

Perkembangan Pengujian Perundang-Undangan di Mahkamah Konstitusi¹

Pusat Studi Konstitusi FH Andalas

ABSTRACT

The judiciary is a tools to find justice. The Constitutional Court of Republic of Indonesia (MKRI) who attended after the 1945 amendment also established to fulfill the desires of the justice seeker. The Efforts to comply the sense of justice depends on how the constitutional court judges deciding cases. If the judge of the constitutional court failed to parse the meaning of substantive justice, it found the unfair justice. It's fair according to the judge verdict, but it was unable to fulfill the desires of the justice seeker. The step of judges to find the justice known as the concept of judicial activism. And its consisting in constitutional court authority namely as judicial review. Within seven years since the MKRI have been formed, the court has become an institution recognized by the justice seeker through the decisions. In fact, the court not only courageous in deciding the facts of the existing law, but further than that, the court also made a bold reform in its verdict forms.

Keyword: *judicial review, constitutional court*

¹ Penelitian ini adalah kerjasama Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MKRI dengan Pusat Studi Konstitusi (Pusako) Fakultas Hukum Universitas Andalas, 2010.

PENDAHULUAN

Sejarah panjang mengenai pengujian produk legislasi oleh sebuah lembaga peradilan (*judicial review*) akan terus berkembang. Bermula dari Amerika (1803) dalam perkara Madison versus Marbury hingga pembentukan peradilan khusus konstitusional di Austria (1920). Pokok-pokok pemikiran **John Marshall** dan **Hans Kelsen** telah memengaruhi “cara” ber hukum di banyak negara. Indonesia sendiri kemudian mengimplementasikan konsep tersebut pada perubahan UUD ketiga. Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MK) kemudian terbentuk pada tanggal 13 Agustus 2003. Dalam kurun 7 (tujuh) tahun sejak berdirinya, MK telah menjadi sebuah lembaga kekuasaan kehakiman yang diakui oleh para pencari keadilan (*justisiabellen*). Keputusan-keputusan MK tidak hanya menjadi perhatian publik tetapi juga akademisi dan peneliti hukum. Publik dan pemerhati hukum terkejut ketika MK dalam pengujian UU KPK memerintahkan untuk memperdengarkan rekaman terhadap rekayasa kriminalisasi dua unsur pimpinan KPK.

Banyak kejutan-kejutan lain dalam konsep ber hukum Indonesia melalui putusan-putusan MK yang membuat publik berpikir masih terdapat harapan dalam memperjuangkan keadilan. Pada kenyataannya, MK tidak hanya berani dalam memutus fakta-fakta hukum yang ada, namun lebih jauh dari itu MK juga melakukan pembenahan yang berani dalam bentuk-bentuk putusannya. Pasal 56, Pasal 57, Pasal 64, Pasal 70, Pasal 77, dan Pasal 83 UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang MK hanya membatasi putusan MK ke dalam 4 jenis putusan, yaitu dikabulkan, ditolak, tidak dapat diterima, dan putusan membenarkan pendapat DPR mengenai telah terjadinya pelanggaran konstitusional oleh Presiden dan/ atau Wakil Presiden. Implementasinya, putusan MK telah bermutasi menjadi pelbagai jenis putusan. Terdapat putusan MK berupa konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*), tidak konstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*), putusan sela.

Perkembangan tersebut seolah menguatkan pernyataan **Mahfud MD**, Ketua MK, bahwa MK saat ini menganut hukum Progresif.²

² Pernyataan ini disampaikan Mahfud MD dalam Pidato Penutupan Rapat Kerja MK-RI pada tanggal 22-24 Januari 2010.

Sebuah konsep hukum yang tidak terkukung kepada konsep teks UU semata, tetapi juga memperhatikan rasa keadilan yang hidup di masyarakat. MK tidak sekedar peradilan yang hanya menjadi corong sebuah UU (*bouche de la loi*). Kasus terkait dengan pengujian UU Nomor 27 Tahun 2009 tentang MPR, DPR, DPD, dan DPRD (MD3) memperlihatkan MK sama sekali tidak terkukung bunyi teks pasal-pasal. UU MD3 eksplisit menyebutkan bahwa Ketua MPR berasal dari unsur anggota DPR saja. Namun dengan pertimbangan hukum yang jelas berdasarkan UUD 1945, MK kemudian memutuskan bahwa Ketua MPR dapat berasal dari anggota DPR atau pun dari anggota DPD.

Dalam kasus Bibit dan Chandra, MK memperlihatkan bagaimana peradilan di bangun dengan prinsip menegakan keadilan substantif. UU MK sama sekali tidak menyebutkan mengenai keputusan sela (provisi). Jenis putusan provisi hanya diberlakukan oleh MK dalam perkara sengketa Perselisihan Hasil Pemilu (PHPU). Namun dalam perkara Bibit-Chandra dengan mempertimbangkan rasa keadilan, MK mengabulkan permohonan provisi pertama kali dalam perkara pengujian undang-undang. Hal itu belum lagi dilihat dari keberanian MK memperdengarkan bukti rekaman. Perkembangan pengujian perundang-undangan di Mahkamah Konstitusi tersebut menarik ditelusuri lebih dalam dengan menggunakan kerangka ilmiah. Berdasarkan uraian tersebut maka diidentifikasi beberapa pertanyaan yakni bagaimana konsep Pengujian Perundang-undangan secara tekstual Perundang-undangan? Bagaimana Perkembangan Pengujian Perundang-undangan selama 6 tahun berdirinya Mahkamah Konstitusi ? Bagaimana Kedudukan Putusan-putusan Mahkamah Konstitusi dalam perkara Pengujian Perundang-undangan yang tidak dikenal dalam ketentuan UU MK ?

PERKEMBANGAN DAN KONSEP PENGUJIAN UNDANG-UNDANG

Jimly Asshiddiqie membagi dua jenis judicial review, yaitu; (1) *concreate norm review* dan (2) *abstact norm review*.³ *Concrete norm review* tersebut dapat berupa; (a) pengujian terhadap norma

³ Lihat Jimly Asshiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia-Pasca Reformasi*, (Jakarta: PT. Bhuana Ilmu Populer (BIP), 2007), hal .590.

konkrit terhadap keputusan-keputusan yang bersifat administrative (*beschikking*), seperti dalam PTUN (peradilan tata usaha negara); (b) pengujian terhadap norma konkrit dalam jenjang peradilan umum, seperti pengujian putusan peradilan tingkat pertama oleh peradilan banding, pengujian putusan peradilan banding oleh peradilan kasasi serta pengujian putusan peradilan kasasi oleh Mahkamah Agung.⁴ Jenis *judicial review* yang kedua adalah *abstract norm review* yaitu kewenangan pengujian produk perundang-undang yang menjadi tugas dari MK-RI yang diinspirasi dari putusan John Marshall dalam kasus *Marbury Vs. Madison* di Amerika. Sebagian dari kewenangan *abstract norm review* ini masih diserahkan kepada MA-RI berupa kewenangan pengujian produk perundang-undangan di bawah undang-undang.

Sebagian pakar lagi membedakan mengenai penggunaan istilah '*review*', yaitu antara *judicial review*, *toetsingrecht* dan dengan *constitutional review*. Istilah *toetsingrecht* yang arti harfiahnya adalah hak uji, digunakan untuk pengujian perundang-undangan secara umum. Sehingga istilah *toetsingrecht* dapat digunakan dalam proses uji perundang-undangan oleh lembaga legislatif (*legislative review*), eksekutif (*executive review*) maupun oleh lembaga yudikatif (*judicial review*). Istilah *toetsingrecht* juga dapat digunakan terhadap istilah *constitutional review* maupun *judicial constitutional review*. Dalam arti lain istilah *toetsingrecht* berlaku umum.

Istilah *judicial review* terbatas penggunaannya kepada proses uji perundang-undangan yang dilakukan oleh lembaga peradilan. Lalu kenapa terdapat pembagian *judicial review*, *constitutional review* dan *judicial constitutional review*. *Constitutional review* digunakan secara umum terhadap proses uji konstiusionalitas peroduk perundang-undangan yang berada di bawah konstitusi yang dilakukan oleh lembaga legislatif (seperti oleh MPR pada masa Orde Baru) ataupun oleh lembaga peradilan, bahkan oleh sebuah lembaga khusus yang ditunjuk untuk melakukan tugas uji constitutional tersebut (seperti Dewan Konstitusi di Prancis). Istilah khusus *judicial constitutional review* baru dapat digunakan dalam membicarakan proses uji konstiusionalitas yang dilakukan oleh lembaga peradilan saja.⁵

⁴ *Ibid.*

⁵ Baca ulasan pendek yang dikemukakan oleh Muchamad Ali Safa'at, "*Toetsingsrecht*",

Jenis *review* juga dapat dibedakan berdasarkan objek yang diuji. Pembagian objek *judicial review* ini tidak jauh berbeda dengan pembagian pengujian produk hukum secara umum (*toetsingrecht*), yaitu (a) *formeel toetsingrecht* dan (b) *materiele toetsingrecht*.⁶ Sehingga dalam *judicial review* terdapat pula jenis *formil judicial review* dan *materiil judicial review*. Hal tersebut dikarenakan kaidah hukum juga terbagi antara kaidah formil dan materiil yang menurut Jimly Asshiddiqie parallel dengan pembedaan antara hukum materiil dan hukum formil. Hukum materiil atau substantive law mengatur mengenai substansi normanya, sedangkan hukum formil atau *procedural law* mengatur mengenai prosedur penegakkan norma hukum materiil itu.⁷

Sri Soemantri menjelaskan mengenai perbedaan uji materiil dan formil tersebut. Menurut Soemantri hak menguji formil adalah wewenang untuk menilai, apakah suatu produk legislatif seperti undang-undang misalnya terjelma melalui cara-cara (*procedure*) sebagaimana telah ditentukan diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku atautkah tidak.⁸ Jadi dalam bahasa yang lebih ringkas, *review* terhadap formalitas suatu produk perundang-undangan adalah pengujian prosedur pembentukan produk perundang-undangan. Terhadap hak uji materiil, Sri Soemantri, memberikan garis bawah bahwa pengujian tersebut 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 (*verordenende macht*) berhak mengeluarkan suatu peraturan tertentu.⁹

Oleh karenanya objek *judicial review* juga terbagi dua, yaitu pertama, objek yang berupa isi (bunyi pasal-pasal) dari sebuah peraturan perundang-undangan (*materiel law*) dan kedua, objek yang berupa prosedur pembentukan peraturan perundang-undangan (*formal law*). Jika sebuah permohonan pengujian memohonkan uji

"Judicial Review", "Constitutional Review", dalam Majalah Konstitusi-Berita Mahkamah Konstitusi, No.14 Januari-Februari 2006, hal. 47.

⁶ Sri Soemantri, *Hak Menguji Material di Indonesia*, (Bandung: Penerbit Alumni,1986), hal. 5-6.

⁷ Jimly Asshiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum...*, *op.cit.*, hal.579.

⁸ Sri Soemantri, *Hak...op.cit.*, hal.6.

⁹ *Ibid.*hal .8 .

terhadap dua objek tersebut, objek materil maupun objek formil, maka yang harus dibuktikan oleh hakim semestinya adalah objek formilnya terlebih dahulu. Hal itu dikarenakan secara logika hukumnya, jika objek formilnya atau prosedur pembentukan sebuah peraturan perundang-undangan telah bertentangan dengan aturan yang lebih tinggi maka otomatis seluruh ketentuan peraturan perundang-undangan (termasuk objek materil) tersebut dianggap telah bertentangan dengan peraturan hukum yang lebih tinggi.

TEKSTUAL DAN PROGRESIF DALAM PENGUJIAN UNDANG-UNDANG

Lembaga peradilan adalah perpanjangan tangan dari tujuan pembentukan hukum, yaitu sebagai alat untuk menemukan keadilan. Mahkamah Konstitusi (MK) yang hadir pasca amendemen UUD 1945 juga dibentuk untuk memenuhi hasrat para *justiabelen* akan pemenuhan keadilan. MK melalui hakim periode kedua telah mengukuhkan dirinya sebagai lembaga pelindung keadilan substantive (*substantive justice*). Sebuah semangat keadilan sesungguhnya bukan keadilan formalistik teks produk perundang-undangan. Upaya pemenuhan rasa keadilan itu bergantung kepada bagaimana cara Hakim MK dalam memutuskan perkara. Jika Hakim MK gagal mengurai makna keadilan substantif dalam setiap perkara, maka yang ditemukan adalah keadilan yang kabur. Adil menurut hakim tapi putusan tersebut tak mampu memenuhi keadilan yang ingin ditemukan oleh para pencariannya. Gerak “langkah” hakim menelusuri ruang dalam sebuah perkara untuk menemukan keadilan tersebut dikenal dengan konsep *judicial activism*. Menurut Kamus Hukum Black, *judicial activism* dimaknai sebagai; sebuah filosofi dari pembuatan putusan peradilan dimana hakim diperbolehkan menggunakan pengetahuan personalnya mengenai kebijakan publik, di antara pelbagai faktor-faktor, untuk menuntunnya memutuskan sebuah permasalahan.¹⁰

Namun *judicial activism* juga memiliki sisi “hitam” dan sisi “putih”. Satybrata Sinha mengemukakan bahwa *judicial activism* dapat dimaknai berbeda dikarenakan perkembangannya

¹⁰ Bryan Garner; 2004, hlm. 850

dan tumbuhnya ide tersebut, juga dipengaruhi oleh efek dari administrasi publik, dan pengetahuan lain dalam kehidupan sosial.¹¹ Bahkan oleh Sinha dikatakan bahwa dua sisi itu seringkali saling berseberangan, suatu saat putusan hakim melalui *judicial activism* dapat disebut *judicial creativity* namun disaat yang lain dapat pula dikatakan sebagai *judicial terrorism*. Kreatif dikarenakan mampu menemukan ruang keadilan dari terkungkungnya bunyi pasal-pasal produk perundang-undangan. Disebut teroris dikarenakan putusan tersebut menciptakan ketakutan terhadap para pencari keadilan.

Cara hakim memaknai sebuah aturan hukum umumnya menggunakan dua pola tafsir, yaitu *original intent* atau *non-original intent*, biasa disebut juga dengan *tekstual meaning* atau *contextual meaning*. Intinya dua pola tersebut adalah pertikaian tak berkesudahan antara penganut paham positivisme hukum dan hukum progresif. Dalam studi hukum tata negara dikenal pula teori mengenai *the living constitution theory* yang dianggap bagian dari cara pandang hukum progresif. Al-Gore, salah satu kandidat dalam Pemilu di Amerika tahun 2000, mengatakan dalam kampanyenya mengenai sifat “hidup” dari sebuah konstitusi. Al-Gore menyatakan bahwa Hakim Agung di *Supreme Court* adalah orang-orang yang mengerti bahwa Konstitusi Amerika adalah sebuah dokumen yang “hidup dan bernafas”.¹² Menurutnya, para pendiri bangsa Amerika memang bertujuan membentuk dokumen yang mampu hidup tersebut agar dapat diterapkan sesuai dengan kehendak kehidupan rakyat Amerika berdasarkan jaman masing-masing generasi.

Namun tidak semua sepakat bahwa hukum itu harus terbuka terhadap sebuah jaman. Aliran pemikiran hukum lain menyatakan bahwa hakim hanyalah corong dari undang-undang (*bouche de la loi*) sebagaimana dinyatakan oleh Immanuel Kant dan Montesquieu.¹³ Menurut Logeman walaupun hakim memiliki kewenangan memaknai sebuah undang-undang, namun hakim harus tunduk pada kehendak para pembuat undang-undang. Hakim pada tingkatan ini tidak lebih dari “robot” pelaksana pasal produk perundang-undangan. Dua aliran pemikiran hukum tersebut di

¹¹ (Satybrata Sinha;2002, h.14)

¹² (http://en.wikipedia.org/wiki/Living_Constitution)

¹³ Soedikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum, Sebuah Pengantar*, (Yogyakarta: Penerbit Liberty, 2001), hal.39.

atas memiliki landasan berpikir sendiri-sendiri. Hal demikian sudah *jamak* dalam pelbagai ulasan terhadap sebuah permasalahan hukum. Bukankah pertemuan dua orang pemikir hukum akan menimbulkan tidak hanya dua perbedaan cara pandang. Sehingga untuk mengetahui pola pikir mana yang benar maka diperlukan uji praktis. Berkaitan dengan putusan MK, maka dapat dilihat secara implementasi putusan-putusan yang menggunakan pendekatan penafsiran tekstual atau kontekstual yang lebih dapat menyentuh rasa keadilan di masyarakat. Penelitian ini mencoba menggali putusan-putusan yang menggunakan pendekatan tafsir tekstual dan putusan yang menggunakan pendekatan progresif.

