitu, uji materiil dan judicial review. Sebagai suatu upaya konsistensi penggunaan penelitian ini akan menggunakan istilah judicial review sebagai term akademik. Dalam UUD 1945 dan UU MK istilah judicial review kemudian mendapatkan padanan kata menjadi pengujian undang-undang. Dalam prakteknya, secara konsisten putusan MK menggunakan istilah ini. Istilah uji materiil tidak dipilih karena memang penggunaan istilah ini untuk menggantikan istilah pengujian undang-undang adalah rancu. Karena uji materiil merupakan bagian pengujian undang-undang. Bagian lain dari pengujian undang-undang adalah uji formil. Sehingga tidak tepat kalau istilah uji materiil ini digunakan untuk menggantikan pengujian undang-undang. Meski judicial review sebagai istilah asing sudah mendapat padanan kata yang sesuai yaitu pengujian undang-undang, peneliti memilih istilah judicial review yang dipahami sebagai term akademik semata.

lebih tinggi. Kewenangan ini diberikan agar peraturan yang dibuat oleh lembaga legislatif atau eksekutif sesuai dengan peraturan yang lebih tinggi.³ Pengujian undang-undang dimaksudkan untuk menjaga agar kaidah-kaidah konstitusional lainnya tidak dilanggar atau disimpangi baik dalam bentuk-bentuk perundang-undangan maupun dalam bentuk tindakan-tindakan pemerintah lainnya.

Menurut Bagir Manan terdapat tiga kategori besar pengujian peraturan perundang-undangan, yaitu;

1. Pengujian oleh badan peradilan (*judicial review*)
2. Pengujian oleh badan yang sifatnya politik (*political review*) dan
3. Pengujian oleh pejabat atau badan administrasi negara (*administrative review*)⁴

Baik pengawasan secara politik atau pengawasan yudisial dilakukan dengan cara menilai atau menguji, apakah suatu undang-undang atau peraturan perundang-undangan lainnya atau tindakan-tindakan pemerintah yang ada atau akan diundangkan bertentangan atau tidak dengan ketentuan-ketentuan Undang-undang Dasar atau tidak dengan ketentuan-ketentuan lain yang lebih tinggi daripada peraturan perundang-undangan atau tindakan pemerintah yang sedang dinilai. Wewenang menilai tersebut di Indonesia dikenal sebagai hak menguji.⁵

Lahirnya *judicial review* di negara-negara Eropa dan Amerika Serikat muncul sebagai akibat tidak atau kurang terlindunginya hak asasi manusia dari tindakan

³ Paulus Effendi Lotulung, *Analisis dan evaluasi hukum tentang wewenang Mahkamah Agung dalam melaksanakan hk uji materiil*, (Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman dan HAM, 2000), hlm. 18

⁴ Ni'matul Huda, *Negara hukum, Demokrasi, dan Judicial Review*, (Yogyakarta: UII Press 2005), hlm. 73

⁵ *Ibid.*,

sewenang-wenang negara.⁶ Menurut Maurice Duverger, *judicial control* sangat penting dilakukan agar undang-undang atau peraturan perundang-undangan tidak menyimpang dari undang-undang dasar atau konstitusi.

Penerapan *judicial review* berbeda antara negara yang menggunakan sistem hukum *civil law* dan negara yang menggunakan *common law*.⁷ Di negara yang menganut sistem *civil law* kewenangan ini hanya diberikan kepada satu lembaga tertinggi saja yang dikenal dengan Mahkamah Konstitusi. Oleh karena tata cara pengujian hanya oleh satu mahkamah saja, maka sistem tersebut dikenal dengan sistem “sentralisasi”, sedangkan metode pengujiannya disebut “*principaliter*”.⁸

Dibeberapa negara yang menganut sistem “*common law*”, *judicial review* diberikan kepada para hakim yang bertugas untuk menguji apakah peraturan yang dipermasalahkan dalam kasus yang sedang diperiksa apakah bertentangan dengan konstitusi. Oleh karena prosedur pengujian tersebut dapat dilakukan oleh para hakim dalam pemeriksaan perkara secara konkrit, maka sistem tersebut disebut “desentralisasi”, dan metode pengujiannya disebut “*incidenter*”.⁹

Perancis yang mengikuti sistem sentralisasi mendirikan Mahkamah Konstitusi yang disebut *Conseil Constitutionel* yang merupakan badan yang dapat mengontrol tindakan Parlemen. Pembentukan Mahkamah ini antara lain didasarkan kepada ajaran

⁶ Ibid.hlm. 19

⁷ *Civil law* ditandai oleh kumpulan perundang-undangan yang menyeluruh dan sistematis, yang dikenal sebagai hukum yang mengatur hampir semua aspek kehidupan. Teori mengatakan bahwa *civil law* berpusat pada undang-undang dan peraturan. Undang-Undang menjadi pusat utama dari *civil law*, atau dianggap sebagai jantung *civil law*. Namun dalam perkembangannya *civil law* juga telah menjadikan putusan pengadilan sebagai sumber hukum.

(<http://www.solusihukum.com/artikel/artikel8.php>), diakses 17 Maret 2008

⁸ Ibid.,74

⁹ Ibid.hlm. 20

Montesquieu, yang membagi kekuasaan negara menjadi tiga kekuasaan yaitu: eksekutif, legislatif dan yudikatif akibat dari penerapan azas “trias politica”¹⁰ yang teguh. Setiap kekuasaan tidak boleh mencampuri kekuasaan lainnya. Ini menyebabkan peradilan tidak boleh melakukan putusan yang mencampuri kekuasaan legislatif dan eksekutif, misalnya menguji undang-undang terhadap Konstitusi¹¹.

Berbeda dengan Perancis, di Amerika Serikat kewenangan untuk menentukan apakah suatu undang-undang bertentangan dengan undang-undang dasar dilaksanakan oleh para hakim. Para hakim di Amerika Serikat dapat melakukan judicial review terhadap undang-undang melalui pemeriksaan perkara di Pengadilan.

Ada beberapa pertimbangan dari sistem “decentralized review” dan “centralized review”. Dalam sistem “decentralized review” sistem ini memberikan kewenangan untuk melakukan pengawasan kepada semua badan peradilan. Argumentasi yang diberikan antara lain ialah: (1) Fungsi dari semua hakim ialah untuk menafsirkan undang-undang, agar diterapkan sesuai dengan kasus kongkrit yang diterimanya; (2) Salah satu prinsip hukum yang harus diterapkan ialah bahwa

¹⁰ Salah satu pilar demokrasi adalah prinsip trias politica yang membagi ketiga kekuasaan politik negara (eksekutif, yudikatif dan legislatif) untuk diwujudkan dalam tiga jenis lembaga negara yang saling lepas (independen) dan berada dalam peringkat yang sejajar satu sama lain. Kesejajaran dan independensi ketiga jenis lembaga negara ini diperlukan agar ketiga lembaga negara ini bisa saling mengawasi dan saling mengontrol berdasarkan prinsip checks and balances. <http://simpuldemokrasi.com/simpul/?q=node/247>, diakses 26 Februari 2008

¹¹ C.F. Strong memahami konstitusi sebagai suatu kumpulan asas-asas yang menyelenggarakan kekuasaan pemerintahan dalam arti luas, hak-hak dari yang diperintah dan hubungan antarkeduanya. Sementara, K.C. Wheare memberi pengertian konstitusi sebagai keseluruhan sistem ketatanegaraan dari suatu negara berupa kumpulan peraturan-peraturan yang membentuk, mengatur atau memerintah dalam pemerintahan suatu negara. Dalam dunia politik konstitusi sering digunakan dalam dua pengertian. Pertama, digunakan dalam arti luas yaitu sistem pemerintahan dari suatu negara dan merupakan himpunan peraturan yang mendasari serta mengatur pemerintahan dalam menyelenggarakan tugas-tugasnya. Kedua, dalam arti sempit yaitu sekumpulan peraturan yang legal dalam lapangan ketatanegaraan suatu negara yang dimuat dalam “suatu dokumen” atau “beberapa dokumen” yang terkait satu sama lain.

(<http://www.polarhome.com/pipermail/nasional-m/2002-August/000064.html>)

apabila dua undang-undang bertentangan satu sama lainnya, hakim harus melaksanakan salah satu yang dianggap paling utama; (3) Dalam hal kedua undang-undang itu mempunyai tingkatan yang sama, maka diterapkan kriteria “*lex posterior derogat legi priori*”, dan “*lex specialis derogat legi generali*”; (4) Kriteria tersebut tidak berlaku apabila pertentangan itu antara peraturan perundang-undangan yang berbeda tingkatannya. Dalam hal ini diperlakukan kriteria “*lex superior derogat legi inferiori*”.

Argumentasi yang mendasari sistem sentralisasi ialah¹²:

1. Sistem sentralisasi didasarkan pada doktrin pemisahan kekuasaan yang tegas dan penghormatan atas “supremacy of law” seperti diajarkan oleh Montesquieu dan Rousseau, yang mengkhawatirkan tindakan peradilan yang tidak demokratis, dan bahwa pernyataan hakim yang dapat membatalkan berlakunya suatu undang-undang adalah suatu tindakan politis, dengan demikian merupakan pengebirian kekuasaan eksklusif dari badan legislatif untuk membuat undang-undang. Sistem sentralisasi menolak untuk memberikan kewenangan untuk peradilan umum untuk melakukan judicial review, oleh karena itu hakim harus melaksanakan dan menafsirkan undang-undang sebagaimana adanya. Berdasarkan argumentasi tersebut perlu dibentuk pengadilan khusus yaitu Mahkamah Konstitusi, yang diberikan kewenangan melakukan review terhadap karya Parlemen. Pengangkatan hakim Mahkamah Konstitusi ini diatur dalam Konstitusi, dan para anggotanya sedapat mungkin terdiri dari ahli hukum yang mewakili semua lapisan *political-political groups*. Dengan demikian Mahkamah ini tidak lagi merupakan perpanjangan dari salah satu kekuasaan negara atau partai politik.
2. Sistem desentralisasi hanya cocok diperlakukan pada negara-negara yang mengikuti sistem “*stare decicis*”. Penelitian terhadap penerapan judicial review di Jepang menunjukkan bahwa Jepang yang menganut sistem desentralisasi Amerika Serikat namun sistem hukumnya tidak mengikuti prinsip “*stare decicis*”, dalam praktek telah memperlihatkan kelemahan-

¹² Op.Cit. Hal. 79

kelemahan. Hal mana disebabkan oleh karena putusan hakim yang menyatakan suatu undang-undang tidak berlaku dalam kasus yang ia hadapi, hanya mempunyai akibat hukum pada para pihak yang berperkara saja, sedangkan undang-undang itu sendiri tetap berlaku, hal mana menyebabkan orang lain yang mempunyai kasus yang sama harus mengajukan gugatan tersendiri lagi. Demikian pula halnya dengan negara-negara Eropa Kontinental seperti Jerman dan Itali, yang semula mengikuti sistem Amerika ternyata mengalami kendala-kendala dalam penerapannya, sehingga akhirnya merubah sistem menjadi sistem sentralisasi. Penelitian terhadap sistem negara-negara “civil law” lainnya menunjukkan bahwa penerapan sistem desentralisasi oleh negara-negara tersebut dianggap tidak berhasil.