HASIL PENELITIAN PUTUSAN TEKSTUAL DAN PROGRESIF PUTUSAN TEKSTUAL

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 005/PUU-IV/2006

Dalam Putusan Perkara Nomor 005/PUU-IV/2006 tentang permohonan Pengujian Undang-undang Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial (selanjutnya disebut UU KY) para pemohon merupakan hakim Mahkamah Agung sebanyak 33 orang. Selain permohonan UU KY hakim agung tersebut juga permohonan pengujian Undang-undang Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Sumber pokok yang menjadi keberatan ke-31 orang Hakim Agung adalah menyangkut kata makna "Hakim" frasa "mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim" yang terdapat dalam Pasal 24B Ayat (1) UUD 1945. Adapun yang menjadi dasar hukum permohonan para hakim agung adalah sebagai berikut :

- a. Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 yang menyatakan :
- b. Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga Negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik dan memutus perselisihan tentang hasil Pemilihan Umum;

- c. Bahwa Pemohon adalah perorangan warga negara Indonesia sebagai Hakim Agung pada Mahkamah Agung yang mempunyai kepentingan hukum dalam permohonan ini karena Pemohon menganggap hak dan kewenangan konstitusional Pemohon dirugikan oleh berlakunya Undang-undang Nomor 22 Tahun 2004, khususnya yang berkaitan dengan “pengawasan hakim” yang diatur dalam Bab. III Pasal 20 dan Pasal 22 ayat (1) huruf e dan ayat (5) serta yang berkaitan dengan “usul penjatuhan sanksi” yang diatur dalam Pasal 21, Pasal 23 ayat (2) dan ayat (3) serta ayat (5), Pasal 24 ayat (1) dan Pasal 25 ayat (3) dan ayat (4) dihubungkan dengan Bab. I Pasal 1 butir 5 Undang-undang tersebut. Dengan berlakunya Pasal-pasal tersebut menimbulkan kerugian pada para Pemohon sebagai Hakim Agung termasuk juga Hakim Mahkamah Konstitusi menjadi atau sebagai objek pengawasan serta dapat diusulkan sebagai objek penjatuhan sanksi oleh Komisi Yudisial;
- d. Bahwa ketentuan yang diuraikan pada huruf b di atas sangat berkaitan dengan Pasal 34 ayat (3) Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004 yang menyatakan bahwa “dalam rangka menjaga kehormatan, keluhuran martabat serta perilaku Hakim Agung dan Hakim, pengawasan dilakukan oleh Komisi Yudisial yang diatur dalam Undang-undang”;

Adapun alasan-alasan permohonan dalam pengujian Undang-undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial dan Pasal 34 ayat (3) Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman tersebut antara lain :

- 1) Di dalam Pasal 24B ayat (1) UUD 1945 disebutkan sebagai berikut : *“Komisi Yudisial bersifat mandiri yang berwenang mengusulkan pengangkatan Hakim Agung dan mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat serta perilaku Hakim”*;
bahwa apabila kalimat tersebut dibaca dalam satu nafas dan konteksnya satu sama lain maka bermakna bahwa Komisi Yudisial mempunyai kewenangan lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim adalah dalam rangka melaksanakan kewenangan Komisi Yudisial untuk mengusulkan pengangkatan Hakim Agung;
- 2) Di dalam Pasal 25 UUD 1945 mengatur bahwa syarat-syarat untuk menjadi dan untuk diberhentikan sebagai Hakim ditetapkan dengan Undang-undang;

Undang-undang yang mengatur tentang hal tersebut diatur oleh Undang-undang yang berbeda untuk Hakim Tingkat I dan Tingkat Banding (Undang-undang No. 8 Tahun 2004 untuk Peradilan Umum, Undang-undang No. 9 Tahun 2004 untuk Peradilan Tata Usaha Negara, Undang-undang No. 7 Tahun 1989 untuk Peradilan Agama, Undang-undang No. 31 Tahun 1997 untuk Peradilan Militer) serta Hakim Agung (Undang-undang No. 5 Tahun 2004) dan Mahkamah Konstitusi (Undang-undang No. 24 Tahun 2003);

Dalam hal ini jelas bahwa kewenangan Komisi Yudisial tidak menjangkau Hakim Mahkamah Agung dan Hakim Mahkamah Konstitusi, karena untuk menjadi Hakim Agung dan Hakim Mahkamah Konstitusi tidak seluruhnya berasal dari Hakim Tingkat I dan Hakim Banding. Lebih jelas lagi bahwa Komisi Yudisial tidak berwenang untuk mengadakan pengawasan terhadap Hakim *Ad Hoc*. Dari sini jelas terlihat bahwa yang dimaksud dengan kata "Hakim" di dalam Pasal 24B UUD 1945 bukan terhadap seluruh Hakim. Berdasarkan hal tersebut, maka yang dimaksudkan oleh Pasal 24B ayat (1) UUD 1945 tentang kewenangan lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku Hakim adalah Hakim yang akan menjadi Hakim Agung pada Mahkamah Agung;

Setidaknya, dari Putusan Nomor 005/PUU-IV/2006 terhadap reformasi kekuasaan kehakiman terdapat tiga amplikasi yang perlu dicatat khusus. **Pertama**¹⁴, *judicial corruption*. Salah satu kekawatiran banyak kalangan yang *concern* terhadap dunia peradilan adalah Putusan MK tersebut akan semakin menyuburkan praktik korupsi dalam proses peradilan (*judicial corruption*). Dalam bahasa Denny Indrayana, Putusan Nomor 005/PUU-IV/2006 akan menumbuhkan-kembangkan praktik mafia peradilan.¹⁵ Bahkan, muncul juga penilaian bahwa hakim konstitusi tidak jauh berbeda dengan hakim lain (hakim konstitusi juga hakim).¹⁶ Sudah menjadi rahasia umum, dalam penyelesaian sebuah perkara, permainan uang dapat dikatakan terjadi dari hulu sampai ke hilir. Tegasnya, jual-beli hukum

¹⁴ Penjelasan bagian ini berasal dari Saldi Isra, Penangkapan Pengacara Puteh, dalam *Kompas*, 2005, Jakarta, hal. 6.

¹⁵ Denny Indrayana, Mahkamah Mafia Peradilan, dalam *Kompas*, 2006, Jakarta, hal.6.

¹⁶ Saldi Isra, Hakim Konstitusi Juga Hakim, dalam *Kompas*, 2006, Jakarta, hal.6.

sudah mulai terjadi sejak dari proses penyelidikan sampai ke tahap pelaksanaan putusan hakim. Misalnya, dalam tahap penyelidikan dan penyidikan, permainan uang sering mengalahkan logika dan rasa keadilan masyarakat. Banyak kasus yang sudah seharusnya dilimpahkan ke pengadilan, tetapi karena ada permainan uang, kasus tersebut dihentikan penyidikannya. Alasan yang sering dikemukakan, tidak terdapat cukup bukti untuk melimpahkan perkara ke pengadilan. Padahal, dalam proses-proses awal, penyidik sudah menahan tersangka. Logikanya, kalau dilakukan penahanan, penyidik sudah punya keyakinan kuat bahwa tersangka memang melakukan tindak pidana.

Kedua, kekosongan hukum (di tingkat undang-undang) mengenai pelaksanaan fungsi pengawasan KY. Implikasi lain dari Putusan Nomor 005/PUU-IV/2006 munculnya kekosongan hukum mengenai pelaksanaan pengawasan hakim oleh KY. Dengan kejadian ini, pengawasan hakim kembali mengandalkan pengawasan internal. Padahal, selama ini, pengawasan internal dianggap tidak optimal dalam mengawasi praktik menyimpang hakim. Pada halaman 201 Putusan MK No 005/PUU-IV/2006 dinyatakan:

Untuk mengatasi akibat kekosongan hukum yang terlalu lama berkaitan dengan tugas KY, khususnya yang berkaitan dengan ketentuan mengenai pengawasan perilaku hakim, UUKY segera harus disempurnakan melalui proses perubahan undang-undang sebagaimana mestinya. Keinginan untuk mengadakan perubahan undang-undang ini telah pula dikemukakan berkali-kali secara terbuka baik oleh MA maupun oleh KY sendiri. Karena itu, Mahkamah Konstitusi juga merekomendasikan kepada DPR dan Presiden untuk segera mengambil langkah-langkah penyempurnaan UUKY. Bahkan, DPR dan Presiden dianjurkan pula untuk melakukan perbaikan-perbaikan yang bersifat integral dengan juga mengadakan perubahan dalam rangka harmonisasi dan sinkronisasi atas UUKK, UUMA, UUMK, dan undang-undang lain yang terkait dengan sistem peradilan terpadu. Tugas legislasi ini adalah tugas DPR bersama dengan pemerintah. MA, KY, dan juga MK merupakan lembaga pelaksana undang-undang, sehingga oleh karenanya harus menyerahkan segala urusan legislasi itu kepada pembentuk undang-undang. Bahwa MA, KY, dan juga MK dapat diikutsertakan dalam proses pembuatan sesuatu undang-undang yang akan mengatur dirinya, tentu saja merupakan sesuatu yang logis dan tepat. Akan tetapi, bukanlah tugas konstitusional MA, KY, dan juga MK untuk mengambil prakarsa

yang bersifat terbuka untuk mengadakan perubahan undang-undang seperti dimaksud. Setiap lembaga negara sudah seharusnya membatasi dirinya masing-masing untuk tidak mengerjakan pekerjaan yang bukan menjadi tugas pokoknya, kecuali apabila hal itu dimaksudkan hanya sebagai pendukung.

Pada salah satu sisi, gagasan untuk menyusun dan menata kembali model pengawasan hakim dengan melakukan sinkronisasi semua peraturan perundang-undangan yang berada di ranah kekuasaan kehakiman memang diperlukan. Namun, di sisi lain, gagasan ini seolah-olah menempatkan MK sebagai legislator.¹⁷ Tidak hanya itu, berdasarkan pengalaman penggunaan fungsi legislasi DPR selama ini, perubahan undang-undang akan memerlukan waktu yang cukup lama. Apalagi, kalau paket itu terdiri dari delapan undang-undang.

Ketiga, menguatnya krisis kepercayaan kepada MK. Dampak lain, timbulnya krisis kepercayaan publik kepada MK. Banyak kalangan menilai, dalam beberapa waktu terakhir, mulai kelihatan putusan semakin menjauhi gagasan pembaruan hukum. Salah satu putusan MK yang mendapat sorotan tajam adalah pernyataan tidak punya kekuatan mengikat sebagian penjelasan Pasal 2 Ayat (1) Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Dalam bahasa yang agak sinis, Teten Masduki mengatakan bahwa mulai terlihat kecenderungan MK “membunuh anak-anak reformasi”.

Keempat, menguatnya wacana untuk meninjau ulang kewenangan MK. Wacana ini dikembangkan oleh sebagian anggota DPR. Berdasarkan hasil penelitian Pusat Studi Hukum dan Kebijakan (2005), banyak catatan atau ketidaksukaan yang nyata dari anggota DPR. Argumentasi yang dikembangkan sebagian anggota DPR tersebut: “bagaimana mungkin putusan sembilan orang bisa mengalahkan produk 550 orang?”¹⁸ Meski hampir tidak mungkin mengurangi kewenangan MK di tingkat undang-undang, menguatnya wacana ini di kalangan legislator harus tetap dijadikan catatan tersendiri. Bagaimanapun, kalau ini terjadi, negeri

¹⁷ Bivitri Susanti, Hakim atau Legislator: Menyoal Putusan MK tentang UndanUndang Komisi Yudisial, makalah disampaikan dalam Diskusi Publik “Putusan MK Nomor 005/PUU-IV/2006: Lonceng Kematian Gerakan Antikorupsi?”, diadakan oleh Pusat Studi Antikorupsi Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dan Indonesian Court Monitoring, di Universitas Gadjah Mada, 28 September 2006. hal. 5.

¹⁸ *Ibid.*, hal. 5.

ini akan kehilangan arti kehadiran MK sebagai *the guardian of the constitution*.

Pertanyaan mendasar yang sering dikemukakan paska Putusan MK No 005/PUU-IV/2006, bagaimanakah masa depan KY? Pertanyaan ini wajar muncul karena berdasarkan Pasal 24C Ayat (1) menyatakan bahwa Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final. Sekalipun Mahkamah Konstitusi mengabulkan hampir semua permohonan yang diajukan oleh 31 orang Hakim Agung, KY tetap mempunyai basis konstitusional untuk berwenang mengusulkan pengangkatan hakim agung dan mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim. Yang perlu dicatat, Putusan MK No 005/PUU-IV/2006 tidak menghilangkan kewenangan KY untuk menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim. Putusan tersebut hanya menyatakan tidak punya kekuatan mengikat pasal-pasal pengawasan yang terdapat dalam UU No 22/2004.

Dalam melaksanakan kewenangan pengawasan, sesuai dengan ketentuan Pasal 22 Ayat (1) Komisi Yudisial masih dapat: (a) menerima laporan masyarakat tentang perilaku hakim; (b) meminta laporan secara berkala kepada badan peradilan berkaitan dengan perilaku hakim; (c) melakukan pemeriksaan terhadap dugaan pelanggaran perilaku hakim; dan (d) memanggil dan meminta keterangan dari hakim yang diduga melanggar kode etik perilaku hakim. Namun paska putusan MK, semua pelaksanaan kewenangan pengawasan tidak lagi dapat berujung pada penjatuhan sanksi berupa teguran tertulis, pemberhentian sementara, atau pemberhentian hakim yang melakukan *misconduct*.

Namun, tentunya kerja KY dengan senjata yang cukup terbatas tidak akan sia-sia belaka. Sebab, semua kerja KY diatas dapat berujung kepada sanksi moral kepada hakim yang bersangkutan kelak. Sesuai dengan ketentuan Pasal 38 UU No 22/2004, sanksi moral ini apat dibingkai dalam bentuk laporan tahunan yang disampaikan kepada DPR sebagai bentuk pertanggungjawaban KY kepada publik. Laporan ini sifatnya terbuka dan memberi akses informasi lengkap dan akurat dengan salah satu fokus laporannya

adalah data yang berkaitan dengan fungsi pengawasan terhadap penyimpangan perilaku hakim dalam menangani perkara.¹⁹

PUTUSAN PROGRESIF

1. Pengujian Pasal 50 UU MK via UU KADIN

Perkara ini diajukan permohonannya oleh Elias L. Tobing dan RD.H. Naba Bunawan yang beralamat di Jalan Cempaka Putih Timur Raya Nomor 19 Jakarta Pusat dan di Kp. Dukuh Rt. 02/05 Sudimara, Ciledug, Tangerang Banten. Pemohon dalam permohonannya berkeinginan untuk membuat Kadin Usaha Kecil dan Menengah (UKM) agar terpisah dari Kadin yang dikuasai oleh pebisnis-pebisnis besar. Pemohon merasa yang dapat memperjuangkan aspirasi pengusaha kecil dan menengah hanyalah wadah yang menampung anggota yang memiliki tujuan yang sama. Namun keinginan tersebut tidak bisa terealisasi karena telah ada Kadin sesuai dengan UU Nomor 1 Tahun 1987 tentang Kamar Dagang dan Industri (KADIN) yang hanya memperkenankan seluruh pengusaha di satu atap yang sama yaitu KADIN. Namun dikarenakan UU Nomor 1 Tahun 1987 tidak dapat diujikan ke Mahkamah Konstitusi (MK) disebabkan batasan pengujian undang-undang yang diatur Pasal 50 UU MK, maka terlebih dahulu Pemohon menguji Pasal 50 UU *aquo*. Pemohon merasa dengan pemberlakuan Pasal 50 UU MK tersebut telah menyebabkan hak-hak konstitusionalnya tidak dapat diperjuangkan.

Pemohon dalam petitumnya meminta ke MK agar menyatakan Pasal 50 UU MK bertentangan dengan Pasal 28C ayat (2) UUD 1945. Oleh karena itu agar MK menurut Pemohon menyatakan bahwa pasal *aquo* tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Kemudian Pemohon meminta agar MK menyatakan bahwa Pasal 4 UU KADIN bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Putusan MK kemudian menyatakan bahwa Pasal 50 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang

¹⁹ Bandingkan dengan A. Irmanputra Sidin, (2006), *KY vs. Mafia, "Pendekar Tanggung atau Tangguh?"*, makalah disampaikan dalam Diskusi Publik "Putusan MK Nomor 005/PUU-IV/2006: Lonceng Kematian Gerakan Antikorupsi?", diadakan oleh Pusat Studi Antikorupsi Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dan Indonesian Court Monitoring, di Universitas Gadjah Mada, 28 September.

Mahkamah Konstitusi bertentangan dengan UUD Tahun 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Namun MK dalam putusannya menolak permohonan Pemohon sepanjang menyangkut Pasal 4 UU Nomor 1 Tahun 1987 tentang Kamar Dagang dan Industri.

Perkembangan pemikiran hukum merupakan satu ciri khas dari hukum yang selalu dinamis. Kenyataan sosial memunculkan pelbagai pandangan dan melahirkan berbagai kebijakan dalam ber hukum. Salah satu konsep yang saat ini berkembang adalah konsep hukum progresif. Dimana lahirnya konsep ini tidak lain disebabkan oleh hukum yang selalu dimaknai secara tekstual dan tidak mampu untuk memenuhi rasa keadilan masyarakat. Sebagaimana dikatakan oleh **Munir Fuady** bahwa konsep ber hukum secara progresif lahir dan berkembang, tidak terlepas dari adanya rasa ketidakpuasan dari kalangan hukum terhadap teori dan adanya praktik hukum tradisional yang berkembang dan mengkritisi akan adanya kesenjangan yang besar antara hukum dalam teori (*law in action*), serta adanya kegagalan hukum dalam merespon terhadap masalah-masalah yang terjadi ditengah-tengah masyarakat.²⁰ Teori hukum tradisional mengajarkan bahwa hukum merupakan seperangkat aturan dan prinsip-prinsip yang memungkinkan masyarakat mempertahankan ketertiban dan kebebasannya. Hukum haruslah netral dan dapat diterapkan kepada siapa saja tanpa adanya asas diskriminasi. Sebenarnya hal tersebut tidak bisa dilaksanakan secara konsekuen dalam penerapannya, karena menurut para teoritis postmodern, hukum tidak mempunyai dasar objektif dan tidak ada kebenaran sebagai tempat untuk berpijak hukum, yang ada hanya kekuasaan semata yang menjadi alat kekuasaan bagi penguasa.²¹

Dengan pandangan tersebut terlihat bahwa hukum itupun seharusnya lebih fleksibel dan peka terhadap kenyataan dan kebutuhan masyarakat saat itu sehingga hukum tidak hanya dijadikan sebagai alat kekuasaan semata. Salah satu perkembangan yang cukup baik di Indonesia adalah dibentuknya Mahkamah Konstitusi. Mahkamah Konstitusi diharapkan menjadi “penerang” disaat kondisi hukum sedang “karut-marut” di Indonesia. Dan

²⁰ Munir Fuady, *Aliran Hukum Kritis, Paradigma Ketidakberdayaan Hukum*, (Bandung: Citra Aditya Bahkti, 2003), hal. 1-2.

²¹ *Ibid*;

Mahkamah Konstitusi diharapkan menjadi sebuah badan yang dapat menerapkan konsep yang abstrak dari hukum. Sebagaimana yang dikatakan oleh **Satjipto Raharjo**, bahwa:²²

“Hukum senantiasa membutuhkan pembedaan. Ia tidak bias berhenti untuk tetap merupakan konsep yang abstrak. Kesemuanya menghendaki untuk bisa diwujudkan dalam masyarakat. Mewujudkan konsep-konsep yang abstrak tersebut membutuhkan apa yang disebut dengan badan. Hukum membutuhkan institusionalisasi, yang dalam hal ini berupa bantuan berbagai saran agar hal-hal yang abstrak dapat menjadi konkrit”

Dengan demikian Mahkamah Konstitusi sebagai sebuah badan yang dibentuk untuk mewujudkan konsep-konsep hukum yang abstrak, maka Mahkamah Konstitusi harus berjalan sesuai dengan tujuan pembentukan badan tersebut dengan tidak hanya berdasarkan pada konsep abstrak tersebut, tapi mewujudkannya dalam suatu konsep hukum yang progresif. Dalam hal ini progresif akan bertentangan dengan konsep tekstual. Dimana para “penganut” konsep tekstual memandang hukum secara kaku yang hanya didasarkan pada apa yang tertulis dalam teks. Dimana **Satjipto Raharjo** menyatakan bahwa berhukum melalui teks adalah perbuatan atau tindakan yang secara sadar diproyeksikan kepada latar teks hukum positif.²³ Konsep ini memang akan menciptakan kepastian hukum, namun cenderung mengesampingkan rasa keadilan dan kemanfaatan, sehingga perlahan-lahan mulai ditinggalkan. Dan konsep tersebut sangat bertentangan sekali dengan konsep progresif seperti yang dikemukakan diatas, dimana hukum progresif cenderung menyarankan agar kita berani membuat tusukan dan pembelokan (*twist*) terhadap sistem yang ada dengan melakukan tindakan intervensi yang nyata (*affirmative action*).²⁴

2. Putusan Nomor 133/PUU-VII/2009 (Putusan Sela Perkara BIBIT-CHANDRA)

Perkara ini merupakan pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

²² Satjipto Rahardjo, *Sosiologi Hukum Asai-Esai Terpilih*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2010), hal. 3.

²³ Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Perilaku*, (Jakarta: ,2009), hal. 70.

²⁴ Satjipto Rahardjo, *op. cit.*, hal: 81;

Bibit Samad Rianto dan Chandra M Hamzah, pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi yang dinonaktifkan akibat dikriminalisasi, mengajukan permohonan tersebut dengan tujuan agar mereka tidak dinonaktifkan sebelum terbukti melalui putusan yang *incracht*. Norma yang diajukan untuk diuji secara materi adalah Pasal 32 Ayat 1 Huruf c UU Nomor 30/2002 yang berbunyi, "Pimpinan KPK berhenti atau diberhentikan karena menjadi terdakwa karena melakukan tindak pidana kejahatan". Selain itu Bibit dan Chandra juga memohonkan provisi atau putusan sela. Putusan sela biasa dijatuhkan MK dalam perkara perselisihan hasil pemilihan umum (PHPU). Sehingga ketika dalam putusan perkara ini, MK mengabulkan provisi, maka adalah provisi pertama dalam perkara pengujian undang-undang (PUU).

Pemohon mempermasalahkan ketentuan pemberhentian secara tetap tanpa putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap melanggar hak para Pemohon atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil, dalam hal ini hak atas pra-duga tidak bersalah (*presumption of innocence*), dijamin dalam UUD 1945 terutama pada Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 menyatakan, "Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum." Pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil sebagaimana dimaksud di atas juga mencakup pengakuan, jaminan, dan perlindungan atas asas-asas hukum yang berlaku universal. Salah satu asas hukum yang dihormati dan juga diakui eksistensinya dalam sistem hukum Indonesia adalah asas "pra-duga tidak bersalah" atau "*presumption of innocence*". Sebagaimana yang diadopsi dalam Hukum Acara maupun dalam berbagai instrumen instrumen hak asasi manusia internasional.

Sementara itu, asas pra-duga tidak bersalah yang merupakan asas hukum yang fundamental ini telah dilanggar oleh Pasal 32 ayat (1) butir (c) UU KPK yang menyatakan, "Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi berhenti atau diberhentikan karena, ...c. menjadi terdakwa karena melakukan tindak pidana kejahatan...." Pasal 32 ayat (1) butir (c) UU KPK justru menganut asas "pra-duga bersalah" atau "*presumption of guilt*". Walaupun Pimpinan KPK belum dinyatakan bersalah oleh hakim melalui putusan pengadilan yang berkekuatan

hukum tetap, sepanjang yang bersangkutan telah didakwa, maka berdasarkan Pasal 32 ayat (1) butir (c) Pimpinan KPK dimaksud harus “dihukum” dalam bentuk pemberhentian secara tetap/permanen dari jabatannya. Pemberhentian secara tetap Pimpinan KPK dapat dilihat sebagai “hukuman” tanpa putusan pengadilan dan hukuman ini bersifat permanen walaupun di kemudian hari Pimpinan KPK dimaksud oleh pengadilan dinyatakan tidak terbukti bersalah. Dengan kata lain, Pasal 32 ayat (1) huruf c mengasumsikan bahwa terdakwa “sudah pasti bersalah” sehingga perlu diberhentikan secara permanen dari jabatannya. Ketentuan ini jelas bertentangan dengan asas pra-duga tidak bersalah (*presumption of innocence*) yang telah diakui, dijamin, dan dilindungi dalam sistem hukum Indonesia maupun sistem hukum internasional. Dengan demikian Pasal 32 ayat (1) huruf c UU KPK telah melanggar ketentuan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 yang melindungi hak setiap orang, termasuk para Pemohon, atas “pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil”.

Ketentuan pemberhentian secara tetap tanpa putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap melanggar hak para Pemohon atas persamaan kedudukan di dalam hukum dan pemerintahan, perlakuan yang sama di hadapan hukum serta kepastian hukum yang adil yang dijamin oleh UUD 1945. Pasal 27 ayat (1) UUD 1945 menyatakan, “*Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya*.” Dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 menyatakan, “*Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum*.” Norma-norma konstitusi di atas mencerminkan prinsip-prinsip hak asasi manusia yang berlaku bagi seluruh manusia secara universal. Dalam kualifikasi yang sama, setiap manusia, termasuk di dalamnya para Pemohon yang merupakan Pimpinan KPK yang diberhentikan sementara. Ketentuan Pasal 32 ayat (1) huruf c UU KPK memberikan perlakuan yang berbeda antara Pimpinan KPK dengan pejabat negara lainnya. Khusus untuk Pimpinan KPK, maka hanya dengan menjadikan seorang Pimpinan KPK menjadi terdakwa saja sudah cukup untuk memberhentikannya secara tetap. Sementara, sesuai dengan

asas praduga tidak bersalah, pemberhentian tetap pejabat negara seharusnya dikeluarkan setelah ada putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap.

Adanya dugaan tindak pidana yang melibatkan Pimpinan KPK bila dikaitkan dengan ketentuan mengenai pemberhentian sementara dari jabatan (Pasal 32 ayat (2) UU KPK) merupakan pengaturan yang tepat dan proporsional, karena di satu sisi kinerja lembaga yang bersangkutan tidak terganggu, namun di sisi lain hak Pimpinan KPK atas "pra-duga tidak bersalah" tetap dilindungi. Di dalam bidang hukum dan pemerintahan, asas pra-duga tidak bersalah (*presumption of innocence*) antara lain dimanifestasikan dalam bentuk peraturan yang terkait dengan pemberhentian **sementara (bukan pemberhentian secara tetap)** pejabat negara yang tersangkut dugaan tindak pidana. Ketentuan yang tersebut dalam Pasal 32 ayat (1) huruf (c) UU KPK *a quo* yang mengatur mengenai pemberhentian secara tetap Pimpinan KPK yang menjadi "terdakwa karena melakukan tindak pidana kejahatan" sangat bertolak belakang dengan Pasal 32 ayat (2) *a quo* di atas, Pasal ayat (1) huruf c UU KPK *a quo* merupakan pasal yang potensial dikualifikasi melanggar prinsip dalam hak asasi manusia, dalam hal ini hak atas pra-duga tidak bersalah (*presumption of innocence*). Pasal *a quo* dirumuskan secara tidak proporsional dan berlebihan dan dengan sendirinya melanggar Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, selain melanggar Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 27 ayat (1) UUD 1945.

Untuk menjamin independensi KPK, dalam proses pemilihan maupun pemberhentian Pimpinan KPK, mutlak diperlukan mekanisme *checks and balances* di antara cabang-cabang kekuasaan pemerintahan. Dalam proses pemilihan Pimpinan KPK, prinsip *checks and balances* hadir dalam bentuk seleksi yang dilakukan DPR atas calon Pimpinan KPK yang diusulkan oleh Presiden melalui proses seleksi yang diselenggarakan oleh cabang kekuasaan eksekutif. Dalam proses pemberhentian secara tetap Pimpinan KPK sebagaimana diatur dalam Pasal 32 ayat (1) huruf c UU KPK, prinsip *checks and balances* absen. Absennya prinsip *checks and balances* dalam Peraturan mengenai pemberhentian secara tetap Pimpinan KPK (tanpa putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap) telah membuka peluang kekuasaan eksekutif melakukan intervensi

terhadap KPK tanpa kontrol dari cabang kekuasaan lainnya, dalam hal ini cabang kekuasaan yudikatif, karena pemberhentian secara tetap Pimpinan KPK hanya membutuhkan keputusan Polri dan Kejaksaan yang tidak saja berada di bawah kendali Presiden sebagai pemegang kekuasaan eksekutif melainkan juga merupakan instansi yang menjadi objek supervisi KPK.

Pemohon dan petitumnya meminta kepada MK untuk menjatuhkan putusan, *Dalam Provisi*, para Pemohon meminta MK menerima permohonan Provisi Para Pemohon. Sehingga dengan demikian Pemohon meminta MK memerintahkan kepada institusi Kepolisian Negara Republik Indonesia untuk menghentikan proses penyidikan atas perkara yang menyatakan Para Pemohon sebagai Tersangka, setidaknya sampai adanya putusan Mahkamah Konstitusi dalam perkara *a quo* yang berkekuatan hukum tetap. Terkait dengan itu juga, maka Pemohon meminta MK memerintahkan kepada institusi Kepolisian Negara Republik Indonesia untuk tidak menyerahkan berkas perkara pemeriksaan terhadap para Pemohon yang menyatakan para Pemohon sebagai Tersangka, kepada pihak Kejaksaan Republik Indonesia dan juga untuk menghentikan seluruh proses hukum atas para Pemohon setidaknya sampai adanya putusan Mahkamah Konstitusi dalam perkara *a quo* yang berkekuatan hukum tetap;

1. Memerintahkan kepada institusi Kejaksaan Agung Republik Indonesia untuk tidak menerima pelimpahan perkara dari pihak Kepolisian Republik Indonesia dan/atau untuk tidak melimpahkan berkas perkara atas nama Para Pemohon dimaksud kepada Pengadilan Negeri dimanapun perkara Para Pemohon akan disidangkan setidaknya sampai adanya putusan Mahkamah Konstitusi dalam perkara *a quo* yang berkekuatan hukum tetap;
2. Memerintahkan kepada Presiden Republik Indonesia untuk tidak menerbitkan surat keputusan penghentian terhadap Para Pemohon yang menyatakan Para Pemohon sebagai Tersangka setidaknya sampai adanya putusan Mahkamah Konstitusi dalam perkara *a quo* yang berkekuatan hukum tetap setidaknya sampai adanya putusan Mahkamah Konstitusi dalam perkara *a quo* yang berkekuatan hukum tetap.

Pemohon juga meminta dalam petitumnya kepada MK, *Dalam Pokok Perkara* sebagai berikut:

1. Menerima dan mengabulkan Permohonan Para Pemohon untuk seluruhnya;
2. Menyatakan Pasal 32 ayat (1) huruf c UU KPK bertentangan dengan UUD 1945, khususnya Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28J ayat (2);
3. Menyatakan bahwa Pasal 32 ayat (1) huruf (c) UU KPK tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat dengan segala akibat hukumnya; Memerintahkan pemuatan Putusan Mahkamah Konstitusi atas permohonan *a quo* dalam Lembaran Negara Republik Indonesia.

Kata progresif berasal dari *progressi* yang berarti adalah kemajuan. Jadi disini diharapkan hukum itu hendaknya mampu mengikuti perkembangan zaman, mampu menjawab perubahan zaman dengan segala dasar didalamnya, serta mampu melayani masyarakat dengan menyandar pada aspek moralitas dan sumber daya manusia penegak hukum itu sendiri.²⁵ Selain itu hukum progresif tidak lepas dari konsep progresivisme, yang bertiti tolak pada pandangan kemanusiaan., bahwa manusia itu pada dasarnya adalah baik, memiliki kasih sayang kepedulian terhadap sesama sebagai modal penting bagi membangun ber hukum dalam masyarakat.²⁶

Berkembangnya pemikiran ber hukum secara progresif adalah tidak terlepas dari perkembangan mengenai sosiologi hukum²⁷. Sosiologi hukum untuk lebih jelasnya adalah sosiologi dari atau tentang hukum. Oleh karena itu apabila berbicara dengan perilaku sosial, maka ini berhubungan dengan hukum yang berlaku. Dengan kata lain sosiologi hukum memperlihatkan verifikasi empiris dan validitas empiris dari hukum yang berlaku. Dengan demikian teori-teori dalam sosiologi hukum juga bergerak pada jalur tersebut.²⁸

Menurut **Georges Gurvitch** penggabungan dua ranah ilmu tersebut kontroversi dikarenakan para pakar terkooptasi pada ranah pengetahuannya masing-masing. Ilmuan hukum pada umumnya

²⁵ Satjipto Raharjo, membedah hukum progresif, (Jakarta:Penerbit kompas, 2003) hal. 228

²⁶ *Ibid*, hal. 228

²⁷ Sosiologi hukum berasal dari kata latin, *socius* yang berarti “kawan” dan kata yunani *logos* yang bermakna “kata” atau “bicara”, sehingga definisi sosiologi berarti bicara mengenai masyarakat. Sedangkan menurut Aguste Comte, sosiologi merupakan ilmu pengetahuan masyarakat umum yang merupakan hasil akhir dari pada perkembangan ilmu pengetahuan.

²⁸ Satjipto Rahardjo, sosiologi hukum , (Yogyakarta: penerbit Genta publishing), 2010, hal. 2

terjebak dalam dengan hanya memperhatikan masalah-masalah *quid juris* semata, begitu juga sebaliknya para pakar sosiologi hanya memperhatikan *quid facti* saja.²⁹ Pakar hukum dan filsuf hukum mengkhawatirkan sosiologi hukum akan menyebabkan legitimasi norma menjadi hilang dalam kehidupan sosial masyarakat. Norma hukum tidak bisa mengatur fakta-fakta sosial yang ada. Ilmuwan sosiologi juga mengkhawatirkan keberadaan sosiologi hukum, mereka berpendapat bahwa kehadiran sosiologi hukum akan menghadirkan kembali penilaian baik buruk (*value judgment*) semata dalam penyelidikan fakta-fakta sosial pada lapangan praktis.³⁰

Sebelum berkembangnya pemikiran sosiologi hukum yang dikemudian dikemukakan oleh **Maxmillian Weber** sesungguhnya secara praktis telah menjadi kajian dari berbagai ilmuwan terkemuka dari pelbagai zaman. **Gorges Guvittch** setidaknya salah satu ilmuwan yang menggolongkan **Aristoteles**, **Hobbes**, **Spinoza**, dan **Montesquieu** sebagai pengkaji sosiologi hukum dari berbagai zaman. Baik era pramodern maupun era modern. Bahkan keilmuan mereka sampai saat ini masih dihargai sebagai suatu bagian yang tidak terpisahkan untuk dikaji oleh generasi keilmuan masa post modern. Hal ini tidak lain menurut **Gurvitch** karena kajian sosiologi hukum ini timbul serta merta dalam penyelidikan sejarah dan etnografi yang berkenaan dengan hukum., dan juga dalam penyelidikan dilapangan hukum yang sekaligus mencari tujuan lain, misalnya dalam hal mencari solusi ideal terhadap masalah sosial.³¹

Leon Petrazyoki yang dianggap sebagai bapak sosiologi hukum yang terlupakan, berpendapat, fenomena-fenomena hukum itu terdiri dari proses-proses psikis yang unik, yang dapat dilihat dengan menggunakan metode introspeksi.³² Apabila kita mempersoalkan tentang hak-hak kita serta hak-hak orang lain dan melakukan perbuatan yang sesuai dengan itu, maka itu semua bukan, karena hak-hak itu dicantumkan dalam peraturan-peraturan melainkan semata-mata karena keyakinan kita sendiri bahwa kita harus berbuat seperti itu. Ia memandang hak-hak dan kewajiban

²⁹ Georges Guvitsch, *Sosiologi Hukum*, (Jakarta: penerbit Bharatara, 1996), hal. 1

³⁰ Georges Guvitsch, *Ibid*, hal.1

³¹ Georges Guvitsch, *Ibid*, hal. 59

³² (Bodenheimer, 1974: 107)

sebagai *Phantasmata* teori dan metode dalam sosiologi hukum yang ada hanya dalam pikiran tetapi yang memiliki arti sosial yang sangat penting karena menciptakan pengalaman imperaktif-atributif, yang mempengaruhi tingkah laku mereka yang terikat olehnya.³³

Menurut **Satjipto Rahardjo**, sosiologi hukum memiliki basis intelektual dari paham hukum alam (*lex naturalist*)³⁴, itu sebabnya capaian paham sosiologi hukum adalah untuk menyelesaikan permasalahan kehidupan manusia dengan lingkungannya. Filosofis dari teori hukum alam kesatuan dengan kondisi lingkungan. Karena itu, kalangan sosiologi hukum selalu mengaitkan aturan hukum dengan kondisi masyarakat dan lingkungan sekitarnya. Bahkan terbentuknya sebuah negara berdasarkan teori *du contact social* yang dipopulerkan oleh **J.J Rosseau** pun diakui sebagai kajian sosiologi hukum, bahkan ketika manusia masih dalam kelompok-kelompok kecil dalam "alam liar". Konsep ber hukum secara progresif lahir dan berkembang, tidak terlepas dari adanya rasa ketidakpuasan dari kalangan hukum terhadap teori dan adanya praktik hukum tradisional yang berkembang dan mengkritisi akan adanya kesenjangan yang besar antara hukum dalam teori (*law in action*), serta adanya kegagalan hukum dalam merespon terhadap masalah-masalah yang terjadi ditengah-tengah masyarakat. Teori hukum tradisional mengajarkan bahwa hukum merupakan seperangkat aturan dan prinsip-prinsip yang memungkinkan masyarakat mempertahankan ketertiban dan kebebasannya. Hukum haruslah netral dan dapat diterapkan kepada siapa saja tanpa adanya asas diskriminasi. Sebenarnya hal tersebut tidak bisa dilaksanakan secara konsekuen dalam penerapannya, karena menurut para teoritis *postmodern*, hukum tidak mempunyai dasar objektif dan tidak ada kebenaran sebagai tempat untuk berpijak hukum, yang ada hanya kekuasaan semata yang menjadi alat kekuasaan bagi penguasa.³⁵

Yang menjadi *barometer* hukum bukanlah salah dan benar, bermoral atau tidak bermoral saja, melainkan hukum merupakan apa saja yang diputuskan dan dijalankan oleh kelompok masyarakat

³³ (Curzon, 1979: 218

³⁴ Satjipto Rahardjo, sosiologi hukum, perkembangan metode dan pilihan masalah, (Surakarta: Muhammadiyah University press, 2002) hal. 12.