3. Sistem sentralisasi tidak tetap bagi penerapan judicial review oleh pengadilan-pengadilan biasa di negara-negara yang menganut “civil law” oleh karena hakim-hakim karier tidak mempunyai pengetahuan yang cukup untuk menjadi “law maker”. Mahkamah Agung Amerika Serikat tidak dapat disamakan dengan *Constitutional Court* oleh karena Mahkamah ini juga mempunyai kewenangan sebagai pengadilan tingkat banding bagi perkara-perkara tertentu, sedangkan Mahkamah Konstitusi hanya menangani masalah pelanggaran terhadap Konstitusi.

Dari uraian di atas dapat disimpulkan bahwa pada umumnya kedua macam sistem judicial review inilah yang kini diikuti oleh negara-negara di dunia sekarang ini. Sistem judicial review di Amerika terutama diterapkan di negara-negara bekas jajahan Inggris, termasuk Canada, Australia dan India.

Dalam hal putusan judicial review, ada beberapa variasi dari putusan hakim yang menyatakan suatu undang-undang adalah “*unconstitutional*”, yang meliputi: (1) Apakah undang-undang yang dinyatakan unconstitutional itu batal untuk sebagian ataukah secara keseluruhan? Batal demi hukum atau dapat dibatalkan?; (2) Apakah putusan itu mengikat para pihak dalam perkara ataukah juga calon litigant lainnya

(future litigants)-inter partes atau erga omnes? (3) Apakah hak konstitusional yang diberikan itu berlaku surut atau hanya untuk masa yang akan datang.¹³

Mahkamah Konstitusi Australia yang menerapkan sistem sentralisasi menjadikan putusannya tidak saja mengikat para pihak dalam perkara tersebut, akan tetapi juga para pihak lainnya yang berkedudukan sama di masa yang akan datang. Dengan demikian putusan tersebut walaupun tidak berlaku surut, namun berlaku pada pihak lain juga. Undang-undang yang dinyatakan inkonstitusional tidak berlaku lagi bagi semua orang, dan peraturan yang berlaku sebelumnya menjadi berlaku lagi kecuali diputuskan lain oleh mahkamah Konstitusi.

Putusan pengadilan di Amerika Serikat mengenai judicial review ini hanya mengikat para pihak dalam perkara itu. Prinsip umum yang diperlukan ialah bahwa “hakim tidak boleh memperluas tidak berlakunya undang-undang tersebut kepada pihak lain”. Jadi hanya berlaku terhadap perkara yang dihadapi. Namun dengan adanya prinsip “*stare decicis*” daya mengikat putusan ini diperluas, oleh karena putusan mahkamah Agung Amerika Serikat mengikat pula semua pengadilan bawahan.

Ada beberapa variasi aplikasi tentang akibat dari putusan hakim. Pada dasarnya dalam sistem desentralisasi, suatu undang-undang yang dianggap bertentangan dengan undang-undang yang lebih tinggi oleh hakim harus dinyatakan batal demi hukum. Disini hakim tidak membatalkan sendiri undang-undang tersebut,

¹³ Ni'matul Huda, *Negara hukum, Demokrasi, dan Judicial Review*, (Yogyakarta: UII Press, 2005), hlm. 73

namun hanya menyatakan ketidakabsahan undang-undang tersebut sejak semula oleh karena bertentangan dengan konstitusi.

Konstitusi Turki yang baru Tahun 1961 memberikan kewenangan “retroactive” kepada Mahkamah Konstitusi, dengan pembatasan bahwa pembatalan ini hanya berlaku surut enam bulan setelah putusan. Mahkamah Konstitusi Italy dan Jerman menerapkan sistem yang tampaknya kombinasi dari sistem Amerika dan sistem Austria, yaitu putusan Mahkamah Konstitusi dapat berlaku “*erga omnes*”. Undang-undang yang dinyatakan “*unconstitutional*” berlaku bagi setiap orang dan selamanya, jadi tidak hanya berlaku untuk para pihak dalam perkara tersebut saja. Selain itu putusan Mahkamah Konstitusi ini berlaku surut.

Pengaturan tentang hak Uji Materiil dalam konstitusi Perancis atau konstitusi De Gaulle terdapat di dalam Title VII yang berjudul *The Constitutional Coucil* yang terdiri atas delapan pasal yang mana pengaturannya dimulai dari pasal 56 sampai dengan pasal 63. Dalam konstitusi *De Gaulle* ditegaskan adanya ketentuan bahwa Dewan Konstitusi berhak melakukan *review* terhadap undang-undang atas perintah Undang-undang organik. Adapun mekanisme yang berlaku disini bahwa sebelum suatu undang-undang organik dinyatakan berlaku, maka terlebih dahulu harus disampaikan kepada Dewan Konstitusi. Pengajuan kepada Dewan Konstitusi dimungkinkan dengan maksud agar diadakan pengujian apakah undang-undang organik tersebut bertentangan dengan konstitusi atau tidak.

Hak Uji Materiil juga dikenal dalam konstitusi Republik Korea. Lembaga yang berwenang melakukan Hak Uji Materiil tersebut dikenal dengan istilah The

Constitutional Court. Lembaga tersebut merupakan salah satu dari organ-organ perwakilan rakyat yang konstitusional yang merupakan bagian dari kedaulatan rakyat.

B.1. Dua Macam Pola Judicial Review

Dalam kepustakaan dan dalam praktek, dikenal dua macam *judicial review*, yaitu:

- a. hak menguji formal
- b. hak menguji materiil

Hak menguji formal adalah wewenang untuk menilai, apakah suatu produk legislatif terjelma melalui prosedur (tata cara) sebagai mana yang telah ditentukan atau diatur dalam peraturan perundangan ataukah tidak? Dari pengertian hak menguji formal di atas, nampak satu hal yang secara eksplisit mengedepankan tantang prosedur atau tata cara pembentukan suatu produk legislatif yang bernama undang-undang.

Jadi prosedur formal undang-undang inilah yang dinilai atau diuji, apakah sudah memenuhi tata cara seperti ditentukan dalam peraturan perundangan atau tidak. Apabila suatu peraturan yang diberi nama undang-undang ditetapkan tidak menurut cara-cara yang telah ditentukan, hak menguji dapat dilakukan. Artinya pengujian secara formal dapat dilakukan terhadap undang-undang yang tidak memenuhi tata

cara penyusunan suatu undang-undang sebagaimana yang ditentukan oleh peraturan perundangan¹⁴.

Sementara itu, hak menguji materiil adalah suatu wewenang untuk menyelidiki dan kemudian menilai, apakah suatu peraturan perundang-undangan isinya sesuai atau bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi derajatnya, serta apakah suatu kekuasaan tertentu berhak mengeluarkan suatu peraturan tertentu.

Dari makna yang terurai di atas, jelas yang lebih dikedepankan dalam hak menguji materiil itu adalah berkenaan dengan isi, materi muatan atau substansi dari suatu peraturan yang lebih tinggi derajatnya. Dalam arti yang lebih sederhana dapat dikatakan bahwa apabila suatu undang-undang dilihat dari isinya ternyata bertentangan dengan UUD, maka UU tersebut harus dinyatakan inskonstitusional dan karenanya tidak mempunyai kekuatan mengikat lagi atau batal demi hukum.¹⁵

Menurut Srie Soemantri, jika pengujian itu dilakukan terhadap isi undang-undang atau peraturan perundang-undangan lainnya, dinamakan sebagai hak menguji material, jika pengujian itu dilakukan terhadap prosedur pembentukannya, disebut hak menguji formal.¹⁶

Untuk menjaga kesatuan sistem tata hukum dalam negara, maka perlu dilakukan pengujian apakah satu kaidah hukum tidak berlawanan dengan kaidah hukum lain, dan terutama apakah satu kaidah hukum tidak ingkar dari atau bersifat menysihkan kaidah hukum yang lebih penting dan lebih tinggi derajatnya. Perbedaan

¹⁴ I Gede Pantja Astawa, Wewenang Mahkamah Agung melakukan pengujian secara materiil terhadap peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang, Fakultas Hukum Universitas Padjajaran, Maret, 1992, hlm. 13

¹⁵ Ibid. hlm. 13

¹⁶ Op. Cit., hlm. 84

dan pertentangan antara kaidah-kaidah hukum dalam satu tata hukum harus diselesaikan dan diakhiri oleh lembaga peradilan yang berwenang menentukan apa yang menjadi hukum positif dalam satu negara. Pekerjaan mengambil keputusan tentang sesuai tidaknya kaidah hukum dengan undang-undang dasar atau dengan kaidah konstusi yang setaraf dengan itu, oleh Usef Ranawijaya disebut pengujian konstitusional secara material.¹⁷

Pengujian konstitusional secara material ini mendapat dasar yang kuat dalam negara yang mempunyai undang-undang dasar sebagai satu kumpulan kaidah fundamental yang dianggap *supreme* dibanding kaidah-kaidah lain. Dalam rangka gagasan trias politika dengan sistem *checks and balances* pengujian konstitusional mempunyai arti lebih memperkuat lagi kedudukan lembaga peradilan sebagai jabatan bebas dari pengaruh jabatan eksekutif dan legislatif.

Secara umum dengan pengujian konstitusional ini jabatan peradilan dapat membatasi atau mengendalikan tingkah laku jabatan legislatif dan jabatan eksekutif atas dasar konstitusi. Hal ini sangat penting artinya dalam rangka menjamin hak asasi manusia dan kebebasan warga negara serta dalam mencegah terjadinya perbuatan sewenang-wenang penguasa.