³⁵ Munir Fuady, *Aliran Hukum Kritis, Paradigma Ketidakberdayaan Hukum*, (Bandung: Citra Aditya Bahkti, 2003), hal. 1-2.

mayoritas. Hukum harus ditafsirkan yang nyatanya akan ditafsirkan menurut keinginan yang menafsirnya, dan penfsir akan menafsirkan sesuai dengan perasaan dan kepentingannya sendiri, sehingga yang namanya keadilan hanya semboyan dan retorika yang digunakan sekelompok mayoritas untuk menjelaskan apa apa yang mereka inginkan dan keinginan pihak minoritas tidak pernah menjadi penafsiran hukum dan akan selalu menjadi bulan-bulanan hukum.³⁶ Untuk itu sudah seharusnya sektor hukum lebih diberdayakan agar pembangunan masyarakat dan bangsa dapat dilaksanakan atau bahwa dapat dipercepat, sebagaimana pendapat **Roscoe POND** bahwa hukum dapat berfungsi sebagai sarana rekayasa sosial (*law as tool of social engineering*) atau hukum sebagai sarana pembangunan (*law as a tool of development*) sebagaimana dikemukakan oleh Mochtar Kusumaatmadja.³⁷ Untuk menjamin tercapainya fungsi hukum sebagai sarana rekayasa masyarakat kearah kehidupan yang lebih baik, maka bukan hanya dibutuhkan ketersediaan hukum dalam artian kaidah atau peraturan, melainkan juga adanya jaminan atas perwujudan dari kaidah atau peraturan, malainkan juga adanya jaminan atas perwujudan dari kaidah hukum dalam praktik hukum, yaitu adanya jaminan penegakan hukum yang baik.³⁸

Sudah sering terdengar paradok-paradok yang ditujukan kepada aparat penegakan hukum terutama hakim sebagai pemutus suatu perkara, mengenai putusan pembebasan para koruptor penjarah uang rakyat yang berjumlah banyak, yang dibebaskan oleh hakim. Tidak jarang pula tuduhan yang menyudutkan aparat penegak hukum yang, yang dianggap mempersulit orang “kebanyakan” untuk mendapatkan keadilan dalam persidangan, selain bukti-bukti yang cukup kuat yang dimiliki olehnya. Masih banyak lagi persoalan yang menyebabkan semakin terpuruknya hukum saat ini.³⁹ Penerapan hukum mengalamai perubahan dari masa kemasa. Tujuan dari pembenahan ini adalah bagaimana mewujudkan hukum yang substantif. Dapat kita lihat dengan berbagai sistem

³⁶ *Ibid*, hal. 1-2

³⁷ Achmad Ali, *Keterpurukan Hukum Di Indonesia (penyebab dan solusinya)*, (Bogor: Ghalia Indonesia, 2005), hal. 8.

³⁸ Munir Fuady, *op cit*, hal 40

³⁹ A.M. Mijahidin, *Hukum Progresif: Jalan Keluar Dari Keterpurukan Hukum Di Indonesia*, Majalah Hukum Varia Peradilan Edisi No 257 bulan april 2007, Ikahi, Jakarta 2007, hlm. 51

hukum yang dianut oleh beberapa negara secara garis besar dapat dibedakan atas dua sistem Eropa Kontinental (*civil law*) dan model sistem hukum *common law*. Dengan tidak menghilangkan kenyataan bahwa kedua sistem hukum tersebut sudah banya saling mendekati, kedua-duanya pada dasarnya mewakili suatu cara berhukum yang pada berbeda sekali.⁴⁰

Berfikir secara progresif berarti harus berani keluar dari *mainstream* pemikiran *absolutisme* hukum, kemudian menempatkan hukum dalam persoalan kemanusiaan. Bekerja berdasarkan pola pikir atau paradigm hukum progresif akan melihat factor utama dalam hukum itu adalah manusia, sedangkan paradigm hukum yang positivisme meyakini kebenaran hukum atas manusia. Manusia boleh dimarjinalkan asalkan hukum tegak. Sebaliknya paradigm hukum progresif berfikir bahwa justru hukumlah yang harus dimarjinalkan untuk mendukung proses eksistensi kemanusiaan, kebenaran, dan keadilan.⁴¹ Agenda utama hukum progresif adalah menempatkan manusia sebagai sentralisasi utama perbincangan tentang hukum. Bagi hukum progresif hukum adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya. Jikalau faktor kemanusiaan yang didalamnya terdapat kebenaran dan keadilan telah menjadi titik pembahasan hukum, maka faktor etika dan moralitas dengan sendirinya akan terseret masuk kedalamnya. Faktor etika dan moral sangat perlu dalam membangun konsep hukum progresif, oleh karena itu etika dan moral akan berbicara benar dan salah atau baik dan buruk yang melekat pada diri manusia. Jika seseorang tidak memiliki etika dan moral, maka ia sama dengan makhluk lainya seperti binatang.⁴²

Di dalam hukum progresif terkandung moralitas kemanusiaan yang sangat kuat. Jika etika atau moral manusia telah luntur, maka penegakan hukum tidak tercapai, sehingga membangun masyarakat untuk kesejahteraan dan kebahagiaan manusia tidak akan terwujud. Pembangunan pondasi dari kesadaran mental ini adalah perbaikan aklak, pembinaan moral dan karakter diri masyarakat supaya menjadi masyarakat susila yang bermoral tinggi, sehingga dapat

⁴⁰ *Ibid*,

⁴¹ Tulisan dari Satjipto rahardjo, *Hukum Progresif Sebagai Dasar Pembangunan Ilmu Hukum Indonesia*. Makalah yang disampaikan pada seminar nasional *Menggagas Ilmu Hukum Progresif Di Indonesia*, di Semarang, 2004. Hal 5

⁴² *Op.cit*, Satjipto Rahardjo, membedah hukum progresif....hal.229

dibangun masyarakat yang damai sejahtera, masyarakat yang adil dan makmur.⁴³ Sekalipun ide hukum progresif belum bisa dipandang sebagai teori yang final (sesuai dengan hakekatnya sebagai *law in making* atau *on going process*), namun dari sedemikian banyak tulisan dan kajian mengenai hukum progresif dapat ditarik beberapa pokok gagasan. *Pertama*, paradigma hukum progresif adalah hukum untuk manusia yang mengandung makna bahwa manusia merupakan sentral dalam cara ber hukum. *Kedua*, prinsip-prinsip hukum progresif adalah: tidak ingin mempertahankan status *quo* dalam ber hukum; mengutamakan faktor dan peran manusia di atas hukum; membaca peraturan adalah membaca maknanya bukan teks-nya; membebaskan dari kelaziman yang keliru dan menghambat pencapaian tujuan hukum. Selain itu, mengutamakan modal empati, rasa-perasaan, dedikasi, kesungguhan, kejujuran dan keberanian; dan hukum bukan mesin namun lebih merupakan jerih payah manusia yang bernurani.

Dengan demikian hukum progresif merubah cara ber hukum dari sekedar menerapkan hukum positif secara tekstual menjadi cara ber hukum dengan mendayagunakan hukum dengan tujuan, misi dan dimensi spiritual. Dalam perpektif hukum progresif maka yang terjadi dalam *positivisasi* hukum sebenarnya adalah pereduksian makna. Dengan demikian gagasan atau usulan untuk menformalkan *vexatious litigation* dalam sebuah produk legislasi sebenarnya justru membatasi atau mempersempit makna apa yang sesungguhnya benar-benar merupakan gugatan iseng, yaitu gugatan yang tujuannya hanya semata-mata untuk mengganggu pihak lawan. Apalagi proses pembuatan peraturan perundang-undangan cenderung merupakan proses politik dimana banyak muatan kepentingan yang beradu kekuatan. Hakekat hukum progresif adalah pergeseran dari sistem formal ke sistem manusia. Jadi *vexatious litigation* yang benar-benar bersifat *vexing* (tidak ada visi luhurnya) memang tidak boleh dibiarkan menjadi *trend* dalam budaya peradilan. Namun biarkan peran manusia (hakim) secara progresif (pengetahuan, keahlian dan logika yang utuh serta ketajaman nurani) dalam memberikan makna di balik sebuah gugatan.

⁴³ *Ibid*, hal. 233

Karakteristik hukum progresif dapat ditandai dengan pernyataan sebagai berikut:⁴⁴

1. Hukum ada untuk mengabdikan pada manusia;
2. Hukum progresif akan tetap hidup karena hukum selalu berada pada statusnya sebagai *law in the making* dan tidak pernah bersifat final, sepanjang manusia masih ada, maka hukum progresif akan terus hidup dalam menata kehidupan masyarakat;
3. Dalam hukum progresif selalu mendekat etika dan moralitas kemanusiaan yang sangat kuat, yang akan memberikan respon terhadap perkembangan dan kebutuhan manusia serta mengabdikan pada keadilan, kesejahteraan dan kepedulian terhadap manusia pada umumnya

Berkaitan dengan penegakan hukum sangat diperlukan adanya aparat penegak hukum yang progresif dalam berhukum. Terutama kepada lembaga yudikatif yang memutus suatu perkara demi mencari suatu keadilan yang substantif. Sebagaimana kita ketahui tugas dari yustisial hakim adalah memeriksa, mengadili dan menjatuhkan putusan atas suatu perkara yang dihadapkan kepadanya dan yang pertama menjadi pedoman bagi hakim adalah peraturan perundang-undangan. Ini termasuk juga didalamnya tugas hakim dalam melakukan penemuan hukum. Metode penemuan hukum yang umumnya dilakukan antara lain metode interpretasi dan konstruksi hukum. Metode interpretasi hukum dilakukan dalam pengaturannya yang sudah ada, tetapi tidak jelas untuk dapat diterapkan pada peristiwa konkret, atau mengandung arti pemecah atau pengurai akan suatu makna ganda, norma yang kabur (*vague normen*), konflik antar norma hukum (*antinomy normen*) dan ketidakpastian suatu peraturan perundang-undangan. Tujuannya tidak lain adalah mencari serta menemukan sesuatu hal yang menjadi maksud dari pembuatnya. Sedangkan metode konstruksi hukum dilakukan apabila ditemukan ketentuan undang-undang yang secara langsung dapat diterapkan pada masalah hukum yang dihadapi, atau dalam hal peraturannya memang tidak ada, kekosongan hukum (*recht vacuum*) atau kekosongan undang-undang (*wet vacuum*). Untuk mengisi kekosongan hukum/undang-undang inilah biasanya, hakim menggunakan penalaran logisnya untuk mengembangkan

⁴⁴ *Ibid*, hal. 233

lebih lanjut suatu teks undang-undang, dimana hakim tidak hanya berpegang pada teks tersebut.⁴⁵

Secara yuridis pintu masuk untuk hakim dalam melakukan penemuan hukum atau progresif dalam berhukum dapat dilihat dalam pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 dan uga penjelasan dari pasal tersebut, agar putusan yang dijatuhkan sesuai dengan nilai-nilai kebenaran dan rasa keadilan masyarakat serta dalam rangka mencapai keadilan sosial.⁴⁶ Berkaca dari putusan sela MK kita mengenal bahwa putusan provisi lazim dipraktekan hukum acara perdata yaitu permohonan Penggugat kepada pengadilan agar mengeluarkan tindakan hukum sementara dengan maksud untuk mencegah suatu kerugian yang semakin besar bagi penggugat dan memudahkan pelaksanaan putusan hakim jika penggugat dimenangkan, oleh karenanya tindakan sementara ini diperintahkan pelaksanaannya terlebih dahulu sedangkan perkara masih sedang berjalan (Prof. R. Subekti, S.H., *Praktek Hukum*:71).⁴⁷

Bahwa meskipun pada awalnya permohonan provisi adalah ranah hukum acara perdata, namun hukum acara Mahkamah juga mengatur permohonan provisi dalam perkara sengketa kewenangan lembaga negara sebagaimana dimuat dalam Pasal 63 UU MK yang berbunyi, "*Mahkamah dapat mengeluarkan penetapan yang memerintahkan pada pemohon dan/atau termohon untuk menghentikan sementara pelaksanaan kewenangan yang dipersengketakan sampai ada putusan Mahkamah Konstitusi*". Selain itu, jika diperlukan untuk melindungi hak-hak konstitusional warga negara, Pasal 86 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi dan Penjelasannya memberikan kewenangan kepada Mahkamah untuk mengatur lebih lanjut hal-hal yang diperlukan jika terjadi kekosongan/kekurangan dalam hukum acara. Dalam praktik selama ini, Mahkamah telah menggunakan Pasal 86 tersebut untuk memutus perkara perselisihan hasil pemilihan umum melalui beberapa

⁴⁵ Soedikno mertokusumo, dan A. pitlo, bab-bab tentang penemuan hukum, (Jakarta, 1993), hal. 52.

⁴⁶ Lebih jelas lihat pasal 5 ayat (1) UU No: 48 Tahun 2009 yaitu: *hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikutti, dan memahami nilai-nilai luhur dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat*" sedangkan penjelasanya "*ketentuan ini dimaksudkan agar putusan hakim sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat* .

⁴⁷ Lihat lebih jelas pasal 197 R.Bg / pasal 185 H.I.R

putusan sela yang berlaku mengikat dan telah dilaksanakan. Tambahan pula, dalam perkara pengujian undang-undang terhadap UUD, berdasarkan Pasal 16 Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Pengujian Undang-Undang juga dibuka kemungkinan bagi Mahkamah untuk menerbitkan ketetapan atau putusan didalam permohonan provisi. Jadi walaupun di peradilan perdata sering kita temui prakteknya akan tetapi MK mengakomodir hal yang sama untuk mencari kebenaran dalam kasus Bibit dan Chandra ini.

Mahkamah Konstitusi secara terus menerus mengikuti perkembangan kesadaran hukum dan rasa keadilan yang tumbuh di masyarakat yang menjadi dasar agar Mahkamah tidak berdiam diri atau membiarkan terjadinya pelanggaran hak konstitusional warga negara. Oleh karenanya, meskipun dalam UU MK tidak dikenal putusan provisi dalam perkara pengujian undang-undang, seiring dengan perkembangan kesadaran hukum, kebutuhan praktik dan tuntutan rasa keadilan masyarakat serta dalam rangka memberikan perlindungan dan kepastian hukum yang adil, Mahkamah memandang perlu menjatuhkan putusan provisi dalam perkara *a quo* dengan mendasarkan pada aspek keadilan, keseimbangan, kehati-hatian, kejelasan tujuan, dan penafsiran yang dianut dan telah berlaku tentang kewenangan Mahkamah dalam menetapkan putusan sela. Menimbang bahwa dalam perkara *a quo*, terlepas apakah pasal yang dimohonkan pengujian nantinya akan dinyatakan bertentangan atau tidak dengan UUD 1945, Mahkamah memandang terdapat cukup potensi terjadinya pelanggaran atas kepastian hukum yang adil, perlakuan yang sama di hadapan hukum [*vide* Pasal 27 ayat (1) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945], dan kebebasan dari ancaman dari rasa takut untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi [*vide* Pasal 28G ayat (1)], sehingga Mahkamah harus memainkan peran yang besar dalam mempertegas dan memberikan rasa keadilan dalam perkara *a quo* melalui putusan provisi yang selengkapnya akan dimuat dalam amar putusan ini. Bahwa proses hukum yang sedang dihadapi oleh para Pemohon adalah proses hukum pidana yang juga menggunakan instrumen hukum pidana yang bukan menjadi ranah kewenangan Mahkamah. Karenanya, Mahkamah tidak berwenang memberikan

penilaian terhadap proses hukum yang sedang berjalan sehingga Mahkamah tidak berwenang untuk memerintahkan Kepolisian Negara Republik Indonesia maupun Kejaksaan Agung Republik Indonesia untuk menghentikan sementara proses hukum pidana para Pemohon yang sedang berjalan.