Hak menguji merupakan pranata yang berkaitan erat dengan konsep hukum dasar (*fundamental law*) dan hukum derajat tinggi (*supreme law*). Dari sudut pandang ini, dasar tujuan dari hak menguji adalah melindungi konstitusi dari pelanggaran atau penyimpangan yang mungkin dilakukan oleh badan legislatif atau tindakan-tindakan

¹⁷ Ibid., hlm. 85

eksekutif. Dengan kata lain, hak menguji diperlukan untuk mempertahankan “*supremacy of the constitution.*”.

Hak menguji hanya relevan jika dipenuhi dua syarat: pertama, harus terdapat konstitusi tertulis yang dianggap sebagai hukum dan mempunyai kedudukan sebagai hukum tertinggi. Kedua, konstitusi tertulis itu harus bersifat rigid, atau yang hanya dapat diubah melalui tata cara khusus yang berbeda dengan cara mengubah undang-undang.¹⁸

Hans Kelsen, dalam kaitan negara hukum yang juga merupakan negara demokratis, mengargumentasikan empat syarat *rechtaat*¹⁹, yaitu: (1) negara yang kehidupannya sejalan dengan konstitusi dan undang-undang, yang proses pembuatannya dilakukan oleh parlemen. Anggota-anggota parlemen itu sendiri dipilih langsung oleh rakyat; (2) negara yang mengatur mekanisme pertanggungjawaban atas setiap kebijakan dan tindakan yang dilakukan oleh elit negara; (3) negara yang menjamin kemerdekaan kekuasaan kehakiman; dan (4) negara yang melindungi hak-hak asasi manusia. Berdasarkan paparan di atas, dapat disimpulkan bahwa hasil amandemen UUD 1945 lebih memberikan dasar konstitusional bagi lahir dan tumbuhnya negara hukum.

Sesuai dengan prinsip pemisahan kekuasaan, fungsi legislatif, eksekutif, dan yudikatif dikembangkan sebagai cabang-cabang kekuasaan yang terpisah satu sama lain. Jika kekuasaan legislatif berpuncak pada Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) yang terdiri atas dua kamar, yaitu Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) dan

¹⁸ Ibid., hlm. 86

¹⁹ Denny Indrayana, Negara Hukum Indonesia Paka Soeharto: Transisi Menuju Demokrasi vs Korupsi, Jurnal Konstitusi, Volume 1 Nomor 1, Juli 2004, Hlm. 106

Dewan Perwakilan Daerah (DPD), maka cabang kekuasaan yudikatif berpuncak pada kekuasaan kehakiman yang juga dapat dipahami mempunyai dua pintu, yaitu Mahkamah Agung (MA) dan Mahkamah Konstitusi (MK).²⁰

Keberadaan Mahkamah Konstitusi itu sendiri di dunia dapat dikatakan relatif baru. Karena itu, ketika UUD 1945 dirumuskan, gagasan Mahkamah Konstitusi belum muncul. Perdebatan ketika perumusan UUD 1945 adalah perlu tidaknya UUD 1945 mengakomodir gagasan hak uji materiil ke dalam kekuasaan kehakiman.

Namun, di kalangan negara-negara demokrasi baru, terutama di lingkungan negara-negara yang mengalami perubahan dari otoritarian menjadi demokrasi pada perempatan terkahir abad ke-20, ide pembentukan Mahkamah Konstitusi ini menjadi sangat populer. Karena itu, setelah Indonesia memasuki era reformasi dan demokratisasi dewasa ini, ide pembentukan Mahkamah Konstitusi itu menjadi sangat luas diterima²¹.

Selanjutnya, untuk menentukan pilihan bagi lembaga negara yang manakah seharusnya wewenang hak menguji itu diberikan, ada baiknya dikemukakan tiga sistem atau tida pola yang dikenal, yaitu sistem Perancis, Sistem Amerika Serikat, dan Sistem Inggris. Perancis tidak mengenal hak menguji undang-undang terhadap konstitusi/UUD, karena undang-undang dianggap sakral.²²

Sri Soemantri berpendapat bahwa hak menguji materiil adalah suatu wewenang untuk menyelidiki dan kemudian menilai, apakah suatu peraturan

²⁰ Jimly Asshidiqie, *Format Kelembagaan Negara dan Pergeseran Kekuasaan Dalam UUD 1945* (Yogyakarta: FH UII Press, 2004), Hlm. 82

²¹ Ibid, 108

²² Ibid., hlm. 16

perundang-undangan isinya sesuai atau bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi derajatnya serta apakah suatu kekuasaan tertentu berhak mengeluarkan suatu peraturan tertentu. Jadi hak menguji materiil ini berkenaan dengan isi dari suatu peraturan dalam hubungannya dengan peraturan yang lebih tinggi derajatnya.²³

B. 1.1 Judicial Review oleh Mahkamah Konstitusi

Di seluruh negara di dunia Mahkamah Konstitusi dikenal di 78 negara. Sebagian besar negara-negara demokrasi yang sudah mapan, kecuali Jerman, tidak mengenal Mahkamah Konstitusi. Mahkamah ini sangat populer di negara-negara yang beralih dari sistem otoritarian ke demokrasi. Ada tiga model Mahkamah Konstitusi yang ada di dunia. Pertama, negara yang mengikuti pola Jerman, yaitu membentuk pola Mahkamah Konstitusi disamping Mahkamah Agung. Kedua, negara-negara yang mengikuti pola Perancis, yang tidak menyebutnya dengan istilah pengadilan melainkan hanya dewan, yaitu *constitutional council*²⁴. Ketiga adalah yang relatif berbeda, seperti yang terdapat di Belgia, yaitu *constitutional arbitrage*.²⁵

Dalam UUD 1945 sebelum perubahan, lembaga yang disebut dalam bab kekuasaan kehakiman adalah Mahkamah Agung. Dengan adanya perubahan, maka selain Mahkamah Agung sebagai puncak pelaksana kekuasaan kehakiman dari

²³ Ibid.hlm, .3

²⁴ Untuk di Prancis kewenangan ini lebih tepat jika disebut “judicial preview”, oleh karena mekanisme yang digunakan adalah bahwa “sebelum” sebuah undang-undang diundangkan, harus disampaikan lebih dahulu kepada Dewan Konstitusi/Constitutional Council untuk diuji dan ditetapkan apakah bertentangan dengan konstitusi atau tidak.

²⁵ Jimly Asshiddiqie, Mahkamah Konstitusi: Fenomena Hukum Tata Negara Abad XX, dalam Hukum dan Kuasa Konstitusi: *Catatan-catatan untuk pembahasan Rancangan Undang-Undang Mahkamah Konstitusi, Konsorsium Reformasi Hukum Nasional*, (Jakarta, 2004), Hlm. 3-4

lingkungan peradilan yang berada di bawahnya, juga terdapat Mahkamah Konstitusi yang secara fungsional juga sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman, namun tidak mempunyai hubungan struktural dengan Mahkamah Agung. Kedua lembaga tersebut memiliki fungsi yang sama, yaitu sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman, namun dibedakan dalam yurisdiksinya atau kompetensinya.²⁶

Mahkamah Konstitusi memiliki hak uji konstitusionalitas yang meliputi beberapa hal, yang dapat dikelompokkan ke dalam: (a) uji materiil konstitusionalitas undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, (b) memutus *constitutional complain* yang dilakukan oleh rakyat terhadap pelanggaran hak-hak konstitusi mereka, (c) memutus sengketa kewenangan antarlembaga negara, baik di tingkat pusat maupun antara lembaga federal dengan negara bagian.²⁷

Sampai saat ini terjadi perdebatan mengenai legitimasi sebuah Mahkamah Konstitusi. Paling tidak ada dua kelompok paham yang berkembang: (1) negara-negara yang menganut *sovereignty of parliament*, dan (2) negara-negara yang menganut paham konstitusi sebagai dasar hukum pokok negara. Paham pertama dianut oleh negara-negara seperti Inggris, Swedia, dan Prancis, sedangkan paham kedua dianut negara seperti Amerika Serikat dan Australia.²⁸

Negara dengan paham pertama menganggap pendirian Mahkamah Konstitusi bertentangan dengan tradisi demokrasi. Dalam pandangan mereka, Mahkamah Konstitusi bertentangan dengan supremasi dan *soverinitas* parlemen karena lembaga

²⁶ Ibid., Hlm. 23

²⁷ Ibid., Hlm. 26

²⁸ Zenwen Pador, Konteks dan Relevansi Pembentukan Mahkamah Konstitusi, dalam Hukum dan Kuasa Konstitusi: Catatan-catatan untuk pembahasan Rancangan Undang-Undang Mahkamah Konstitusi, Konsorsium Reformasi Hukum Nasional, Jakarta, 2004, Hlm. 40

ini dapat membatalkan keputusan politik yang dihasilkan DPR, jika menurut pendapat para hakim keputusan politik itu bertentangan dengan konstitusi negara. Pembatalan keputusan politik oleh hakim Mahkamah Konstitusi merupakan pelanggaran terhadap *soverinitas* yang dimiliki parlemen (*parliament can do no wrong*).²⁹

Sebaliknya, negara-negara penganut paham kedua seperti Amerika Serikat dan Australia, legitimasi Mahkamah Konstitusi beranjak dari asumsi perlunya jaminan perlindungan pembagian kekuasaan yang demokratis. Hal ini mensyaratkan sebuah konstitusi yang tertulis sebagai hukum dasar (hukum tertinggi) negara dan pembagian kekuasaan klasik antara legislatif, eksekutif, dan yudikatif.³⁰

Legitimasi Mahkamah Konstitusi terletak pada kesesuaian antara undang-undang yang dihasilkan parlemen dengan konstitusi negara, dan pada keseimbangan kekuasaan antar organ tinggi negara lainnya. Maka Mahkamah Konstitusi bertujuan menjamin perlindungan hak-hak dasar rakyat yang diterapkan konstitusi serta hubungan harmonis antar lembaga negara dalam kerangka negara demokratis. Indonesia bersandar pada paham kedua ini berkaitan dengan hadirnya lembaga Mahkamah Konstitusi.

Perubahan sistem ketatanegaraan setelah perubahan UUD 1945 telah mereduksi sedemikian rupa kekuasaan MPR yang tidak lagi menjadi lembaga negara tertinggi yang *supreme*, melainkan sejajar dengan lembaga lainnya. Dengan demikian, perlu ada lembaga yang dibentuk menggantikan fungsi MPR, terutama bila

²⁹ Ibid., Hlm. 40

³⁰ Ibid., Hlm. 41

terjadi sengketa berkaitan dengan sengketa dengan konstitusi. Point itulah yang menegaskan fungsi utama dari Mahkamah Konstitusi.

Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan untuk melakukan judicial review. Kewenangan untuk menguji undang-undang terhadap undang-undang dasar secara teoritik maupun dalam praktek dikenal ada dua macam, yaitu pengujian secara formal dan pengujian secara materil. Pengujian secara formal adalah wewenang untuk menilai apakah suatu produk legislatif dibuat sesuai dengan prosedur ataukah tidak. Serta apakah suatu kekuasaan berhak mengeluarkan suatu peraturan tertentu.

Sedangkan pengujian secara materiil adalah wewenang untuk menyelidiki dan menilai apakah suatu peraturan perundang-undangan bertentangan atau tidak dengan peraturan yang lebih tinggi³¹ Dalam hal ini rumusan Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 tidak membatasi hak pengujian tersebut, yang dibatasi hanyalah subjek yang akan diuji, yaitu undang-undang.³²

Keberadaan judicial review sangat dibutuhkan, baik secara yuridis, politis, maupun pragmatis. Secara yuridis, sesuai dengan *Stufen Theory* bahwa *Lex superiori derogat legi inferiori*. Oleh sebab itu diperlukan diperlukan judicial review. Secara politis, kebutuhan akan judicial review sangat diperlukan agar visi dan misi serta materi muatan suatu undang-undang tidak bertentangan dengan undang-undang dasar, karena pada hakikatnya suatu undang-undang dibuat untuk melaksanakan undang-undang dasar. Secara pragmatis, kebutuhan terhadap judicial review diperlukan untuk mencegah praktek penyelenggaraan pemerintahan negara yang tidak sesuai atau

³¹ Sri Soemantri, Hak Menguji Material di Indonesia (Bandung, 1986) hlm 47

³² Idib, 326

menyimpang dari undang-undang dasar. Tanpa judicial review kiranya sulit menegakkan Undang-Undang Dasar 1945.³³

Menurut Jimly Asshiddiqie, judicial review merupakan upaya pengujian oleh lembaga yudisial terhadap produk hukum yang ditetapkan oleh cabang kekuasaan legislatif, eksekutif, ataupun yudikatif.³⁴ Pemberian kewenangan tersebut kepada hakim merupakan penerapan prinsip “check and balances” berdasarkan sistem pemisahan kekuasaan negara yang dipercaya dapat lebih menjamin perwujudan gagasan demokrasi dan cita-cita negara hukum.

Sesuai dengan prinsip *check and balances* yang telah menjadi satu pokok pikiran dalam Undang-Undang Dasar 1945 paska perubahan, pengujian konstitusionalitas materi undang-undang telah ditegaskan menjadi kewenangan hakim, yaitu Mahkamah Konstitusi.³⁵ Dengan diakuinya judicial review dalam Undang-Undang Dasar 1945 berdampak positif, salah satunya adalah asas keseimbangan antara aparatur-aparatur demokrasi. Juga merupakan cerminan dari supremasi hukum atas kekuasaan politik. Berdasarkan pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945, kewenangan judicial review dilakukan oleh Mahkamah

³³ Moh. Mahfud M.D, Menegakkan Supremasi Hukum Melalui Demokrasi, (Yogyakarta: FH.UII Press, 1998) hlm. 66

³⁴ Menurut Jimly Asshiddiqie, dalam pengertian judicial review itu terdapat pula pengertian mengenai pengujian kembali, tidak saja terhadap produk legislative dan eksekutif, tetapi juga terhadap produk putusan hakim sendiri. Contoh. Indonesia mengenal adanya lembaga Peninjauan Kembali (PK) oleh Mahkamah Agung. Jimly Assiddiqie, “Judicial Review: Kajian atas Permohonan Hak Uji Materiil terhadap Peraturan Pemerintah No 19 Tahun 2000 tentang TGPTK”, Makalah dalam dictum edisi I, Tahun 2002, hlm 37.

³⁵ Ibid,hlm.31-32

Konstitusi. Pemberian wewenang *judicial review* kepada Mahkamah Konstitusi didasarkan kepada beberapa alasan³⁶:

- a. Menurut paham konstitusionalisme, di mana undang-undang dasar kedudukannya adalah sebagai bentuk peraturan yang tertinggi, hakim harus memiliki kewenangan untuk membatalkan setiap tindakan presiden dan juga setiap undang-undang yang bertentangan dengan undang-undang dasar.
- b. Judicial review merupakan proses *judicialization of politic* terhadap produk legislatif. Hal ini didasarkan pada asumsi bahwa undang-undang merupakan produk politik yang sering kali (jika tidak dapat dikatakan selalu) lebih mengedepankan kepentingan politik suara mayoritas dan cenderung mengabaikan aspek kebenaran dalam proses pengambilan keputusan. Oleh karenanya, hal tersebut harus dikontrol.
- c. Berdasarkan hasil amandemen Undang-Undang Dasar 1945 kekuasaan di Indonesia menganut sistem *bifurkasi* di mana kekuasaan kehakiman terbagi dalam dua cabang, yaitu: cabang peradilan biasa yang berpuncak pada Mahkamah Agung dan cabang peradilan kontitusi yang dilakukan oleh Mahkamah Kontitusi. Menyerahkan kewenangan judicial review kepada peradilan biasa hanya akan mengundang kecurigaan dan ketidakpercayaan publik terhadap proses dan hasil judicial review tersebut. Kecurigaan dan ketidakpercayaan tersebut beralasan, mengingat selama ini lembaga peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung sudah begitu lama tenggelam dan mengabdikan pada kekuasaan. Di samping itu, peradilan biasa

³⁶ Andriyanto dan Trimedya (ed), *Reformasi Mahkamah Agung* (Jakarta, MKPress, 1999), hlm. 50

dan para hakimnya dirasa kurang memiliki wawasan dan pengalaman yang cukup tentang kontitusi.

Dari semua kewenangan Mahkamah Kontitusi sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945, kewenangan menguji undang-undang terhadap undang-undang dasar dipandang sebagai kewenangan yang paling esensial di samping kewenangan menyelesaikan sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan undang-undang dasar.

Dikatakan esensial karena judicial review merupakan salah satu instrumen yang strategis untuk melindungi hak konstitusional warga negara dari pemegang kekuasaan negara yang menyimpang dari kontitusi. Seperti halnya pada hukum acara lainnya, putusan Mahkamah Konstitusi, semenjak dibacakan pada sebuah persidangan yang terbuka untuk umum, akan memiliki tiga kekuatan. Pertama, kekuatan mengikat; kedua kekuatan pembuktian; dan ketiga kekuatan eksekutorial.

Memiliki kekuatan mengikat artinya, sebagai konsekuensi logis dari putusan yang bersifat final (pertama dan terakhir), putusan Mahkamah Konstitusi akan langsung berlaku mengikat bagi seluruh wilayah Indonesia. Selain itu, Mahkamah Konstitusi sebagai *negative legislator* yang putusannya *erga omnes*, juga menjadikan putusan Mahkamah Konstitusi memiliki kedudukan sebagaimana hukum yang diciptakan oleh para pembentuk undang-undang lainnya (presiden dan DPR).

Kekuatan pembuktian maksudnya, putusan Mahkamah Konstitusi telah memiliki kekuatan hukum yang pasti, yang dapat digunakan sebagai alat bukti dengan kekuatan pasti. Putusan Mahkamah Konstitusi telah memiliki kekuatan

hukum yang pasti karena menurut ketentuan Pasal 60 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi, menyatakan bahwa materi muatan, ayat, pasal dan/atau bagaian dalam undang-undang yang telah diuji, tidak dapat dimohonkan untuk dilakukan pengujian kembali.

Terkait dengan kekuatan eksekutorial yang dimiliki putusan Mahkamah Konstitusi, secara eksplisit memang susah diwujudkan pada perkara pengujian undang-undang tetapi seperti halnya putusan pengadilan biasa, putusan Mahkamah Konstitusi tetap memiliki kekuatan eksekutorial, misalnya ada penyatuan atau integrasi putusan mahkamah Konstitusi dengan undang-undang yang telah diajukan, sehingga khalayak umum bisa secara jelas, bahwa pada bagian tertentu undang-undang bersangkutan tidak lagi mempunyai kekuatan hukum mengikat. Namun demikian, meski putusan Mahkamah Konstitusi memiliki kekuatan eksekutorial, hal itu tidak memberi hak kepada pemohon untuk meminta pelaksanaan putusan tersebut, misalnya saja menuntut diadakannya perubahan undang-undang³⁷.

Hanya saja, meski memiliki kekuatan mengikat; kedua kekuatan pembuktian, dan ketiga kekuatan eksekutorial, selama ini pelaksanaan putusan Mahkamah Konstitusi hanya mengandalkan kerjasama/hubungan yang baik antara Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga judicial dengan organ-organ pembentuk undang-undang (DPR dan Presiden), serta organ pelaksana undang-undang (pemerintah).³⁸

Jika tidak ada itikad baik dari ketiga organ, yang terkena implikasi dari keluarnya putusan Mahkamah Konstitusi, tentunya putusan Mahkamah Konstitusi

³⁷ Denny Indrayana, *Jurnal Mimbar Hukum*, Volume 19, Nomor 3, Oktober 2007, hlm. 442

³⁸ Ibid hlm. 442

hanya menjadi kesia-siaan belaka, atau sekadar menjadi macan kertas, yang tidak mempunyai kekuatan implementatif. Menurut pandangan beberapa ahli hukum cabang paling lemah dari ketiga cabang kekuasaan yang ada, karenanya kewenangannya hanya sebagai pemutus perkara. Selebihnya untuk mengeksekusi putusan yang dikeluarkan, organ yudikatif membutuhkan campur tangan dari pihak eksekutif untuk menjadi eksekutor.

Meskipun Mahkamah Konstitusi saat ini memiliki kewenangan yang luar biasa tinggi, yakni sebagai organ yang wenang untuk melakukan *constitutional review*, yang artinya berfungsi untuk membatasi dan mengawasi organ-organ negara lainnya agar berjalan dalam koridor-koridor yang telah ditetapkan oleh konstitusi, namun hal ini belum bisa menjamin pelaksanaan dari ketentuan yang digariskan oleh Mahkamah Konstitusi.

Apabila menganalisis ketentuan yang terdapat dalam Pasal 24 C ayat (1), di situ memang hanya disebutkan bahwa Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final, jadi memang secara eksplisit tidak pernah dicantumkan bahwa putusan Mahkamah Konstitusi bersifat mengikat (*binding*). Dalam Undang-Undang N0. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi Pasal 10 juga hanya menyebutkan demikian, bahwa keputusan Mahkamah Konstitusi hanya sekadar bersifat final, artinya pertama dan terakhir, serta tidak ada upaya hukum lain yang bisa ditempuh sesudahnya, sifat mengikat (*binding*) tidak turut serta dalam putusan mahkamah Konstitusi.

Menurut Denny Indrayana, kejadian ini merupakan kesalahan fatal organ pembentuk undang-undang dalam mengarti-kulasikan terminologi putusan final,

artikulasi putusan final ialah tidak dapat dibanding atau tidak ada upaya hukum lain yang dapat ditempuh, oleh karenanya konsekuensi normatif dari putusan final adalah harus mengikat.

Oleh karenanya di negara manapun, kecuali Indonesia, konstitusi dan pengaturan yang mengatur kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam mencantumkan kata-kata bersifat final tentu selalu diikuti dengan kata mengikat. Meski telah dicantumkan secara eksplisit, seringkali putusan Mahkamah Konstitusi ditingkari atau tidak diperdulikan oleh organ pembentuk undang-undang dan/atau organ aktor-aktor non-yudisial lainnya, apalagi jika kedua kata tidak dicantumkan secara berdampingan dan eksplisit, sangat dimungkinkan terjadi penafsiran bahwa putusan yang bersifat final belum tentu mengikat, karena tidak ada ketentuan yang secara eksplisit mengaturnya.³⁹

Akibatnya, putusan Mahkamah Konstitusi tidak berwatak implementatif, ketika mencapai tahap aplikasi. Putusan Mahkamah Konstitusi akan dihadang oleh sekian banyak rintangan yang mengganggu eksekusi putusan. Oleh karena perlu adanya suatu strategi kesadaran kolektif dari seluruh lembaga negara dan organ-organ non negara lainnya, untuk bersama-sama mengaplikasikan putusan Mahkamah Konstitusi pada kondisi yang secara jelas dikehendaki oleh konstitusi.

Pengimplementasian putusan mahkamah Konstitusi akan sangat absurd tanpa adanya respon positif dari organ-organ pembentuk undang-undang dan pemerintah pada umumnya. Selama ini kerap kali terjadi kesenjangan dan *disparitas* antara tahap

³⁹ Ahmad Syahrizal, "Problem Implementasi Putusan MK", Jurnal Konstitusi Volume 4 Nomor 1, Maret 2007, Jakarta, hlm 115

pembacaan dengan implementasi putusan final di lapangan. Jika persoalan besar ini terus dibiarkan, niscaya putusan Mahkamah Konstitusi hanya akan memiliki kekuatan simbolik yang menghiasi lembaran berita negara.⁴⁰

Organ Mahkamah Konstitusi sebaiknya tidak sekadar memiliki kewenangan yang besar dalam hal pengujian konstitusionalitas, melainkan juga harus dibekali kewenangan untuk mengawasi putusannya, artinya putusan final harus disertai dengan *judicial order* yang diarahkan kepada perorangan ataupun institusi negara. Selanjutnya harus pula diadakan ketentuan formal yang mengatur implementasi putusan final dan mengikat, selain diperkuat dengan adanya kesepakatan kolektif dari lembaga-lembaga negara dan aktor negara untuk melakukan tindakan koordinatif dan kolaboratif yang mendukung pelaksanaan/implementasi dari putusan Mahkamah Konstitusi. Disertai dukungan publik yang massif untuk menekan organ-organ negara dalam melaksanakan putusan yang telah digariskan.⁴¹

Dalam Perubahan Ketiga UUD 1945 Pasal 24C ayat (1), Mahkamah Konstitusi ditentukan memiliki empat kewenangan, yaitu: (1) menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar; (2) memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar; (3) memutus pembubaran partai politik; (4) memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.

Kewenangan tersebut adalah dalam tingkat pertama dan terakhir dan putusan Mahkamah Konstitusi bersifat final, yaitu langsung mempunyai kekuatan hukum tetap dan tidak terdapat upaya hukum untuk mengubahnya. Selain itu, berdasarkan

⁴⁰ Ibid. al. 117

⁴¹ Ibid hlm. 443

Pasal 24C ayat (2) jo Pasal 7B, Mahkamah Konstitusi juga berkewajiban untuk memeriksa, mengadili dan memutus mengenai pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya atau perbuatan tercela, dan/atau pendapat bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden. Perlu dicatat bahwa putusan ini sifatnya tidak final karena tunduk pada putusan MPR, lembaga politik yang berwenang memberhentikan Presiden.⁴² Jadi berbeda dengan di Amerika Serikat yang mendahulukan proses politik daripada proses hukum.⁴³

Menurut Jimly Asshiddiqie pemisahan kewenangan antara Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung karena pada hakikatnya kedua lembaga itu berbeda. Mahkamah Agung lebih merupakan pengadilan keadilan (*court of justice*), sedangkan Mahkamah Konstitusi lebih berkenaan dengan lembaga pengadilan hukum (*court of law*).

Pembedaan ini sebenarnya tidak dapat dilepaskan dari kenyataan bahwa memang sejak sebelumnya Mahkamah Agung berwenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang. Karena itu, ketika sepakat diadopsinya Mahkamah Konstitusi dalam Perubahan Ketiga UUD 1945 pada tahun 2001, maka ketentuan lama berkenaan dengan kewenangan Mahkamah Agung itu dituangkan dalam rumusan ketentuan pasal 24A.

⁴² Ni'matul Huda, Negara Hukum, *Demokrasi, dan Judicial Review*, (Yogyakarta: UII Pres, 2005), Hlm. 122

⁴³ Ibid.

Selain itu, memang ada negara yang dijadikan salah satu sumber inspirasi oleh anggota Panitia Ad Hoc I Badan Pekerja MPR ketika merumuskan ketentuan mengenai Mahkamah Konstitusi ini, yakni Mahkamah Konstitusi Korea Selatan. Dalam konstitusi Korea Selatan, kewenangan judicial review atas undang-undang memang diberikan kepada Mahkamah Konstitusi, tetapi kewenangan judicial review atas peraturan di bawah undang-undang diberikan kepada Mahkamah Agung. Melalui proses peradilan di Mahkamah Konstitusi, bangsa Indonesia telah meneguhkan tekad untuk menyelesaikan segala bentuk sengketa dan konflik politik melalui jalur hukum.

B.1.1.2 Judicial Review oleh Mahkamah Agung

Perubahan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Pasal 24A ayat (1) menegaskan: “Mahkamah Agung berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang.” Selama ini, ketentuan wewenang MA diatur dalam UU No.14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung. Wewenang MA melakukan pengujian terhadap peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang selama ini diatur dalam UU No 14 tahun 1970 Pasal 26 ayat (1) yang berbunyi: “Mahkamah Agung berwenang untuk menyatakan tidak sah semua peraturan perundang-undangan dari tingkat yang lebih rendah dari undang-undang atas alasan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.”⁴⁴

⁴⁴ Ni'matul Huda, Negara Hukum, *Demokrasi dan Judicial Review*, (Yogyakarta: UII Pres, 2005), Hlm. 108

Dalam Sidang Tahunan MPR RI Tahun 2001, melalui ketetapan MPR RI No.X/MPR/2001, MPR memberikan rekomendasi kepada MA untuk melakukan uji materiil (judicial review) terhadap semua Perda yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi tanpa melalui proses peradilan kasasi. Rekomendasi MPR dikeluarkan untuk mendukung pelaksanaan otonomi daerah, yang dianggap mengkhawatirkan karena beberapa Peraturan Daerah yang dikeluarkan oleh Daerah dalam rangka meningkatkan Pendapatan Asli Daerah dipandang bermasalah karena bertentangan dengan perundang-undangan yang lebih tinggi.⁴⁵

Fungsi MA menangani perkara uji materiil disebut dalam pasal 31 Undang-Undang No. 5 Tahun 2004:

- (1). Mahkamah Agung mempunyai wewenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang.
- (2). Mahkamah Agung menyatakan tidak sah peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang atas alasan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau pembentukannya tidak memenuhi ketentuan yang berlaku.
- (3). Putusan mengenai tidak sahnya peraturan perundang-undangan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dapat diambil baik berhubungan dengan pemeriksaan pada tingkat kasasi maupun berdasarkan permohonan langsung pada Mahkamah Agung.
- (4). Peraturan perundang-undangan yang dinyatakan tidak sah sebagaimana dimaksud pada ayat (3) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.
- (5). Putusan sebagaimana dimaksud pada ayat (3) wajib dimuat dalam Berita Negara Republik Indonesia dalam jangka waktu paling lambat 30 (tiga puluh) hari kerja sejak putusan diucapkan.

Menurut Miriam Budiardjo, Mahkamah Agung mempunyai wewenang untuk menguji apakah sesuatu undang-undang sesuai dengan Undang-Undang Dasar

⁴⁵ Ibid., Hlm. 115

atau tidak, dan untuk menolak melaksanakan undang-undang serta peraturan-peraturan lainnya yang dianggap bertentangan dengan Undang- Undang Dasar".⁴⁶

Sedangkan menurut Bintan R. Saragih judicial review adalah hak dari Mahkamah Agung untuk menilai atau menguji secara material apakah suatu undang-undang bertentangan dengan atau tidak berlaku undang-undang yang dinyatakan bertentangan atau tidak sesuai tersebut.⁴⁷

Dengan meneliti pengertian hak menguji materiil dan hak menguji formal (wewenang untuk menilai, apakah suatu produk legislatif terjelma melalui cara-cara sebagaimana telah ditentukan/diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku atau tidak), yang dikaitkan dengan dasar hukum di atas, jelaslah "hak menguji materiil terbatas".