Oleh karena itu, Mahkamah tidak dapat mengabulkan permohonan provisi sejauh menyangkut penghentian proses pidana di kepolisian dan kejaksaan. Bahwa dalam praktik pemeriksaan perkara pengujian undang-undang seringkali untuk kasus-kasus tertentu dirasakan perlunya putusan sela dengan tujuan melindungi pihak yang hak konstitusionalnya amat sangat terancam sementara pemeriksaan atas pokok permohonan sedang berjalan. Bahwa Mahkamah berpendapat putusan sela perlu untuk diterapkan apabila dengan putusan tersebut tidak akan menimbulkan kerancuan hukum di satu pihak, sementara di pihak lain justru akan memperkuat perlindungan hukum. Menimbang bahwa relevansi dan signifikansi diterbitkannya putusan provisi dalam perkara pengujian undang-undang terhadap UUD adalah untuk mencegah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia apabila suatu norma hukum diterapkan sementara pemeriksaan atas pokok permohonan masih berjalan padahal hak-hak konstitusional Pemohon yang dirugikan tidak dapat dipulihkan dalam putusan akhir.

Dalam perkara *a quo* putusan sela diperlukan untuk mencegah kemungkinan kerugian konstitusional para Pemohon apabila menjadi terdakwa karena diberhentikan (tetap) oleh Presiden padahal dasar hukum atau pasal undang-undang tentang itu sedang diperiksa dalam pengujian terhadap UUD 1945 di Mahkamah. Menimbang bahwa dalam permohonan provisi para Pemohon memohon, antara lain, agar Mahkamah, "... memerintahkan kepada Presiden Republik Indonesia untuk tidak menerbitkan surat keputusan penghentian terhadap para Pemohon terkait dengan perkara dengan nomor laporan Polisi: No.Pol: LP/482/VIII/2009/Bareskrim tanggal 25 Agustus 2009 yang menyatakan para Pemohon sebagai tersangka setidak-tidaknya sampai adanya Putusan Mahkamah Konstitusi dalam perkara *a quo* yang berkekuatan hukum tetap ...". . Karena permohonan provisi tersebut terkait dengan pengujian undang-undang, meskipun permohonan beralasan, namun yang dapat

dikabulkan oleh Mahkamah hanya menunda penerapan Pasal 32 ayat (1) huruf *juncto* Pasal 32 ayat (3) UU KPK oleh Presiden, yakni tindakan administrative berupa pemberhentian Pimpinan KPK yang menjadi terdakwa karena melakukan tindak pidana kejahatan.

Berdasarkan argumentasi dan landasan berpijak MK untuk menjatuhkan putusan sela itu maka ini memberikan makna bahwa hakim MK merupakan sebagai perumus dari nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat (*living of constitution*). Dalam persidangan di MK telah terbukti fakta-fakta baru demi menguak skenario kriminalisasi pimpinan KPK yang berimplikasi pada mandeknya penegakan hukum terutama pemberantasan korupsi. MK hadir menerobos legal positivisme (aturan) dengan membuka rekaman percakapan anggota dengan beberapa aparat penegak hukum dan memutuskan putusan sela terhadap uji materiil Pasal 32 Ayat 1 Huruf c UU No 30/2002 yang berbunyi, "Pimpinan KPK berhenti atau diberhentikan karena menjadi terdakwa karena melakukan tindak pidana kejahatan". Oleh karena itu proses penyelidikan dan penyidikan dapat dihentikan dan tidak dilimpahkan ke pengadilan sampai ada putusan MK mengenai uji materi. Pemberhentian tetap itu juga dianggap sebagai "hukuman" tanpa proses pengadilan, bersifat permanen, meski di kemudian hari dinyatakan tak bersalah oleh pengadilan.

Dengan mengabulkan permohonan pemohon sebagaimana dan memutuskan putusan sela menandakan bahwa hakim Mahkamah Konstitusi telah keluar dari kerenggang pemikiran *legal positivisme* dan mendobrak paradigma bahwa hakim hanya corong undang-undang. Hakim lebih kepada mencari keadilan substantive dengan menafsirkan bahwa pasal 32 ayat (1) huruf c telah melanggar dengan Undang-Undang Dasar 1945, yakni Pasal 27 Ayat 1, Pasal 28D Ayat 1, dan Pasal 28J Ayat 2. Pasal 32 Ayat 1 Huruf c diujikan karena bertentangan dengan asas praduga tak bersalah. Pemberhentian tetap itu juga dianggap sebagai "hukuman" tanpa proses pengadilan, bersifat permanen, meski di kemudian hari dinyatakan tak bersalah oleh pengadilan. Ini merupakan paradigma hukum progresif yang patut dan layak untuk dikembangkan untuk mewujudkan peradilan yang modern berpihak kepada rakyat untuk mewujudkan keadilan yang substantif.

3. Putusan Nomor 069/PUU-II/2004 (Putusan Retroaktif Kewenangan KPK)

Pemohon dalam perkara ini adalah Bram H.D. Manoppo, Direktur Utama P.T. Putra Pobiagan Mandiri. Beralamat di Jalan Dukuh Patra II No 81 Rt. 010/002, Menteng Dalam, Jakarta Selatan. Pemohon memberikan kuasa hukum kepada Mohammad Assegaf, Asfifudin, dan Rachmawati. Pemohon mempermasalahkan penerapan asas legalitas dalam Hukum Pidana (Pasal 1 ayat 1 KUHP) dan pengujian norma-norma yang dianggap samar (*vege Normen*). Bahwa eksistensi dan validitas terhadap Asas Legalitas dan larangan keberlakuan asas Retroaktif terbatas dalam konsepsi Hukum (Pidana) Materiel saja sudah tidak diikuti dan tertinggal jauh sejalan dengan dinamisasi masyarakat dan perkembangan Hukum Pidana itu sendiri, sehingga Hukum Pidana Formil memiliki prinsip legalitas dan larangan berlaku surut seperti halnya prinsip yang hidup dalam Hukum Pidana Materiel.

Pemohon berpendapat bahwa prinsip *Ex Post Facto Law* mengikat untuk segala sistem hukum, baik Hukum Perdata, Hukum Administrasi Negara dan Hukum Pidana, baik Formiel maupun Materiel. Dalam permohonannya, Pemohon menyatakan bahwa prinsip legalitas ini adalah karakteristik dan primaritas sifatnya dan hal ini merupakan bentuk eksistensi perlindungan HAM, khususnya tersangka/terdakwa/terpidana dari penghindaran kekuasaan yang sewenang-wenang dari penguasa, karenanya *Noellum Delictum*, *Noella Poena sine Praevia Lega Poenali* menjadi karakteristik dari setiap Negara Demokrasi yang mengakui prinsip *Rule of Law*.

Pemohon berpendapat bahwa KPK terbentuk dengan diberlakukannya UU KPK pada 27 Desember 2002 dan secara institusi KPK berdiri pada tanggal 27 Desember 2003. Sehingga menurut Pemohon, KPK tidak memiliki kewenangan untuk melakukan tindakan penyelidikan, penyidikan dan penuntutan tindak pidana korupsi terhadap perbuatan /peristiwa yang terjadi sebelum Undang Undang ini diundangkan atau sebelum tanggal 27 Desember 2002 sesuai prinsip *ex post facto law* pada pasal 72. Oleh karena itu sesungguhnya KPK telah mempergunakan kewenangan berdasarkan *vage normen* atau norma-norma yang samar selama menjalankan tugasnya. Menurut Pemohon yang menjadi Tersangka

dalam penyidikan perkara korupsi oleh KPK pada medio 2004, KPK tidak berhak menyidikinya.

Pemohon berpendapat proses penyidikan KPK yang dilakukan kepadanya bertentangan dengan Pasal 28 I ayat (1) UUD 1945 selengkapnya berbunyi sebagai berikut:

“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”.

Pemohon meminta kepada MK menyatakan KPK telah mempergunakan suatu Kewenangan melebihi dari kewenangan yang telah ditetapkan Undang-undang karena adanya norma pengaturan yang bersifat samar, *vage normen* atau memang norma pengaturan tertulis yang jelas tetapi diartikan sebagai norma-norma (tidak tertulis) yang samar, yang semua membawa akibat kerugian terhadap Hak Konstitusional Pemohon, karena melanggar larangan memberlakukan Asas Retroaktif. Pemohon meminta agar MK membatalkan keberadaan Pasal 68 UU No.30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi yang dianggap bertentangan dengan Pasal 28 huruf I ayat (1) UUD 1945, sehingga tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat dengan segala akibat hukumnya.

Paradigma berfikir progresif berpangkal dari kejumudan hukum yang *absolute* dan keinginan meninggalkan pandangan hukum yang mapan, karena ketertiban (*order*) tidak hanya diperoleh dari institusi-institusi negara. Nialai-nilai progresif dalam ber hukum harus didekatkan dengan nilai-nilai kemanusiaan. Maka dari itu, hukumlah yang harus dimarjinalkan untuk mendukung proses eksistensi kemanusiaan, kebenaran, dan keadilan dan bukan sebaliknya.⁴⁸ Hal ini ada tujuan yang besar yang ingin dicapai dari nilai-nilai progresif, bukan hanya semata-mata keadilan dengan penegakan hukum, melainkan jauh lebih dari itu, yakni keadilan dan kebahagiaan masyarakat. Titik tolak dari pandangan hukum progresif adalah memposisikan “hukum bukanlah untuk dirinya sendiri, tetapi untuk manusia”. Maka setiap kali ada masalah dalam

⁴⁸ Satjipto Rahardjo, Hukum Progresif Sebagai Dasar Pembangunan Ilmu Hukum Indonesia, *Makalah*, disampaikan pada Seminar Nasional Menggagas Ilmu Hukum Progresif Di Indonesia, Semarang, 2004, hal. 5.

dan dengan hukum, hukumlah yang sejatinya harus ditinjau dan diperbaiki bukan manusia yang dipaksa untuk dimasukkan kedalam skema hukum tersebut. Hal ini menjadikan hukum sebagai sebuah proses menjadi (*law as a proses, law in the making*). Jadi asumsi dasar yang diajukan dalam cara berfikir (hukum) progresif adalah semakin landasan suatu teori bergeser kearah ke faktor hukum, semakin suatu teori menganggap hukum sebagai sesuatu yang mutlak-otonom dan final. Sebaliknya, jika semakin bergeser ke factor manusia, semakin teori tersebut memberikan ruang kepada faktor manusia.⁴⁹

Eksistensi asas non-retroaktif (pelarangan asas retroaktif) dalam hukum pidana merupakan konsekuensi logis dari pemberlakuan asas legalitas dalam hukum pidana Indonesia. Hal ini jelas terlihat dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP yang menyebutkan: "Tiada suatu perbuatan dapat dipidana, kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan".⁵⁰ Berdasarkan perjalanan sejarah, **Moeljatno** mengutarakan jauh sebelum asas legalitas, terjadi kesewenangan perlakuan raja-raja berkuasa abad pertengahan di Eropa yang memperlakukan hukum pidana menurut kehendak dan kebutuhannya. Legitimasinya adalah berdasarkan adanya ketentuan *crime extra ordinaria*, yaitu kejahatan-kejahatan yang tidak disebutkan dalam undang-undang yang dikenal semasa kekaisaran Romawi.⁵¹ Ketika masa absolutisme tersebut, raja-raja dapat menyelenggarakan pengadilan secara sewenang-wenang, rakyat tidak mengetahui perbuatan mana yang merupakan kejahatan dan mana yang bukan. Jadi hakim memutus perkara berdasarkan perasan hukumnya sendiri. Perkembangan selanjutnya, muncul ahli pikir seperti **Montesquieu** dan **JJ. Rousseau** yang menuntut agar kekuasaan raja dibatasi dengan undang-undang tertulis. Akhirnya, pasca revolusi Prancis, struktur hukum mulai dibangun dengan adanya hubungan antara yang memerintah dan diperintah, antara kekuasaan Negara dan individu.⁵² Sumber kemunculan asas legalitas

⁴⁹ Satjipto Rahardjo, 2009, *Hukum Progresif : Suatu Sintesa Hukum Indonesia*, (Yogyakarta: Genta Publishing), hal. 18.

⁵⁰ Moeljatno, *Kitab Undang-undang Hukum Pidana*, (Jakarta: Bumi Aksara, 1996), hal. 3.

⁵¹ Eddy O.S. Hiareij, 2009, *Asas Legalitas Dan Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana*, (Penerbit Jakarta: Erlangga), hal. 8.

⁵² Rene David & John E.C Brierley dalam Eddy O.S. Hiareij, *Ibid*.

inipun sampai sekarang masih menjadi perdebatan. Melalui catatan yang ada, tidak ada yang tahu pasti oleh siapa dan dari mana asas legalitas ditemukan pertama kalinya.⁵³

Asas legalitas sebagaimana karakteristik aslinya mengandung tujuh aspek yang dapat dibagi sebagai berikut:

Tidak dapat dipidana kecuali berdasarkan ketentuan pidana menurut undang-undang;

1. Tidak ada penerapan undang-undang pidana berdasarkan analogi;
2. Tidak dipidana hanya berdasarkan kebiasaan;
3. Tidak boleh ada rumusan delik yang kurang jelas (syarat *lex certa*);
4. Tidak ada ketentuan surut dari ketentuan pidana;
5. Tidak ada pidana lain kecuali yang ditentukan oleh undang-undang;

⁵³ Setidaknya, kemunculan Asas Legalitas dapat kita lihat dari 4 (empat) sumber. *Pertama*, Paul Johan Anselm von Feurbach (1775-1833), seorang sarjana Hukum Pidana Jerman dalam bukunya *Lehrbuch des penlichen recht* (1801). Dalam bahasa latin dikenal maxim yang berbunyi: *nulla poena sine lege* (tidak ada pidana tanpa ketentuan pidana menurut undang-undang); *nulla poena sine crimine* (tidak ada pidana tanpa perbuatan pidana); *nullum crimen sine poena legali* (tidak ada perbuatan pidana tanpa pidana menurut undang-undang). Lihat dalam D. Schaffmeister, N. Keijer, E.PH Sitorius, *Hukum Pidana*, terjemahan J.E. Sahetapy, (Yogyakarta: Liberty, 1995), hal. 4. Menurut Jan Rammelink, ketiga frasa tersebut dikembangkan oleh Feurbach menjadi adagium *nullum delictum, nulla poena sine previa legi poenali*. Orang mengira asas legalitas ini berasal dari Romawi kuno karena berlafalkan bahasa latin. Namun pendapat ini ditentang oleh Moeljatno yang memastikan tidak pernah dikenalnya asas ini dalam hukum romawi kuno. Lebih lanjut oleh J. Sahetapy menambahkan bahwa kenapa adagium dan asas legalitas berbahasa latin, semata-mata karena bahasa latin merupakan "bahasa hukum" yang digunakan pada waktu itu. *Kedua*, berasal dari ajaran Montesquieu dalam bukunya *L'Esprit des Lois* (1748). Menurut ajarannya hakim harus terpisah dari pemerintah dan harus memberikan hukuman setepat mungkin sesuai dengan harfiah hukum. Hakim harus bertindak hati-hati untuk menghindari tuduhan tidak adil terhadap orang-orang yang tidak bersalah. *Ketiga*, Terdapat dalam *Talmudic Jurisprudence*, yang diakui oleh kaum yahudi sebagai kompilasi dari naskah-naskah keagamaan, ajaran-ajaran hukum, naskah-naskah sejarah, dan ilmu pengetahuan lainnya. Bahkan jika dilihat lebih jauh kebelakang roh dari ajaran legalitas ini terdapat dalam perjanjian baru yang berisi injil, yakni surat-surat Rasul Paulus dan surat-surat lainnya. Dalam Pasal 5 ayat (13) berbunyi: "*Sebab, sebelum hukum Taurat ada, telah ada dosa di dunia. Tetapi dosa itu tidak diperhatikan kalau tidak ada hukum Taurat.*" *Keempat*, menurut Shokry El-Dakkak, asas legalitas tercermin dalam hukum islam secara implisit terdapat dalam Al-Qur'an, Surat Al Isra' ayat 15, yang mengatakan: "*..... Kami tidak akan menghukum sebelum Kami mengutus seorang rasu.l*" Kemudian Irmanputra Sidin dalam penelitian disertasinya juga ditemukan asas legalitas dalam Surat Al-Qashas ayat (59) yang menyatakan: "*Dan Tuhanmu tidak akan membinasakan kota-kota, sebelum Dia mengutus di ibukota itu seorang Rasul yang membacakan ayat-ayat Kami kepada mereka.*" Demikian pula dalam Surat An-Nissa' ayat (165) dikatakan: "*(Mereka Kami utus) selaku Rasul-rasul pembawa berita gembira dan pemberi peringatan agar tidak ada alasan bagi manusia membantah Allah sesudah diutusnya rasul-rasul itu.*" Lihat selengkapnya dalam Eddy O.S. Hiareij, *Asas Legalitas Dan Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana*, (Jakarta Penerbit Erlangga, 2009).

6. Penuntutan pidana hanya menurut cara yang ditentukan undang-undang.⁵⁴

Jadi jelas bagi kita bahwa asas non-retroaktif merupakan suatu titah yang harus dijalankan untuk mendukung eksistensi prinsip legalitas yang kita anut dalam sistem hukum pidana pada hari ini. Asas legalitas jika dilihat dari latar belakang kelahirannya, adalah karena praktek absolutisme raja yang sewenang-wenang memperlakukan warganya dalam hal menuntut seseorang karena dianggap telah berbuat kejahatan tanpa dasar yang jelas. Oleh sebab itu dengan adanya semangat perlindungan hak-hak asasi manusia untuk menghentikan praktek-praktek absolutisme tersebut, salah satunya adalah dengan melarang pemberlakuan hukum yang berlaku surut (non-retroaktif). Terkait dengan hal ini, **Muladi** menyatakan tujuan dari asas legalitas yang pada hakekatnya juga menjadi tujuan asas non-retroaktif ini adalah:

1. Memperkuat kepastian hukum;
2. Menciptakan keadilan dan kejujuran bagi terdakwa;
3. Mengefektifkan fungsi pencegahan (*deterrent function*) dari sanksi pidana;
4. Mencegah penyalahgunaan kekuasaan; dan
5. Memperkokoh penerapan *rule of law*.⁵⁵

Seiring dengan perkembangan negara hukum yang demokratis yang salah satu pilarnya adalah bagaimana negara tersebut memberikan penghormatan (*respect*), perlindungan (*protect*), dan pemenuhan (*fullfil*) terhadap Hak Asasi Manusia (*basic rights*). Indonesia yang merupakan salah satu Negara demokrasi terbesar di dunia memasukkan ketentuan tentang HAM ini kedalam bab khusus dalam konstitusinya. Ketentuan tersebut termuat dalam BAB XA, Pasal 28A-28J Undang-Undang Dasar 1945 setelah diamandemen. Jika diselidiki, ternyata Indonesia menganut prinsip pelarangan dari penerapan hukum yang berlaku surut (*retroaktif*) yang merupakan hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi

⁵⁴ D. Schaffmeister, N. Keijer, E.PH Sitorius, , *Hukum Pidana*, terjemahan J.E. Sahetapy, (Yogyakarta: Liberty, 1995), hal. 4.

⁵⁵ Nyoman Serikat Putra Jaya, 2004, *Pemberlakuan Hukum Pidana Secara Retroaktif Sebagai Penyeimbang Asas Legalitas dan Asas Keadilan; Suatu pergeseran Paradigma Dalam Ilmu Hukum Pidana*, Pidato Pengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, h. 22. http://eprints.undip.ac.id/300/1/Nyoman_Serikat_Putra_Jaya.pdf, diunduh pada tanggal 26 Oktober 2010.

oleh siapapun dan dalam keadaan apapun (*non derogable right*). Hal ini termaktub dalam Pasal 28 I ayat (1) yang selengkapnya berbunyi sebagai berikut:

“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”.

Dengan demikian, secara tegas Negara Indonesia menjamin warga negaranya dari perlakuan yang “merendahkan” HAM berupa penegakkan hukum yang berlaku surut. Jika ditarik sedikit kebelakang, secara historis sejak pemberlakuan WvS di Indonesia pada tahun 1915 asas retroaktif belum pernah diberlakukan, kecuali pada saat pemerintah Hindia Belanda dalam pengasingan di Australia sebagai akibat pendudukan Jepang. Setelah tentara Sekutu menang perang, Pemerintah Hindia Belanda di pengasingan mengeluarkan *Brisbane Ordonantie 1945* mengenai penerapan delik terhadap keamanan negara terhadap pihak yang kalah perang yaitu Jepang. Kuatnya keinginan menerapkan asas retroaktif ini ternyata dilakukan untuk menunjukkan dominasi politis secara luas terhadap pihak lain yang dianggap sebagai oposan serta untuk menunjukkan eksistensi dari asas *Lex Talionis* (pembalasan).⁵⁶

Pasca Indonesia merdeka, ternyata praktek pemberlakuan hukum yang dilakukan retroaktif ternyata muncul kembali dalam ketentan perundang-undangan. Diantara terdapat dalam Penjelasan Pasal 4, Pasal 18 ayat (3) UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM dan Pasal 43 UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Ketentuan tentang asas retroaktif ini juga muncul pada Pasal 46 Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu) No. 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme yang menjadi UU No. 15 Tahun 2003 dan Perpu No. 2 Tahun 2002 tentang Pemberlakuan Perpu No. 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme pada Peristiwa Bom di Bali tanggal 12 Oktober 2002 yang akhirnya menjadi UU No. 16 Tahun 2003.

⁵⁶ Agus Raharjo, *Problematika Asas Retro-aktif Dalam Hukum Pidana Indonesia*, http://www.unsoed.ac.id/newcmsfak/UserFiles/File/HUKUM/problem_retroaktif.htm, diunduh pada tanggal 26 Oktober 2010.

Ketentuan dalam Pasal 46 UU No. 15 Tahun 2003 menyatakan bahwa:

“Ketentuan dalam Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang ini dapat diperlakukan surut untuk tindakan hukum bagi kasus tertentu sebelum mulai berlakunya Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang ini, yang penerapannya ditetapkan dengan Undang-undang atau Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang tersendiri”

Ketentuan ini merupakan dasar dikeluarkannya Perpu No. 2 Tahun 2002 yang mengandung asas retroaktif. Akan tetapi dari kata-kata *“...dapat diperlakukan surut untuk tindakan hukum bagi kasus tertentu sebelum berlakunya perpu ini, ...”* mengandung indikasi bahwa selain Perpu No. 2 Tahun 2002 terbuka kemungkinan untuk memberlakukan surut terhadap tindak pidana terorisme selain peristiwa Bom Bali 12 Oktober 2002. Perpu No. 1 Tahun 2002/ UU No. 15 Tahun 2003 dan Perpu No. 2 Tahun 2002/ UU No. 16 Tahun 2003 telah dijadikan dasar untuk menjatuhkan pidana mati bagi pelaku peledakan Bom Bali I, yaitu Amrozi, Ali Imron dan Imam Samudera. Dalam perkembangannya, eksistensi Perpu No. 1 Tahun 2002/ UU No. 16 Tahun 2003 telah diajukan uji materiil oleh **Masykur Abdul Kadir** pada Mahkamah Konstitusi. Meskipun yang diajukan uji materiil hanya Perpu No. 1 Tahun 2002/ UU No. 16 Tahun 2003 akan tetapi keputusan yang diambil oleh Mahkamah Konstitusi akan berdampak pada ketentuan Pasal 46 Perpu No. 1 Tahun 2002/ UU No. 15 Tahun 2003. Dari uraian diatas, dapat kita lihat penyimpangan-penyimpangan terhadap pelarangan asas retroaktif dalam ketentuan hukum di Indonesia. Alasan dari penerapan asas retroaktif tersebut juga berbeda, mulai dari alasan politis yang terdapat dalam retroaktif dalam UU HAM dan pengadilan HAM , yakni upaya untuk menghindari penerapan asas komplementaris dalam ketentuan *International Crime Court* (ICC). Asas ini menegaskan bahwa jika lembaga hukum atau peradilan nasional tidak dapat bertindak dan/ atau tidak mau bertindak, maka perkara pelanggaran HAM berat itu akan diambil alih oleh ICC. Tentu ketentuan ini amat berbahaya mengingat sebagian besar pelanggar HAM berat di Indonesia pada masa lalu adalah pemerintah sehingga “sebisanya” mungkin diadili di dalam negeri.⁵⁷ Kemudian untuk tindak

⁵⁷ *Ibid.*

pidana terorisme, dikemukakan alasan seperti asas superioritas keadilan yang dapat mengesampingkan asas non retroaktif, argumen hukum internasional dapat mengesampingkan hukum domestik dan sebagainya. Walaupun pada saat itu, terhadap pelaku terror bisa saja dituntut dengan memakai perangkat hukum KUHP tentang pembunuhan berencana (vide Pasal 340).

Disamping dari berbagai argument tentang penerapan hukum pidana secara retroaktif, ternyata ada yang beranggapan bahwa asas retroaktif dapat memenuhi tuntutan moral pembalasan masyarakat (*society retribution*) terhadap pelaku kejahatan⁵⁸, yang esensinya adalah menciptakan keadilan bagi masyarakat (*society justice*). Dalam hal ini **Utrecht** memandang asas legalitas kurang melindungi kepentingan-kepentingan kolektif⁵⁹ dari masyarakat yang lebih besar. Lebih lanjut **Nyoman Putra Jaya** mengatakan:⁶⁰

“Asas legalitas yang hanya memberikan perlindungan individu dari kesewenang-wenangan penguasa demi kepastian hukum dan tidak atau kurang memberikan perlindungan kepada perlindungan kolektif serta korban kolektif. Ini berarti asas legalitas kurang memperhatikan akses keadilan untuk semua (access to justice for all) Dengan demikian pemberlakuan hukum pidana secara “retroaktif” yang didasarkan pada prinsip keadilan untuk semua dalam artian keadilan untuk pelaku dan korban menjadi penyeimbang asas keadilan yang hannya mengejar “kepastian hukum” dan asas keadilan.”

Dalam mengkaji sebuah putusan pengadilan, amatlah penting untuk menganalisis pertimbangan hakim dalam membuat putusan tersebut. Hal demikian dalam konstruksi sebuah putusan dinamakan *ratio dedicensi* sebagaimana diartikan oleh **Yahya Harahap** sebagai *the ground or reason of decision, or the point in a case which determinisme the judgement* (dasar atau alasan, atau juga poin dalam suatu kasus yang mempengaruhi hakim dalam mengambil keputusan).⁶¹ Dapat dikatakan *Ratio dedicensi* mengikat secara hukum selain amar putusan, dan oleh sebab itu kedudukannya tidak terpisahkan dalam suatu putusan. Konsekuensi logis dari cari berfikir ini, pertimbangan dan amar putusan tersebut merupakan bagian dari aktualisasi kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk mengawal

⁵⁸ Nyoman Serikat Putra Jaya, *op. cit.*, hal. 35.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*, h. 36.

⁶¹ Febri Diansyah, *op. cit.*, h. 34.

UU 1945.⁶² Dalam mengkaji nilai-nilai progresifitas Putusan MK Nomor 069/PUU-II/2004 tentang pengujian Pasal 68 UU No. 30 Tahun 2002 tentang KPK, maka terlebih dahulu harus mencermati *ratio deducendi* atau dalam hal ini pertimbangan mahkamah dalam membuat putusan. Kemudian dari telaah awal tersebut dihubungkan dengan konsep berfikir progresif dalam hukum. Dengan demikian, akan didapat kesimpulan yang menyatakan putusan mahkamah tersebut memiliki nilai-nilai progresif atau malah sebaliknya berkarakter regresif.

Adapun kesimpulan dari Putusan Nomor 069/PUU-II/2004, menyatakan permohonan tidak dapat diterima karena pemohon tidak memiliki kedudukan hukum atau (*legal standing*) dalam perkara tersebut (lihat halaman 67 putusan *a quo*). Hal ini disebabkan karena tidak terdapat korelasi linear antara tindakan Komisi Pemberantasan Korupsi (berdasarkan Pasal 6 huruf c Undang-undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi) dengan konteks pengambilalihan (Pasal 68 Undang-undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi) sebagaimana permohonan pemohon.⁶³ Mahkamah berpendapat setelah melihat fakta hukum, bahwa pemohon belum pernah diperiksa baik oleh pihak Kepolisian, maupun Kejaksaan tersebut, padahal pemeriksaan oleh Kepolisian atau Kejaksaan itu merupakan syarat yang harus dipenuhi agar KPK dapat menggunakan Pasal 68 undang-undang *a quo*. Jadi, terhadap pemohon tidak ada hak konstiusionalnya yang dirugikan oleh berlakunya Pasal 68 UU tersebut. Hal ini menurut Ahli Prof. Dr. Komariah Emong Sapardjaja Pasal 68 undang-undang *a quo* adalah bersifat hukum administratif sebagai peraturan peralihan.⁶⁴ Namun demikian, mahkamah tetap memberikan penafsiran terhadap konstruksi makna retroaktif dalam ketentuan UU No. 30 Tahun 2002 tersebut yang potensial menjadi polemik dikemudian hari. Adapun beberapa pasal dari ketentuan retroaktif tersebut yang ditafsirkan secara sistematis oleh mahkamah adalah sebagai berikut:

⁶² *Ibid.*

⁶³ Putusan MKRI No. Nomor 069/PUU-II/2004, h. 26.

⁶⁴ Putusan MKRI Nomor 069/PUU-II/2004, Sekretariat Jenderal MKRI, Jakarta, hal. 69.

NO.	Pasal	Hasil Penafsiran	Jenis Penafsiran
1	Pasal 72: “Undang-undang ini mulai berlaku pada tanggal diundangkan”	Jelas bahwa Undang-undang KPK berlaku ke depan (<i>prospective</i>), Dengan demikian	<i>argumentum a contrario</i> / kontekstual
		undang-undang ini tidak berlaku terhadap peristiwa pidana yang <i>tempus delicti</i> -nya terjadi sebelum undang-undang <i>a quo</i> diundangkan;	
2.	Pasal 70 : “Komisi Pemberantasan Korupsi melaksanakan tugas dan wewenangnya paling lambat 1 (satu) tahun setelah undang-undang ini diundangkan”	Undang-undang <i>a quo</i> diundangkan pada tanggal 27 Desember 2002, dan sekaligus berarti saat itu pulalah KPK melaksanakan tugas dan wewenangnya;	Tekstual/ Gramatikal
3.	Pasal 68: “Semua tindakan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan tidak pidana korupsi yang proses hukumnya belum selesai pada saat terbentuknya Komisi Pemberantasan Korupsi, dapat diambil alih oleh Komisi Pemberantasan Korupsi berdasarkan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9”	Kewenangan yang dimiliki oleh KPK berdasarkan Pasal 68 undang-undang <i>a quo</i> , adalah untuk kewenangan untuk meneruskan proses yang sebelumnya telah ada untuk melanjutkan proses tersebut.	Tekstual/ Gramatikal
4.	Pasal 70 dihubungkan dengan Pasal 68	kewenangan KPK untuk mengambil alih penanganan perkara korupsi atas dasar Pasal 68 baru dapat dilakukan setelah Pasal 70 berlaku efektif.	Tekstual/ gramatikal

5.	Pasal 72 dihubungkan dengan pasal 68.	Pengambilalihan yang dilakukan berdasarkan Pasal 68 adalah <u>tidak mengubah</u> sangkaan atau tuduhan atau tuntutan, yang secara	Teleologis/ sosiologis
		logis berarti tidak pula mengubah atau menambah pidana atau hukuman terhadap perbuatan yang penanganannya diambilalih oleh KPK tersebut;	

Sumber: diolah dari Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 069/PUU-II/2004

Dari tabel dapat dilihat terhadap beberapa tafsiran mahkamah tentang pasal-pasal yang memuat norma yang kabur (*vege normen*) yang “dianggap” menjadi titik persoalan timbulnya ketidakpastian hukum yang meyebabkan kerugian konstitusional dari pemohon. Tafsiran MK terlihat cenderung memaknai pasal-pasal tersebut secara tekstual atau gramatikal, tidak jauh menyentuh tujuan apa yang hendak dicapai dari peraturan perundang-undangan tersebut. Padahal peraturan tertulis hanyalah bersifat mengingatkan kita bahwa dalam masyarakat itu harus ada keadilan.⁶⁵ Keadilan yang dimaksud adalah bagaimana melindungi negara (preventif) dan mengembalikan kerugian Negara (represif) dari praktek-praktek koruptif. Maka dari itu MK seharusnya tidak hanya melakuakn penafsiran tentang teks-teks yang ada dalam UU KPK yang disinyalir menimbulkan *vege normen*, melainkan jauh dari pada itu menerobos kepada kebutuhan yang sebenarnya, yakni polemik pemberlakuan asas retroaktif dalam hukum pidana. Maka dari itu, penting menjadi catatan bagi kita terhadap hasil dari penafsiran MK tersebut bahwa, apa yang disampaikan oleh Rammelink jika diurutkan berdasarkan prioritas interpretasi, maka interpretasi teleologis mendapat urutan pertama, kemudian disusul oleh

⁶⁵ Satjipto Rahardjo, *op. cit.*, hal. 118.

interpretasi historis, lalu interpretasi gramatikal baru kemudian terakhir interpretasi sistematis.⁶⁶

MK seharusnya tidak terfokus pada penilaian UU *a quo* yang pada dasarnya hanya memberikan arahan bagi penegak hukum tindak pidana korupsi yang dalam hal ini adalah KPK. Jika hal ini diperhatikan oleh MK, maka pekerjaan penafsiran seharusnya bukan semata-mata membaca peraturan, melainkan membaca kenyataan atau apa yang terjadi di tengah masyarakat, maka dengan demikian akan timbul inovasi, kreatifitas, dan progresifisme.⁶⁷ Kemunduran ini sudah terlihat saat ada semangat komprehensif atas pemberantasan terorisme di Indonesia. Mahkamah Konstitusi memberi wacana eksistensinya melalui putusan MK Nomor 013/PUU-I/2003 yang **mencabut prinsip retroaktif** terhadap Undang-Undang (UU) Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme. Bahkan tegas dikatakan, perundang-undangan pidana, baik dalam **konteks hukum pidana formal maupun material**, tidak membenarkan untuk diberlakukan surut atau *ex post facto law*. *Prinsip ex post facto law* inilah sebagai bentuk justifikasi bahwa pada dasarnya hukum harus berlaku ke depan atau prospective law (hukum hanya mengikat untuk masa depan).⁶⁸

Persoalan ini disadari oleh **Romli Atmasasmita** yang menyebut beberapa sikap hukum pidana, termasuk asas-asas hukum dan norma-norma serta lembaga-lembaga pranata yang mendukungnya masih bersifat konservatif. Sikap konservatif ini terlihat dari masih dipertahankannya tanpa kecuali asas legalitas, asas *ne bis in idem*, asas kesalahan dan **asas non retroaktif**.⁶⁹ Terhadap asas yang disebutkan terakhir, sebagian besar bertujuan demi kepastian hukum. Padahal seharusnya hakim bertugas menggali nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat sehingga dapat menyelami perasaan hukum dan rasa keadilan masyarakat, sehingga dalam menghadapi suatu perkara atau suatu kasus yang masuk pada ketentuan undang-undang tersebut dan ternyata tidak sejalan dengan nilai-nilai kebenaran, keadilan, maupun moralitas dan etika, maka hakim dapat mengenyampingkan ketentuan dalam undang-undang

⁶⁶ Eddy O. S. Hiareij, *op. cit.*, hal. 69.

⁶⁷ *Ibid.*, hal. 127.

⁶⁸ Indriyanto Seno Adji, Asas Retroaktif: Nonpersuasi terhadap Korupsi, *KOMPAS*, 5 Maret 2005.