Dikatakan demikian karena hak uji materiil yang dimiliki Mahkamah Agung terbatas pada: Bahwa hak menguji materiil hanya dapat dilaksanakan oleh Mahkamah Agung terhadap peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang; Bahwa alasan untuk menyatakan tidak sahnya peraturan perundang-undangan yang dilaksanakan oleh Mahkamah Agung dalam tingkat kasasi itu, adalah karena bertentangan dengan perundang-undangan yang lebih tinggi.⁴⁸

Dalam hal memperkuat keputusan judicial review sekaligus untuk mengantisipasi ketidaktaatan instansi akibat keputusan judicial review, Mahkamah Agung telah mengeluarkan Peraturan Mahkamah Agung (PERMA) No.1 Tahun 1999

⁴⁶ Tubagus Haryo Karbyanto, *Judicial Review: Antara trend dan kemampuan bagi strategi advokasi*, Seri Bacaan Kursus HAM untuk pengacara, ELSAM, 2005

⁴⁷ Ibid.hlm.2

⁴⁸ Ibid.hlm. 4

tentang Hak Uji Materiil. Dalam Pasal 12 menyebutkan bahwa “Panitera Mahkamah Agung mencantumkan petikan putusan MA dalam Berita Negara dan dipublikasikan atas biasaya negara dan apabila dalam 90 hari setelah keputusan MA dikirim kepada tergugat ternyata tergugat tidak melaksanakan kewajibannya yakni tidak mencabut peraturannya, maka demi hukum peraturan perundang-undangan yang bersangkutan tidak mempunyai kekuatan hukum”.

Disamping membatasi wewenang MA dalam melaksanakan Hak Uji Materiil, karena hanya melimpahkan wewenang untuk melakukan pengujian terhadap peraturan-peraturan di bawah undang-undang, di sisi lain, kewenangan MA tersebut sifatnya pasif, karena hanya dapat diambil sehubungan dengan pemeriksaan dalam perkara kasasi. Artinya, apabila tidak ada masalah hukum yang diajukan dalam proses perkara di MA, maka wewenang itupun tidak bisa berjalan.

Kewenangan MA dalam melaksanakan Hak Uji Materiil yang terbatas hanya terhadap peraturan-peraturan di bawah Undang-Undang ditentukan dasar hukumnya dalam:

1. Pasal 26 Undang-undang Nomor 14 Tahun 1970 Tentang Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman
2. pasal 11 ayat (4) Ketetapan MPR. No. III/MPR/1978 tentang Kedudukan dan Hubungan Tatakerja Lembaga Tertinggi Negara dengan/atau Antar Lembaga Tinggi Negara
3. Pasal 31 ayat (1) Undang-undang N0.5 Tahun 2004 tentang Mahkamah Agung.

Apabila dibandingkan antara PERMA Nomor 1 Tahun 1993 tentang Hak uji Materiil ini dengan PERMA Nomor 1 Tahun 1999 mengenai masalah yang sama,

maka dapatlah dilihat adanya perbedaan-perbedaan prosedural antara lain sebagai berikut:

1. Dalam PERMA Nomor 1 Tahun 1999, upaya hukum untuk Hak Uji Materiil tersebut dapat melalui pengajuan gugatan ataupun melalui permohonan langsung ke Mahkamah Agung, sehingga tidak melalui perkara kasasi
2. Dalam PERMA Nomor 1 Tahun 1999, diatur pula ketentuan tentang akibat hukum apabila instansi atau pejabat yang berwenang ternyata tidak mau melaksanakan yaitu sebagaimana dicantumkan dalam Pasal 12 PERMA Nomor 1 Tahun 1999. Pasal 12 tersebut selengkapnya berbunyi sebagai berikut: “ Dalam 90 (sembilan puluh) hari setelah putusan mahkamah Agung tersebut dikirim kepada tergugat ternyata Tergugat tidak melaksanakan kewajibannya, demi hukum peraturan bersangkutan tidak mempunyai kekuatan hukum tetap
3. Dimungkinkan upaya Hak Uji Materiil ditempuh melalui class-action dengan mengatasnamakan kepentingan masyarakat.

Berdasarkan PERMA No.1 Tahun 1993, hak Mahkamah Agung untuk menguji materi peraturan perundang-undangan di bawah tingkat UU dapat dilakukan melalui persidangan gugatan judicial review yang bersifat khusus. Artinya, penilaian itu dilakukan melalui proses acara, tetapi prosesnya dimulai dengan suatu gugatan oleh pihak-pihak terkait secara kelembagaan, misalnya instansi A digugat oleh institusi B yang merasa dirugikan.

Bahkan dengan perkembangan ‘class action’, lembaga-lembaga swadaya masyarakat dapat pula mengajukan judicial review semacam itu. Dengan begitu,

pengujian terhadap produk-produk setingkat UU juga dapat dilakukan dengan cara demikian, yaitu dengan memperhadapkan pihak-pihak tertentu secara institusional di depan sidang Mahkamah Agung ataupun di depan Pengadilan Tingkat Pertama (Pengadilan Negeri).⁴⁹

Pengajuan Hak Uji Materiil ke Mahkamah Agung menurut PERMA No. 1 Tahun 1999 dapat dilakukan melalui dua jalur, yakni gugatan dan permohonan keberatan. Gugatan adalah tuntutan kepada badan atau Pejabat Tata Usaha Negara terhadap peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang dan diajukan ke Mahkamah Agung mendapatkan putusan. Permohonan keberatan adalah suatu permohonan yang berisi keberatan terhadap berlakunya suatu peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi yang diajukan ke Mahkamah Agung untuk mendapat putusan. Di dalam PERMA No.1 Tahun 2004 pengajuan Hak Uji Materiil ke Mahkamah Agung hanya dilakukan melalui permohonan keberatan.

Permohonan keberatan diajukan ke Mahkamah Agung dengan cara: (a) langsung ke Mahkamah Agung, atau (b) melalui Pengadilan Negeri yang membawahi wilayah hukum tempat kedudukan pemohon. Permohonan keberatan diajukan dalam tenggang waktu 180 (seratus delapan puluh) hari sejak ditetapkan peraturan perundangan yang bersangkutan.

Putusan terhadap pengajuan Hak Uji Materiil ke Mahkamah Agung dibedakan menjadi tiga macam. Pertama, dalam hal mahkamah Agung berpendapat bahwa permohonan keberatan beralasan, karena peraturan perundang-undangan tersebut bertentangan dengan peraturan perundang-undangan tingkat tinggi, Mahkamah

⁴⁹ Ibid., Hlm. 117

Agung mengabulkan permohonan keberatan tersebut. Kedua, MA dalam putusannya menyatakan bahwa peraturan perundang-undangan yang dimohonkan keberatan tersebut sebagai tidak sah dan tidak berlaku umum, serta memerintahkan kepada instansi yang bersangkutan segera pencabutannya. Ketiga, dalam hal Mahkamah Agung berpendapat bahwa permohonan keberatan tidak beralasan, Mahkamah Agung menolak permohonan tersebut.

Menurut PERMA No. 1 Tahun 2004, dalam 90 (sembilan puluh) hari setelah putusan Mahkamah Agung tersebut dikirim kepada Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara yang mengeluarkan peraturan perundang-undangan tersebut, ternyata pejabat yang bersangkutan tidak melaksanakan kewajibannya, demi hukum peraturan perundang-undangan yang bersangkutan tidak mempunyai kekuatan hukum. Terhadap putusan mengenai permohonan keberatan tidak dapat diajukan peninjauan kembali.⁵⁰

C. Hakikat Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi

Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi merupakan sebuah komisi yang menjadi alternatif jawaban atas persoalan pelanggaran HAM masa silam. Beberapa alasan sebuah KKR dibentuk; *pertama*, secara prinsipil ada keterbatasan mekanisme hukum (sistem pengadilan) dalam menangani kasus-kasus pelanggaran HAM yang telah terjadi dalam kurun waktu yang cukup lama, sesuatu yang lazim terjadi di negeri-negeri otoriter.

⁵⁰ Ibid., Hlm. 119

Kedua, alasan yang lebih bersifat politis dan pragmatis bahwa transisi politik memerlukan suatu kepastian arah dan stabilitas. Umumnya transisi politik di dunia ketiga lahir tidak lewat sebuah prosesi politik yang radikal, namun lebih bersifat reformatif, damai, dan kompromistis. Akibatnya sebagian dari mesin politik masa lalu masih memainkan peran politik yang signifikan dalam sistem yang baru. Bila prinsip ideal akan keadilan mutlak diterapkan, maka bisa dipastikan para pelaku yang harus dibawa ke muka pengadilan jumlahnya akan besar sekali. Ini akan menimbulkan keresahan politik dari para pelaku, yang bisa membahayakan stabilitas transisi itu sendiri. Karena itu laporan kerja KKR umumnya hanya menjelaskan hubungan antara pola kekerasan dengan struktur politik di masa lalu.

Ketiga, ada ketidakpercayaan akan independensi sistem peradilan. Pengadilan diragukan memiliki integritas dan kapasitas dalam mengadili para pelaku karena institusi pengadilan sendiri merupakan warisan rezim masa lalu. *Keempat*, seringkali rezim otoriter yang brutal melakukan politik pecah belah (dan diskriminasi) di tingkatan masyarakat sipil, entah atas garis agama, ras, atau etnis. Rekonsiliasi sangat diperlukan untuk menjaga keutuhan formasi sosial masyarakat selama fase transisi.

Kelima, alasan politis yang strategis. Argumen ini didasari pada sebuah perencanaan politik jangka panjang bahwa transisi politik pada masa awal merupakan fase di mana perubahan berlangsung lebih terbatas. Karena mekanisme pengadilan dipandang terlalu radikal, maka mekanisme KKR yang kompromistis hanya diperlakukan sebagai suatu investasi politik⁵¹.

⁵¹ Komisi kebenaran dan rekonsiliasi; *alternative penyelesaian pelanggaran HAM masa lalu?* www.acehkita.com, diakses 29 Maret 2008

Konteks pembentukan KKR,⁵² adalah transisi dari rezim otoriter ke rezim demokratis. Dua jenis transisi yang bisa disebut antara lain: modernisasi dengan liberalisasi pasar tanpa diikuti pemberdayaan politik bagi rakyat, dan transisi yang tidak lebih dari jeda sementara antara suatu situasi perang ke perang berikut, dari suatu rezim represif atau diktator ke rezim serupa. Untuk transisi menuju demokratisasi ini, Huntington (1991)⁵³ membaginya atas tipologi: transformasi, penggantian (replacement), negosiasi (transplacement), dan intervensi.

Transisi demikian, entah tipologi pertama, kedua, atau lainnya, mengimplikasikan pertanyaan soal sikap negara terhadap masa lalunya. Menurut Mary Albon, pertanyaan soal sikap ini mengandung dua isu kunci: pengakuan (*acknowledgement*) dan pertanggungjawaban (*accountability*). Pengakuan mengandung dua pilihan: "mengingat" atau "melupakan". Akuntabilitas menghadapkan pada pilihan antara melakukan "prosekusi" atau "memaafkan"⁵⁴.

Terdapat setidaknya empat elemen umum yang dimiliki berbagai KKR di dunia. Pertama, fokus penyelidikannya pada kejahatan masa lalu. Kedua, tujuannya untuk mendapatkan gambaran yang komprehensif mengenai kejahatan HAM dan pelanggaran hukum internasional pada kurun waktu tertentu, serta tidak terfokus pada satu kasus saja. Ketiga, masa bakti terbatas, biasanya berakhir setelah perampungan

⁵² Ibid

⁵³ Samuel P. Huntington, *The Third Wave: Democratization in the late Twentieth Century* (Cambridge: Cambridge University Press, 1991) hal 231

⁵⁴ Ifdhal Kasim, Edi Riyadi Tere, *Pencarian keadilan di Masa Transisi*, (Jakarta: ELSAM 2003), hal 12

laporan. Keempat, memiliki kewenangan mengakses informasi ke lembaga apapun, dan mengajukan perlindungan hukum terhadap saksi⁵⁵.

Di Indonesia, proses pembentukan KKR dimandatkan melalui Ketetapan MPR No. V Tahun 2000 tentang Pemantapan Persatuan Nasional yang memberi legitimasi penyusunan legislasi tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi. Mandat ini juga ditegaskan kembali dalam UU No 26/2000 tentang Pengadilan HAM. UU tersebut dijelaskan bahwa kasus pelanggaran berat HAM yang tidak dapat diselesaikan melalui pengadilan HAM *ad hoc* akan ditangani oleh KKR⁵⁶.

Dalam KKR konsep keadilan keluar dari pakem klasik khas Aristotelian (keadilan komutatif/kontraktual, distributif, korektif, dan punitif) dan pakem Habermasian yang menumbuhkan keadilan di atas kesetaraan (*justice as fairness*) yang hanya dapat diterapkan dalam situasi normal. KKR memperkenalkan konsep keadilan progresif yang, mengikuti Ruti G Teitel⁵⁷, mengedepankan penghukuman kejahatan (keadilan kriminal), pembongkaran sejarah (keadilan historis), pengutamaan dan penghormatan terhadap korban (keadilan reparatoris), pembenahan serta pembersihan sistem penyelenggaraan negara (keadilan administratif), dan perombakan konstitusi (keadilan konstitusional).

Selain itu, dalam spektrum retribusi-rekonsiliasi, responsibilitas atau sikap ideal yang diambil adalah *selective punishment*, model yang mengedepankan penagihan tanggung jawab formal atau legal secara selektif. Rekonsiliasi sendiri diberi makna

⁵⁵ Priscilla B. Hayner, *Setelah Otoritarianisme Berlalu: Esai-esai Keadilan di Masa Transisi* (Jakarta: ELSAM, 2001), hal 67

⁵⁶ UU No 26 Tahun 2000 tentang pengadilan Hak Asasi Manusia Pasal 43

⁵⁷ Ruti G Teitel, *Keadilan Transisional sebuah tinjauan komprehensif*, (Jakarta ELSAM 2004) hal 67

sebagai hasil dari suatu proses pengungkapan kebenaran, pengakuan, dan pengampunan melalui KKR dalam rangka menyelesaikan pelanggaran HAM yang berat untuk terciptanya perdamaian dan persatuan bangsa⁵⁸.

Ada beberapa aspek yang menonjol baik dalam KKR yaitu perhatian atau perlakuan terhadap korban yang mencakup perlindungan terhadap korban untuk memperoleh keadilan (*access to justice*) maupun santunan dalam bentuk restitusi (dibayar oleh pelaku), kompensasi (dibayar oleh negara) maupun rehabilitasi pemulihan harkat dan martabat seseorang serta bantuan-bantuan dalam bentuk lain, misalnya bantuan kesehatan. Sebaliknya bagi si pelaku yang memenuhi syarat-syarat tertentu dapat diberikan amnesti (pengampunan) yang diberikan Presiden.⁵⁹

Pembentukan KKR di pelbagai negara menciptakan pergeseran konsep keadilan dalam penyelesaian perkara pidana, yaitu dari keadilan atas dasar pembalasan (*retributive justice/prosecutorial justice*) yang melekat pada sistem peradilan pidana, ke arah keadilan dalam KKR yang bersifat keadilan restoratif (*restorative justice/community based justice*), yang menekankan betapa pentingnya aspek restoratif atau penyembuhan bagi mereka yang menderita karena kejahatan⁶⁰.

Keadilan dalam KKR sinonim dengan pengungkapan secara lengkap atas semua kejadian dengan menghadapkan dan mempertemukan secara jujur pelaku dan korban dengan menghindari hukum acara yang rumit. Proses KKR bertujuan menghindarkan terulangnya kejadian serupa di masa datang melalui proses rekonsiliasi dan tidak

⁵⁸ Konsideran UU No 27 tentang komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi point A

⁵⁹ KKR dan Keadilan Restoratif, *Kompas*, 4 April 2005

⁶⁰ Iifdhal Kasim, *Kebenaran VS Keadilan, Pertanggungjawaban HAM di Masa Lalu*, (Jakarta: ELSAM, 2003) hal 97

semata-mata mengarah pada pemidanaan atas dasar kemanusiaan dan kesadaran adanya rasa saling ketergantungan dalam masyarakat.

Perlindungan dan pemulihan hak-hak korban dan masyarakat luas dipandang sama pentingnya dengan pemidanaan dan atau rehabilitasi pelaku kejahatan. Dengan demikian, secara terintegrasi dilihat adanya saling membutuhkan satu sama lain. Korban dan pelaku ditempatkan dalam posisi yang sama pentingnya dalam satu bangunan sosial.

Basis pengertian yang dikembangkan adalah pemahaman sebagai ganti pembalasan, reparasi sebagai ganti retaliasi dan rekonsiliasi sebagai ganti viktimisasi. Namun, tetap dipegang teguh adanya prinsip bahwa memaafkan bukanlah mengabaikan apa yang telah terjadi (*to forgive is not to ignore*)⁶¹. Dalam hal ini pengakuan masyarakat dianggap tidak kurang manfaatnya dibandingkan dengan pengakuan melalui lembaga-lembaga penegak hukum.

D. Hakikat Studi Kebijakan

Istilah ‘kebijakan’ disepadankan dengan kata bahasa Inggris ‘policy’ yang dibedakan dari kata ‘wisdom’ yang berarti ‘kebijaksanaan’ atau ‘kearifan’. Menurut Ealau dan Prewitt, kebijakan adalah sebuah ketetapan yang berlaku yang dicirikan

⁶¹ Hilmar Farid, *Demi Kebenaran: Pencarian Keadilan dalam Masa Transisi di Indonesia*, (Jakarta: ELSAM, 2003) hal 34

oleh perilaku yang konsisten dan berulang, baik dari yang membuatnya maupun yang mentaatinya (yang terkena kebijakan itu).⁶²

Kamus Webster memberi pengertian kebijakan sebagai prinsip atau cara bertindak yang dipilih untuk mengarahkan pengambilan keputusan. Titmuss mendefinisikan kebijakan sebagai prinsip-prinsip yang mengatur tindakan yang diarahkan kepada tujuan-tujuan tertentu. Kebijakan, menurut Titmuss, senantiasa berorientasi kepada masalah (problem-oriented) dan berorientasi kepada tindakan (action-oriented). Dengan demikian dapat dinyatakan bahwa kebijakan adalah suatu ketetapan yang memuat prinsip-prinsip untuk mengarahkan cara-cara bertindak yang dibuat secara terencana dan konsisten dalam mencapai tujuan tertentu.

Analisis kebijakan (policy analysis) dapat dibedakan dengan pembuatan atau pengembangan kebijakan (policy development). Analisis kebijakan tidak mencakup pembuatan proposal perumusan kebijakan yang akan datang. Analisis kebijakan lebih menekankan pada penelaahan kebijakan yang sudah ada. Sementara itu, pengembangan kebijakan lebih difokuskan pada proses pembuatan proposal perumusan kebijakan yang baru.

Namun demikian, baik analisis kebijakan maupun pengembangan kebijakan keduanya memfokuskan pada konsekuensi-konsekuensi kebijakan. Analisis kebijakan mengkaji kebijakan yang telah berjalan, sedangkan pengembangan kebijakan memberikan petunjuk bagi pembuatan atau perumusan kebijakan yang baru. Dengan

⁶² Edi Suharto, Analisis Kebijakan Sosial, Makalah Workshop 2006.

demikian, maka dapat disimpulkan bahwa analisis kebijakan sosial adalah usaha terencana yang berkaitan dengan pemberian penjelasan (explanation) dan preskripsi atau rekomendasi (prescription or recommendation) terhadap konsekuensi-konsekuensi kebijakan sosial yang telah diterapkan.

Menurut Dunn (1991), analisis kebijakan adalah ilmu terapan yang menggunakan berbagai metode penelitian dan argumentasi untuk menghasilkan informasi yang relevan dalam menganalisis masalah-masalah sosial yang mungkin timbul akibat diterapkannya suatu kebijakan. Ruang lingkup dan metoda analisis kebijakan umumnya bersifat deskriptif dan faktual mengenai sebab-sebab dan akibat-akibat suatu kebijakan.

Menurut Quade (1982) analisis kebijakan adalah suatu jenis penelaahan yang menghasilkan informasi sedemikian rupa yang dapat dijadikan dasar-dasar pertimbangan para pembuat kebijakan dalam memberikan penilaian-penilaian terhadap penerapan kebijakan sehingga diperoleh alternatif-alternatif perbaikannya. Kegiatan penganalisisan kebijakan dapat bersifat formal dan hati-hati yang melibatkan penelitian mendalam terhadap isu-isu atau masalah-masalah yang berkaitan dengan evaluasi suatu program yang telah dilaksanakan.

E. Hakikat Hak Asasi Manusia

Hak Asasi Manusia (HAM) adalah sesuatu yang lahir dan berkembang secara historis di Eropa. Pertama kali lahir di Inggris pada abad 17, justru ketika berkembang “negara teritorial”. Negara yang menjadikan kekuasaan raja-tadinya

bersifat personal- menjadi otoritas menyeluruh, yang mutlak. Negara adalah raja itu sendiri. Maka, sebagai reaksi membatasi kekuasaan tak terbatas raja, berkembanglah pemikiran mengenai hak-hak setiap individu yang harus dilindungi. Beberapa dokumen awal yang memberikan dukungan terhadap ide-ide HAM, adalah: Magna Carta Libertum (1215) yang memaksa raja untuk menolak penahanan, penyitaan harta benda dan penghancuran lain-lain dengan sewenang-wenang.