⁶⁹ Agus Raharjo, *loc. cit.*

tersebut. Putusan hakim dikatakan progresif apabila hakim dalam putusan yang akan dijatuhkannya keluar dari tawaran undang-undang atau melakukan tindakan *contra legem*.⁷⁰ Oleh karena itu hakim **Bismar Siregar** yang selalu memutus berdasar hati-nurani terlebih dahulu dan baru kemudian dicarikan peraturannya, oleh karena hakim harus memutus berdasarkan hukum.⁷¹

Mahkamah tidak menjelaskan alasan hukum (*raison d'etre*) secara progresif dari pasal 68 yang dinilai tidak mengandung prinsip yang berlaku surut, walaupun KPK dapat mengambil alih penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan terhadap tindak pidana yang dilakukan sebelum diundangkannya Undang-undang KPK (vide halaman 73 Putsan MK). Hal ini tentu akan masih menimbulkan perdebatan terhadap penerapan ketentuan hukum yang berlaku surut dikemudian hari.⁷² Padahal jika merujuk kepada metode penemuan hukum yang sesuai dengan karakteristik penemuan hukum yang progresif adalah yang bersifat visioner dan berani dalam melakukan suatu terobosan (*rule breaking*), tetapi tetap berpedoman kepada kebenaran dan keadilan serta memihak dan peka pada nasib dan keadaan bangsa dan negaranya (garis bawah oleh penulis).⁷³ Perlu dipertimbangkan sekiranya tawaran yang diajukan oleh **Pontier** tentang interpretasi **evolufif-dinamik** yang dekat hubungannya dengan **interpretasi futuristic**. Disebut evolusi-dinamis karena jenis interpretasi ini dilakuakn oleh hakim atas dasar perkembangan hukum yang terjadi setelah kemunculan

⁷⁰ Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hal. 136.

⁷¹ Satjipto Rahardjo, *op. cit.*, hal. 10.

⁷² Kita bisa menyebutnya dengan peristilahan "de Javu" dalam praktek uji konstiusionalitas suatu produk hukum. Karena sebelumnya telah dijumpai polemik terhadap pemberlakuan hukum yang retriaktif dalam uji materil UU Tindak pidana terorisme. Dimana dalam amarnya Mahakah menyatakan penerapan asas retroaktif bertentanan dengan kepastian hukum yang dijamin dalam konstitusi baik itu dalam ketentuan materil maupun formil. Lihat dalam Indriyanto Seno Adji, Asas Retroaktif: Nonpersuasi terhadap Korupsi, *KOMPAS*, 5 Maret 2005. Namun, kejadian timbul lagi dan menyeruak kehadiran publik berkenaan dengan prinsip retroaktif yang dianggap konvensional dalam perkembangan hukum pidana tersebut. Adalah dalam uji materil UU KPK, yang diklaim oleh pemohon telah menimbulkan ketidakpastian hukum karena melanggar prinsip legalitas. Situasinya semakin menjadi rumit dikarenakan pusat persoalan bersifat *latent*. Jadi perlu ada keberanian untuk melakukan upaya yang bersifat progresif kalau perlu menyimpang dari atran formil yang ada (*contra legem*) yang pertimbangannya diarahkan kepada sisi perlindungan masyarakat. Hal ini sesuai dengan titah hukum progresif yakni "Hukum untuk masyarakat dan bukan sebaliknya".

⁷³ Ahmad Rifai, *op. cit.*, hal. 137.

atau pemberlakuan aturan-aturan hukum tertentu yang terjadi ditengah pergaulan masyarakat dicerminkan dari moralitas atau dari perundang-undangan lainnya dalam hukum.⁷⁴ Jika dibawakan dalam situasi yang problematik ini, maka menurut **van der Ven** hanya dengan melepaskan diri dari logikalah, kita dapat mendayagunakan secara penuh ketentuan perundang-undangan yang sangat formil mekanistik untuk kepentingan manusia serta penataan lalu lintas pergaulan.⁷⁵ Maka dari itu sedari awal, harus disadari bahwa pandangan hukum progresif terhadap teks hukum adalah rumusan yang merupakan suatu konseptualisasi dari sesuatu yang ada dan terjadi di alam (masyarakat – penulis).⁷⁶

Jadi tidak begitu terlihat nilai-nilai progresifitas dari putusan ini, karena, walaupun pada akhirnya KPK tetap bisa melakukan penegakan hukum kasus-kasus korupsi yang terjadi sebelum UU KPK dibentuk, yang menegaskan adanya marwah konstitusionalisme terhadap perlindungan warga negara dari perilaku korupstif, namun permohonan yang ditolak oleh Mahkamah tidak karena uji konstitusionalitas dari pasal yang dimohonkan, melainkan karena pemohon tidak mempunyai *legal standing* dalam mengajukan permohonan. Hal ini sepenuhnya karena pemohon tidak cermat dalam mengambil dalil dari kerugian konstitusional dari UU *a quo*. Terhadap proses hukum yang berlaku surut sebetulnya sudah terdapat putusan Mahkamah Konstitusi yang “mengharamkannya” baik yang terdapat dalam hukum materil maupun formil, yakni ketika uji konstitusionalitas UU Tindak Pidana Terorisme. Pertanyaan yang harus dijawab oleh MK kedepan adalah apakah keadilan masyarakat (*social justice*) akan terwujud dengan membiarkan konstruksi asas non-retroaktif yang sudah semakin mapan “bercokol” didalam konstitusi Republik ini? Atau pilihan MK bisa bertindak Progresif dengan melakukan perubahan (*rule breaking*) UUD melalui tafsir konstitusi sebagaimana yang diperbolehkan oleh **K.C. Where**. Semuanya itu harus dikembalikan kepada tujuan hukum pidana moderen yakni perlindungan masyarakat dari korban kejahatan.

⁷⁴ Eddy O. S. Hiareij, *op. cit.*, h. 68.

⁷⁵ *Ibid.*, hal. 58.

⁷⁶ Satjipto Rahardjo, *op. cit.*, hal. 120.

4. Putusan Nomor 138/PUU-VII/2009 (Perppu KPK)

Peraturan pemerintah pengganti undang-undang (Perppu)⁷⁷ adalah peraturan perundang-undangan yang ditetapkan oleh Presiden dalam hal ikhwal kegentingan yang memaksa. Ketentuan mengenai hal itu diatur dalam Pasal 22 UUD Negara RI Tahun 1945. Ketentuan Pasal 22 UUD 1945 merupakan salah satu aturan konstitusi yang tidak mengalami amandemen dalam empat kali perubahan UUD 1945.⁷⁸ Setelah ditetapkan oleh Presiden, Perppu harus diajukan ke Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) dalam masa persidangan berikutnya. Pengajuan tersebut dilakukan dalam bentuk Rancangan Undang-Undang (RUU) tentang penetapan Perppu menjadi Undang-undang. Apabila Perppu ditolak maka Perppu tersebut harus dicabut.⁷⁹ Dalam hal Perppu ditolak DPR, maka Presiden mengajukan RUU tentang pencabutan Perppu yang sekaligus mengatur segala akibat dari penolakan itu.⁸⁰

UUD 1945 membedakan secara tegas antara Undang-undang dengan Perppu. Akan tetapi, sebagaimana disebutkan dalam Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang (UU P3) bahwa dalam tata urutan peraturan perundang-undangan di Indonesia kedudukan Perppu diletakan bersamaan dengan undang-undang yaitu di bawah UUD 1945. Bahkan, secara eksplisit disebutkan pada Pasal 9 UU P3 bahwa materi muatan Perppu adalah sama dengan materi muatan undang-undang.⁸¹ Namun demikian, klausula "*hal ikhwal kegentingan yang memaksa*" merupakan subyektifitas Presiden sebagaimana ditentukan dalam penjelasan Pasal 22 UUD 1945, sedangkan kriteria obyektifitas yang diletakan secara politis pada DPR masih diperdebatkan baik secara akademik maupun politik ketatanegaraan.⁸² Mengenai Kedudukan Perppu dalam tata urutan peraturan perundang-undangan di Indonesia, sebenarnya sudah

⁷⁷ Yuliani, *Asas-Asas Pembentukan Peraturan Perundang-Undang Yang Baik*, (Jakarta: PT.Raja Grafindo Persada, 2009), hal.53.

⁷⁸ Lihat Pasal 22 UUD Negara RI Tahun 1945

⁷⁹ *Ibid*

⁸⁰ H.A.S. Natabaya, *Sistem Peraturan Perundang-Undang di Indonesia*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MKRI, 2006), hal. 80.

⁸¹ Lihat Pasal 9 Undang-Undang No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang

⁸² *op cit*, hal.80.

diperdebatkan sejak dahulu. Hal tersebut terlihat pada hierarki peraturan perundang-undangan yang pernah berlaku di Indonesia dari tahun 1966, tahun 2000, dan terakhir 2004 yang mempunyai versi sendiri-sendiri mengenai kedudukan Perppu. Kedudukan Perppu dalam peraturan perundang-undangan tersebut ada yang disetarakan dengan undang-undang atau berada di bawah undang-undang. Perubahan UUD 1945 secara berturut-turut pada tahun 1999, 2000, 2001, dan 2002 dengan menggunakan naskah yang berlaku mulai tanggal 5 Juli 1959 sebagai standar perubahan, masa perubahan ini disebut Jimly Asshidiqie dengan periode konstitusi transisional (*transitional constitutional period*).⁸³ Perubahan tersebut telah membawa perbaikan bagi sistem ketatanegaraan Indonesia. perubahan yang paling terlihat semakin baik adalah munculnya *checks and balances* yang lebih proporsional di dalam sistem ketatanegaraan Indonesia.⁸⁴ Adanya *checks and balances* yang lebih proporsional mencerminkan kemajuan yang sangat besar bagi demokrasi Indonesia.⁸⁵

Salah satu hal dalam sistem ketatanegaraan Indonesia yang berubah dan mencerminkan prinsip *checks and balances* adalah pengujian terhadap peraturan perundang-undangan. Pada era orde baru banyak produk peraturan perundang-undangan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, tetapi tidak ada lembaga pengujian yang dapat dioperasionalkan. Sekarang untuk melakukan pengujian peraturan perundang-undangan terhadap UUD telah diberikan kewenangannya kepada lembaga *judicial*, yaitu Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi. Kehadiran kedua lembaga tersebut merupakan wujud *checks and balances* dalam sistem ketatanegaraan Indonesia sehingga legislatif tidak bisa lagi membuat undang-undang yang tidak responsif. Bahkan transaksi politik tertentu dapat dicegah karena produk legislasi sekarang sudah dapat diimbangi (*balancing*) oleh lembaga yudisial.⁸⁶ Selanjutnya Jimly Asshidiqie

⁸³ Jimly Assyiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, (Jakarta: PT.Bhuana Ilmu Populer, 2007), hal.73-74.

⁸⁴ Mahfud MD, *Konstitusi Dan Hukum Dalam Kontroversi Isu*, (Jakarta: Rajawali Perss, 2009), hal. 144.

⁸⁵ *Ibid*

⁸⁶ *Ibid*, hal. 145.

menyatakan pengujian peraturan perundang-undangan dari segi subjeknya terdiri atas:⁸⁷

- i. Pengujian oleh lembaga eksekutif yang dapat disebut *executive review*;
- ii. Pengujian oleh lembaga legislatif dapat disebut *legislative review*; dan
- iii. Pengujian oleh lembaga peradilan disebut *judicial review*.

Pengujian peraturan perundang-undangan di Indonesia dilakukan oleh dua lembaga peradilan yang mempunyai kewenangan yang berbeda, Mahkamah Konstitusi mempunyai kewenangan mengadili tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap UUD 1945,⁸⁸ sedangkan Mahkamah Agung berwenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang.⁸⁹ Kewenangan kedua lembaga judicial ini dapat dilakukan melalui pengujian formal dan materil. Pada akhir tahun 2009 Mahkamah Konstitusi membuka pendaftaran uji materil terhadap Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 4 tahun 2009. Hal ini dinilai sangat kontroversial, sebab secara formal baik UUD 1945, Undang-Undang Nomor 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman⁹⁰ dan Undang-Undang 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, tidak menyebutkan pengujian Perppu sebagai salah satu kewenangan Mahkamah Konstitusi (MK). Namun, MK menafsirkan dalam putusan Nomor 138/PUU-VII/2009 pada tanggal 8 Februari 2010 tentang Pengujian Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (KPK) terhadap UUD Negara RI 1945.⁹¹ Walaupun permohonan pemohon ditolak namun dalam pertimbangan hukumnya Mahkamah Konstitusi menyatakan berwenang melakukan judicial review terhadap Perppu.

Pemohon adalah 13 (tiga belas) orang advokat, diantaranya Saor Siagian, Mangapul Silalahi, Daniel Tonapa Masiku, dan lain-lain.

⁸⁷ Jimly Assyiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, (Jakarta:PT. Bhuana Ilmu Populer, 2007, hal. 590.

⁸⁸ Baca Pasal 24C ayat (1) UUD Negara RI 1945

⁸⁹ Baca Pasal 24A ayat (1) UUD Negara RI 1945

⁹⁰ Undang-undang ini telah diganti dengan Undang-undang Nomor 48 tahun 2009

⁹¹ Putusan Mahkamah konstitusi Nomor 138/PUU-VII/2009

Pemohon mengajukan Permohonan Pengujian Peraturan Pemerintah Pengganti (PerppU) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Dalam Positanya Pemohon memohonkan pengujian Perppu Nomor 4/2009 terhadap Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Dalam Pasal 1 Perppu 4/2009, Presiden Republik Indonesia sebagai pihak yang mengeluarkan peraturan tersebut menyatakan: *"Ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, diubah dengan menambahkan 2 (dua) pasal diantara Pasal 33 dan Pasal 34 yakni Pasal 33A dan Pasal 33B.*

Pasal 33A berbunyi sebagai berikut:

- (1) Dalam hal terjadinya kekosongan keanggotaan Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi yang menyebabkan Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi berjumlah kurang dari 3 (tiga) orang, Presiden mengangkat anggota sementara Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi sejumlah jabatan yang kosong;
- (2) Anggota sementara Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) mempunyai tugas, wewenang, kewajiban, dan hak yang sama dengan Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi;
- (3) Calon anggota sementara Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi harus memenuhi persyaratan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 29;
- (4) Pengangkatan dan pemberhentian anggota sementara Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi ditetapkan oleh Presiden;
- (5) Dalam hal kekosongan keanggotaan Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi menyangkut Ketua, maka Ketua dipilih dari dan oleh anggota Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi;
- (6) Ketua dan Wakil Ketua Komisi Pemberantasan Korupsi ditetapkan dengan Keputusan Presiden;
- (7) Sebelum memangku jabatan, Ketua dan Wakil Ketua Komisi Pemberantasan Korupsi yang baru wajib mengucapkan Sumpah/ janji sebagaimana dimaksud dalam Pasal 35";

Pasal 33B berbunyi sebagai berikut:

"Masa jabatan anggota sementara Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 33A ayat (1) berakhir saat:

- a. anggota Pimpinan Pemberantasan Korupsi yang digantikan karena diberhentikan sementara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 32 ayat (2) diaktifkan kembali karena pemberhentian sementara tidak berlanjut menjadi pemberhentian tetap; atau
- b. pengucapan sumpah/janji anggota Pimpinan Pemberantasan Korupsi yang baru setelah dipilih melalui proses sebagaimana dimaksud dalam Pasal 33 ayat (2);

Syarat kehadiran Perppu tersebut ditentukan secara subjektif dalam Pasal 22 ayat (1) UUD 1945 menyebutkan, *“Dalam hal ihwal kegentingan yang memaksa, Presiden berhak menetapkan peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang.”* Sebelum terjadinya perubahan UUD 1945 terdapat penjelasan Pasal 22 UUD 1945 yang menyatakan, *“Pasal ini mengenai noodverordeningsrecht Presiden. Aturan sebagai ini memang perlu diadakan agar supaya keselamatan negara dapat dijamin oleh pemerintah dalam keadaan yang genting, yang memaksa pemerintah untuk bertindak lekas dan tepat.”* Pemohon menyatakan dalam permohonannya bahwa penerbitan Perpu 4/2009 dilakukan secara sewenang-wenang oleh Presiden yang membuat Presiden mencampuri independensi komisi negara yang diatur oleh Undang-Undang sehingga sangat merugikan hak konstitusional para Pemohon. Seharusnya Presiden tidak mencampuri dan atau melakukan intervensi terhadap KPK dengan kewenangan subjektif sebagai kepala negara dan kepala pemerintahan.

Langkah Mahkamah Konstitusi untuk menguji Perppu mendapat dukungan dari masyarakat namun tidak sedikit pula yang mempertanyakan langkah Mahkamah Konstitusi ini konstitusional atau tidak. UUD 1945 tidak menyebutkan bahwa MK mempunyai kewenangan melakukan pengujian (*judicial review*) Perppu terhadap UUD. Bahkan UUD 1945 menyebutkan bahwa Perppu yang dibuat oleh Presiden harus diajukan dalam masa sidang DPR berikutnya untuk dinilai apakah dapat dijadikan undang-undang atau tidak, artinya UUD hanya memberikan ruang dilakukannya *legislative review*⁹² terhadap Perppu tersebut oleh DPR.⁹³ Pertimbangan Mahkamah Konstitusi melakukan pengujian terhadap Perppu Nomor 4 Tahun 2009 adalah bahwa menurut MK kedudukan Perppu sejajar dengan undang-undang berdasarkan Pasal 7 ayat

⁹² Mahfud MD, *op cit*, hal.64.

⁹³ Lihat Pasal 22 UUD Negara RI Tahun 1945

(1) UU P3, Perppu diatur dalam bab tentang DPR yang memegang kekuasaan untuk membentuk undang-undang, maka materinya yang menurut UUD 1945 diatur dengan undang-undang, bukan materi yang melaksanakan undang-undang (mis. Peraturan Pemerintah) ataupun materi UUD 1945.⁹⁴ Sehingga terhadap langkah progresif MK ini diperlukan penelitian secara mendalam agar diketahui apakah tindakan MK melakukan *judicial review* terhadap Perppu adalah konstitusional atau tidak.