Pada 1679, Habeas Corpus, yaitu hak mengenai orang yang ditahan, agar dalam paling lambat tiga hari diberitahu tuduhan apa yang dijatuhkan kepadanya. Dokumen ini nantinya memunculkan prinsip hukum, bahwa seseorang hanya boleh ditahan atas perintah hakim. Kemudian pada 1689, Bill of Right, mengakui hak parlemen atas pemerintah (hak untuk mengajukan petisi, hak untuk berdebat bebas dalam parlemen, dan larangan terhadap hukum yang berlebihan).

Dalam perkembangan awal ini filsuf John Locke (1632-1704) memberikan sumbangan besar pemikiran mengenai hak-hak negara. Kekuasaan negara terbatas, karena negara hanya mempunyai hak-hak untuk mengambil tindakan-tindakan sejauh hak-hak yang diserahkan kepadanya oleh warga-warganya. Walaupun hampir semua hak bisa diserahkan, tetapi ada hak yang tidak dapat diserahkan (inalienable right), seperti hak atas hidup, kebebasan jasmani, dan hak milik pribadi. Inilah yang kemudian disebut hak asasi. Hak seseorang yang telah diteruma semua sejak lahir, dan realisasinya hak-hak tersebut berkaitan dengan kodratnya sebagai manusia. Menurut Wandi S Brata, ada satu dasar lima klaim dalam HAM awal, yaitu; hukum dasar kodrat yang asasi, tak tercabut, universal, independent dan internasional.

Dalam Bill of Right of Virginia (1776), dirumuskan bahwa semua orang berdasarkan kodratnya itu sama-sama bebas, dan memiliki hak tertentu, yaitu hak untuk hidup dan hak untuk menjalani hidup dengan bahagia serta rasa aman. Juga disebutkan, mengenai kebebasan pers, kebebasan beragama, dan kebebasan berkumpul dan berpendapat yang berlaku untuk semua (international) dan mengalahkan individualisme.

Sebagai hasil dari Revolusi Perancis, munculah deklarasi (*declaration des droit des hommes et des citoyes*, 1789), yang menekankan bahwa semua orang yang lahir dengan bebas dan sama haknya: yaitu hak kebebasan, hak milik, keamanan, perlawanan terhadap penidasan. Kebebasan ditentukan sebagai hak untuk membuat apa saja yang tidak merugikan orang lain. Semua ini disebut hak-hak manusia di samping hak lain yaitu hak sebagai warganegara, yaitu hak dalam menentukan pembuatan undang-undang.

Puncak dari perumusan apa yang disebut Hak Asasi Manusia, adalah pada Universal Declaratin of Human Right (1948), dari PBB yang merupakan ungkapan terbaik sejauh ini mengenai semua yang disebut HAM. Deklarasi ini sudah memuat semua hak yang berarah liberalisme (segi negatif yaitu pembatasan kekuasaan negara), cita-cita paham demokrasi (segi aktif negara) dan juga paham sosialisme (segi positif negara). Tetapi karena bersifat universal dan dunia, maka HAM perlu direkayasa dan diperbaharui oleh konvensi konvensi baru. Sebab produk terbaru belum tentu yang terbaik dan final.

Masalah hak asasi manusia bukanlah merupakan masalah baru bagi masyarakat dunia, karena isu hak asasi manusia sudah mulai dilontarkan semenjak lahirnya

Magna Charta di Inggris pada tahun 1215, sampai lahirnya Piagam Perserikatan Bangsa Bangsa tentang Hak Asasi Manusia, yaitu “Universal Declaration of Human Right” pada tanggal 10 Desember 1948.

Hak asasi manusia merupakan hak-hak dasar yang dibawa manusia semenjak lahir sebagai anugerah Tuhan Yang Maha Esa. Artinya tidak bersumber dari negara dan hukum, tetapi semata-mata bersumber dari Tuhan sebagai pencipta alam semesta beserta isinya, sehingga hak asasi manusia tidak bisa dikurangi. Oleh karena itu, yang diperlukan dari negara dan hukum adalah suatu pengakuan dan jaminan perlindungan terhadap hak asasi manusia.⁶³

Setelah amandemen kedua Undang-Undang Dasar 1945 dan keluarnya Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia dan diundangkannya Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, perkembangan HAM di Indonesia semakin pesat. Hal ini ditunjukkan dengan semakin banyaknya instrumen Perserikatan Bangsa bangsa tentang hak asasi manusia yang diratifikasi dan diadopsi oleh peraturan perundang-undangan Indonesia.

Pengembangan hak asasi manusia di Indonesia berpegang pada dua prinsip sebagai berikut:

1. Ratifikasi berbagai instrumen Perserikatan Bangsa Bangsa tentang Hak Asasi Manusia hanya dapat dilakukan sepanjang tidak bertentangan dengan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945

⁶³ Rozali Abdullah, *Perkembangan HAM dan Keberadaan Peradilan HAM di Indonesia*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2002, Hlm, 9

2. Hak asasi manusia dibatasi oleh hak dan kebebasan orang lain, moral, keamanan, dan ketertiban umum. (Tap MPR No.XVII/MPR/1998)

Oleh karena itu, sesuai dengan kesepakatan internasional, pelaksanaan hak asasi manusia adalah merupakan wewenang dan tanggung jawab setiap pemerintah negara dengan memperhatikan sepenuhnya keanekaragaman tata nilai, sejarah, kebudayaan, sistem politik, tingkat pertumbuhan sosial dan ekonomi, serta faktor faktor lain yang dimiliki bangsa yang bersangkutan.

Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang HAM merumuskan pengertian hak asasi manusia sebagai berikut.

“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 dan hukum, pemerintah dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia (Pasal 1 angka 1 UU. Nomor 39 Tahun 1999)

Pelanggaran HAM diartikan sebagai;

“Setiap perbuatan seseorang 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 memperoleh penyelesaian hukum yang adil dan benar, berdasarkan mekanisme hukum yang berlaku”⁶⁴.

Pelanggaran hak asasi manusia terutama dilihat sebagai tanggung-jawab negara, di dalam konteks kewajibannya terhadap warga negara.

⁶⁴ Undang-Undang No.39 tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia Pasal 1 ayat 6

‘..... pelanggaran hak asasi manusia dilakukan oleh negara lewat agennya (Polisi, Angkatan Bersenjata dan setiap orang yang bertindak dengan kewenangan dari negara) melawan individu (English & Stapleton, 1997:4). ‘Satu kegagalan dari satu negara atau pihak lain yang secara legal berkewajiban untuk patuh pada satu norma/kaidah hak asasi manusia internasional. Kegagalan untuk menjalankan kewajiban adalah pelanggaran atas kewajiban itu.’⁶⁵

Ada empat tema utama yang kerap menjadi sorotan pelanggaran HAM di Indonesia. Pertama, tindakan kekerasan yang dilakukan oleh aparat negara kerap terjadi di wilayah-wilayah tertentu, dengan alasan keamanan. Misalnya saja dalam kasus-kasus pelanggaran HAM di (bekas) provinsi Timor Timur, di wilayah propinsi Papua, dan Aceh, warna kekerasan militer (melalui penerapan Daerah Operasi Militer/DOM) terhadap penduduk sipil terasa amat kental.

Selain pelanggaran HAM yang terjadi dalam kerangka keamanan/keutuhan wilayah, pelanggaran HAM yang dilakukan oleh aparat pemerintah pun kerap bersentuhan dengan tuduhan subversif. Bentuk nyata pelanggaran HAM dalam kategori ini pada umumnya bervariasi dari penangkapan-penangkapan yang sewenang-wenang hingga penghilangan nyawa, baik melalui penculikan maupun penyiksaan dan bahkan penembakan-penembakan yang ditengarai dilakukan oleh aparat (misalnya dalam kasus demonstrasi mahasiswa di Universitas Trisakti, Jembatan Semanggi dan Universitas Katolik Atma Jaya 1998).

Kedua, bentuk pelanggaran HAM yang terjadi sebagai eksekusi dari kolusi antara aparat pemerintah dengan kalangan bisnis pada umumnya menimpa sektor pertambangan, kehutanan dan industri. Terjadinya pengusuran tanah secara paksa

⁶⁵ M M. Billah, Tipologi dan praktek pelanggaran HAM di Indonesia. Makalah Seminar Hukum Nasional 2003 Departemen Kehakiman dan Hak Asasi Manusia

untuk industri baru, pengesampingan hak-hak lokal dan adat, penindasan terhadap buruh merupakan bentuk-bentuk pelanggaran HAM yang sarat dengan hubungan kolusif antara aparat dan pengusaha.

Ketiga, pelanggaran HAM pun kerap dilakukan oleh individu/kelompok massa terhadap individu/kelompok massa lainnya, yang umumnya dalam bentuk kerusuhan dan konflik horizontal. Seperti pasca jajak pendapat di Timor Timur merupakan sebagian kecil dari konflik horizontal antar suku/ras-etnis/agama/golongan, yang memberikan dorongan bagi munculnya serangkaian tindak pelanggaran HAM yang sangat memprihatinkan.

Keempat, bentuk-bentuk kebebasan publik seorang individu, khususnya kebebasan untuk berserikat, berkumpul dan mengeluarkan pendapat, sekalipun dijamin dalam UUD 1945, namun pada prakteknya kerap mendapat pengekanan yang luar biasa keras dari pemerintah melalui aparat-aparatnya.⁶⁶

Kunci persoalan lemahnya perlindungan HAM terhadap rakyat Indonesia pada era Orde Baru adalah penempatan prioritas pembangunan ekonomi, dengan menegasikan penghormatan terhadap nilai-nilai HAM universal. Sistem ekonomi, politik, hukum sosial dan budaya dipergunakan untuk mendukung pencapaian prioritas ekonomi tersebut.⁶⁷

⁶⁶ Landry Haryo Subianto, Perspektif HAM dalam Diplomasi RI: Tantangan dan Peluang bagi Pemerintahan Abdurahman Wahid, Jurnal ANALISIS CSIS Tahun XXIX/2000, No.2 Hlm, 146-147

⁶⁷Sukawarsini Djelantik, *Diplomasi HAM*, Jurnal ANALISIS CSIS Tahun XXIX/2000, No.2 Hlm, 146-147