Kedudukan *judicial review* dalam suatu negara adalah penting untuk menjamin konsistensi peraturan perundang-undangan dengan konstitusi. Lebih-lebih jika diingat bahwa arti konstitusi itu secara luas mencakup semua peraturan tentang organisasi penyelenggaraan negara yang bisa berupa konstitusi tertulis yang terbagi menjadi dua jenis, yaitu dalam dokumen khusus (UUD) atau dalam dokumen yang tersebar (peraturan perundang-undangan lain) atau berupa konstitusi tak tertulis.⁹⁵ Untuk itu sesuai dengan perkembangan ketatanegaraan dan berdasarkan atas permasalahan hukum yang terdapat pada peraturan perundang-undangan, perlu ada peraturan yang mengatur tentang hak menguji (*toetsingsrecht*). Dalam terminologi konstitusionalisme, secara simple *judicial review* dapat diterjemahkan sebagai konsep yang memiliki kaitan erat pada konstitusi sebagai perangkat nilai serta aturan tertinggi dan dalam penjagaan perangkat nilai tertinggi⁹⁶ dalam hal ini adalah UUD 1945. Pengujian norma secara abstrak pada dasarnya adalah mekanisme preventif bagi masa depan produk legislasi yang diprediksi tidak konstitusional. Dikatakan demikian karena pengujian norma abstrak (*abstract norm control*) adalah objek pengujian yang terfokus kepada persoalan-persoalan bersifat umum. Karena objek pengujian ditujukan kepada suatu norma yang masih bersifat umum, atau hal lain setara dengan rancangan undang-undang yang belum disahkan menjadi undang-undang oleh parlemen, dan/atau sudah disetujui tetapi belum diberlakukan. Melalui sistem pengendalian norma secara abstrak ini, pengujian dapat diarahkan kepada seluruh pasal-pasal dan ayat yang terdapat dalam suatu undang-undang.⁹⁷

⁹⁴ Putusan Mahkamah konstitusi Nomor 138/PUU-VII/2009

⁹⁵ Mahfud MD, *op cit*, hal. 257.

⁹⁶ Saldi, Isra, *Pergeseran Fungsi Legislasi*, (Jakarta: Rajawali Press, 2009), hal. 293.

⁹⁷ Ahmad Syahrizal, *Peradilan Konstitusi, Suatu Studi tentang Adjudikasi Konstitusional Sebagai*

Pengujian norma abstrak terfokus pada kadar konstitusionalitas produk hukum (undang-undang) secara umum. Dalam tahap ini hakim dapat melakukan penafsiran secara luas (*broad interpretation*) terhadap seluruh pasal maupun ayat yang terkandung dalam suatu undang-undang.⁹⁸

Dalam pelaksanaannya *judicial review*, dapat dikelompokkan menjadi 2 (dua) sistem, yaitu terpusat atau tersebar. Ada negara yang menganut sistem yang terpusat (*centralised system*) yaitu pada Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, atau lembaga lain yang bersifat khusus. Ada pula negara yang menganut sistem tersebar atau tidak terpusat (*decentralised system*) sehingga setiap badan peradilan dapat melakukan pengujian atas peraturan perundang-undangan.⁹⁹ Sistem pengujian peraturan perundang-undangan di Indonesia berjenis sentralisasi atau terpusat, yang dilakukan oleh dua lembaga judicial, yaitu Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi. Terkait dengan kewenangan untuk melakukan *judicial review*, disebutkan bahwa Mahkamah Konstitusi mempunyai kewenangan menguji undang-undang terhadap UUD 1945, Sedangkan pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang dilakukan oleh Mahkamah Agung. Pengujian oleh lembaga yudisial merupakan suatu instrumen pengawasan terhadap penerapan Pancasila di dalam peraturan perundang-undangan, tidak bertentangan dengan UUD dan falsafah bangsa. **Mahfud MD** mengatakan, pengujian peraturan perundang-undangan oleh lembaga yudisial haruslah didasarkan pada konsistensi isi peraturan perundang-undangan yang lebih rendah terhadap peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi sesuai dengan hirarkinya masing-masing.¹⁰⁰

Menurut Hans Kelsen *judicial review* merupakan sebuah kekuatan untuk mengontrol legislasi (*an institution with power to control or regulate legislation*). Dengan kekuatan itu undang-undang yang berasal dari proses politik dapat dinilai atau diuji konstitusionalitasnya. Karena alasan itu peradilan berwenang

Mekanisme Penyelesaian Sengketa Normatif, (Jakarta: Pradnya Paramita) hal. 88.

⁹⁸ *Ibid* hal. 89

⁹⁹ Jimly Assyidiqie, *Perihal Undang-Undang*, Kepaniteraan MKRI, 2006, hal. 7.

¹⁰⁰ Moh Mahfud, MD, *Konstitusi Dan Hukum Dalam Kontroversi Isu*, (Jakarta: Rajawali Press, 2009) hal. 65.

membatalkan suatu undang-undang atau menyatakan suatu undang-undang tidak mengikat secara hukum. Dalam menjalankan fungsi ini pemegang kekuasaan kehakiman bertindak sebagai *negative legislator*.¹⁰¹ Dengan demikian menurut Hans Kelsen menempatkan parlemen sebagai *positive legislature* yang diperankan parlemen, sedangkan model legislatif negatif (*negative legislature*) diperankan oleh (*constitucional court*). Masih merujuk pada pandangan **Hans Kelsen, H.M Laica Marzuki** menegaskan tatkala *constitucional court* adalah negative legislator maka parlemen yang membuat undang-undang disebut positive legislature. Dalam pengertian itu tidak hanya legislative yang mempunyai fungsi legislator namun juga *consttucional court*. Dalam kerangka teoritik negative legislature merupakan kontrol terhadap proses legislasi sehingga dapat mencegah lahirnya produk legislasi yang *oppressive* atau *despotic*. Dengan memegang pandangan di atas maka kehadiran Perppu sebagai sebuah produk legislasi Presiden sudah sepatutnya ia diperlakukan sebagai bagian dari produk legisilasi lainnya dimana dimungkinkan untuk dilakukan pengujian (*judicial review*). Mengingat karakter norma abstrak Perppu sama dengan undang-undang sebagaimana yang dikatakan oleh **Maria Farida** bahwa derajat materi muatan Perppu dipersamakan dengan Undang-undang.¹⁰² Bahkan **Jimly Asshidiqie** mengungkapkan bahwa pada dasarnya Perppu itu sederajat dengan atau memiliki kekuatan yang sama dengan undang-undang.¹⁰³

Bukti lain yang mempersamakan derajat Perppu dengan UU adalah ketentuan TAP MPR Nomor III/MPR/2000 yang menempatkan Perppu di bawah undang-undang yang dianggap sebagai sebuah kekeliruan yang cukup fatal. Hal ini didasarkan pada pasal 22 UUD 1945 yang menyatakan Perppu mempunyai kedudukan yang sama dengan undang-undang (dalam penamaan disebutkan pengganti yang bermakna sama) yang ditetapkan dalam hal ikhwal kepentingan memaksa.¹⁰⁴ Kekeliruan ini kemudian diperbaiki melalui Undang-undnag Nomor 10 tahun 2004 yang

¹⁰¹ Saldi Isra, Purifikasi Proses Legisilasi Melalui Pengujian Undang-undang, Jurnal Legisilasi Indonesia, Vol. 7 No. 1 – Maret 2010, hal. 123

¹⁰² Maria Farida, *Ilmu Perundang-undangan 1*, (Yogyakarta: Kanisius, 2007), hal. 192.

¹⁰³ Jimly Asshidiqie, *op.cit.* h. 86.

¹⁰⁴ Yuliandri, *op. cit.*, hal. 61.

menempatkan Perppu sejajar dengan undang-undang. Dapat dikatakan bahwa diakui peletakan Perppu dibawah undang-undang merupakan kekeliruan hirarkis. Padahal sebelumnya di dalam TAP MPRS Nomor XX/MPRS/1966 telah menempatkan Perppu sejajar dengan undang undang. Dengan demikian yang membedakan antara Perppu dan Undang-undang hanyalah dalam aspek formal semata (prosedur pembentukan) sedangkan materi (substansi) sama dengan undang-undang. Dengan demikian jika dilihat dari konsep pengujian perundang-undangan yang terdiri dari dua bentuk yaitu pengujian secara formil (*formele toetsing*) dan pengujian materil (*materiele toetsing*) maka terhadap Perppu hanya dimungkinkan untuk dilakukan pengujian materil saja. Ketentuan yang terdapat dalam asas-asas perundang-undangan yang baik dapat dikatakan dikesampingkan terlebih dahulu dalam pembentukan Perppu. Berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, disebutkan bahwa kewenangan Mahkamah Konstitusi adalah hanya menguji undang-undang terhadap UUD 1945, sedangkan menurut Pasal 24A Ayat (1) dinyatakan bahwa Mahkamah Agung berwenang menguji peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang terhadap undang – undang.

Dari kedua ketentuan tersebut secara tekstual tidak menyebutkan pengujian Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang (Perppu). Permasalahan muncul pada saat adanya keinginan untuk mengajukan permohonan pengujian Perppu terhadap UUD 1945 ke Mahkamah Konstitusi. Kalimat dalam Pasal 24C ayat (1) tersebut sangat jelas hanya menyebut Undang-undang dan tidak menyebut Perppu. Seandainya Mahkamah Konstitusi diperbolehkan menguji Perppu tentu UUD 1945 menyebut secara eksplisit pembolehan tersebut. Di dalam norma UUD 1945 membedakan dan menempatkan secara terpisah penyebutan atau pengaturan antara undang-undang dan Perppu, undang-undang diatur dalam Pasal 20 sedangkan Perppu diatur dalam Pasal 22. Perppu dikonsepsikan sebagai suatu peraturan yang dari segi isinya seharusnya ditetapkan dalam bentuk undang-undang, tetapi karena keadaan kegentingan memaksa ditetapkan dalam bentuk peraturan pemerintah.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Maria Farida Indrati, *op cit.*

Kedudukan Perppu memang sering kali menimbulkan perdebatan, hal ini dikarenakan oleh beberapa hal yaitu :

Pertama, Perppu dapat dikatakan sebagai peraturan yang bersifat sementara, sebab secepat mungkin harus dimintakan persetujuan pada Dewan Perwakilan Rakyat yaitu pada masa sidang berikutnya setelah Perppu tersebut dibentuk. Walaupun bersifat sementara namun dampak pemberlakuan Perppu dapat saja berlangsung lama, sekalipun Perppu itu telah dicabut.

Kedua, proses politik di DPR yang kadangkala memunculkan kontroversi sehingga sangat diperlukan ketegasan sikap dari DPR apakah akan menyetujui atau tidak menyetujui Perppu tersebut. Kadangkala pengesahan Perppu menjadi ajang tawar menawar pemerintah dan DPR sehingga perdebatan dari segi substansi hukum tidak penting.

Ketiga, Pengajuan Perppu ke DPR dilakukan dalam bentuk pengajuan rancangan undang-undang tentang penetapan perppu tersebut menjadi undang-undang. Dalam hal DPR menyetujui Perppu tersebut maka rancangan undang-undang tentang penetapan Perppu tersebut menjadi undang-undang disahkan menjadi Undang-Undang, sedangkan jika Perppu itu ditolak oleh DPR maka Perppu tersebut tidak berlaku dan Presiden mengajukan rancangan undang-undang tentang pencabutan Perppu tersebut yang dapat mengatur pula segala akibat dari penolakan tersebut.¹⁰⁶ Proses ini kadangkala berlangsung lama akibat dari dinamika di DPR yang sangat tidak menentu.

Dibukanya peluang bagi pengujian Perppu dapat lebih berorientasi pada pencapaian tujuan hukum itu sendiri. **Magnis-**

¹⁰⁶ Reza Fikri Febriansyah, *Eksistensi Dan Prospek Pengaturan Perppu Dalam Sistem Norma Hukum Negara Republik Indonesia*, artikel hukum- <http://www.djpp.depkumham.go.id/htn-dan-puu>, diunduh tanggal 29 Juli 2010. Berdasarkan Pasal 25 UU Nomor 10 tahun 2004, menentukan:

- (1). Peraturan pemerintah pengganti undang-undang harus diajukan ke Dewan Perwakilan Rakyat dalam persidangan yang berikutnya;
- (2). Pengajuan peraturan pemerintah pengganti undang-undang sebagaimana yang dimaksud ayat (1) dilakukan dalam bentuk pengajuan RUU tentang penetapan peraturan pemerintah pengganti undang-undang;
- (3). Dalam hal peraturan pemerintah pengganti undang-undang ditolak DPR, maka Perppu tersebut tidak berlaku;
- (4). Dalam hal Perppu ditolak DPR, presiden mengajukan RUU pencabutan Perppu tersebut yang dapat mengatur pula segala akibat dari penolakan tersebut.

Suseno menyebutkan tujuan hukum itu dengan menggunakan kata “fungsi hukum” yang barangkali dalam konteks ini dapat dipadankan dengan kata “tujuan hukum” itu. Fungsi hukum, menurutnya adalah untuk mengatasi konflik kepentingan. Dengan adanya hukum, konflik itu tidak lagi dipecahkan menurut siapa yang paling kuat, melainkan berdasarkan aturan yang berorientasi pada kepentingan-kepentingan dan nilai-nilai objektif dengan tidak membedakan antara yang kuat dan lemah. Orientasi itu disebut keadilan.¹⁰⁷

Maria Farida menyatakan bahwa, Perppu merupakan suatu peraturan pemerintah yang bertindak sebagai suatu undang-undang lalu karena tidak dimungkinkan diatur dalam undang-undang yang membutuhkan waktu yang relatif lebih lama dan melalui prosedur yang bermacam-macam, maka Perppu harus ditetapkan oleh presiden untuk mengatur dalam keadaan kegentingan yang memaksa, dan pengertian “*hal ikhwal kegentingan yang memaksa*” tersebut tidak selalu ada hubungannya dengan keadaan bahaya, tetapi cukup kiranya hanya menurut keyakinan presiden terdapat keadaan yang mendesak dan perlu segera diatur dengan peraturan yang mempunyai derajat yang sama dengan undang-undang.¹⁰⁸ Sementara itu menurut **Bagir Manan**, mengenai hal ikhwal kegentingan memaksa harus menunjukkan beberapa syarat adanya krisis yang menimbulkan bahaya atau hambatan secara nyata terhadap kelancaran menjalankan fungsi pemerintahan, karenanya muatan Perppu hanya terbatas pada pelaksanaan *administratiefrechtelijk* bukan bidang ketatanegaraan (*staatsrechtelijk*).¹⁰⁹

Menggunakan cara berfikir Pasal 22 UUD 1945, **Saldi Isra** mengatakan bahwa:¹¹⁰

Perppu merupakan hak darurat (*noodverordeningsrecht*) presiden untuk memberlakukan peraturan pemerintah dengan substansi aturan setingkat undang-undang, dan peraturan ini dianggap perlu diadakan untuk menjamin keselamatan negara dalam keadaan yang genting, sehingga memaksa pemerintah untuk bertindak lekas dan

¹⁰⁷ Shidarta, *Moralitas Profesi Hukum, Suatu Tawaran Pemikiran*, (Bandung: Refika Adhitama, 2006), hal. 79

¹⁰⁸ Maria Farida Indrati. S, *Op Cit*, hal. 191-192.

¹⁰⁹ Sebagaimana dikutip Saldi Isra, dalam *Seputar Indonesia* edisi tanggal 10 Maret 2010

¹¹⁰ Saldi Isra, *Ikhwal Persetujuan Perppu*, *Harian Seputar Indonesia*, edisi Selasa tanggal 10 Maret 2009

cepat. Akan tetapi karena merupakan *emergency power* maka tidak tertutup kemungkinan akan disalahgunakan presiden.

Jadi, harus ada pembatas atau aturan yang pasti agar kekuasaan presiden untuk membentuk Perppu tidak disalahgunakan.

Penyalahgunaan kekuasaan dalam pembentukan peraturan darurat yang mungkin akan dilakukan oleh penguasa adalah sangat berbahaya seperti dicontohkan dalam kasus pemerintahan Nazi (Hitler), menggunakan alasan bahaya (darurat) itu menghapuskan seluruh ketentuan UUD (Konstitusi Weimar 1919 yang terkenal sangat demokratis itu) menjadi kekuasaan diktator oleh Nazi, dengan menyalahgunakan pasal 48 yakni: *"kekuasaan Presiden Republik Weimar Jerman menyatakan bahaya negara dan kekuasaan luar biasa ditangan presiden, ketentuan mana disebut Diktatur des Reichspräsidenten."*¹¹¹ Sebagaimana dikutip oleh **Herman Sihombing, Mr. A.A.L.F Van Dullemen** dalam bukunya *"Staatsnoodrecht en democratie"* membatasi dengan ketat dan amat terbatas mengenai hukum darurat itu dengan mengemukakan syarat-syarat yang harus dipenuhi oleh suatu peraturan darurat supaya sah dan dapat dinamai "hukum" dan supaya hal itu diakui, yaitu:¹¹²

- a. Kepentingan tertinggi negara yakni: adanya atau eksistensi Negara itu sendiri (*het hoogste staatsbelang- het bestaan zelf van den staat – op het spel stond en afhankelijk was van het al of niet maken der getroffen regeling*).
- b. Bahwa peraturan darurat itu harus mutlak atau sangat perlu (*deze regeling nood zakelijk was*).
- c. Syarat ketiga adalah bahwa noodregeling itu bersifat sementara provosoir, selama keadaan masih darurat saja, dan tidak lagi aturan darurat yang berlaku (*in de derde plaats zal hij de noodregelen geheel als "tijdelijk", "provisoir", beschouwen, nl. Zoolang geldende als de nood op dat bepaalde punt duurt;het daarna in strijd met het normale recht blijven gelden dier regels kan door hem niet worden geduld*).
- d. Syarat berikutnya ialah: bahwa ketika dibuat peraturan darurat itu DPR atau perwakilan rakyat tidak dapat mengadakan sidang atau rapatnya secara nyata dan sungguh.

Dalam konteks kekinian, menurut Wakil Koordinator Indonesia Corruption Watch (ICW), **Emerson Yuntho**, dalam penggunaan wewenang pembuatan Perppu berkemungkinan besar dapat

¹¹¹ Herman Sihombing, *op cit.*, hal.11.

¹¹² *Ibid.*, hal 13

disalahgunakan penguasa sehingga memberi kesempatan untuk melakukan tindakan koruptif. Pada era pemerintahan saat ini di bawah pimpinan Susilo Bambang Yudoyono, konsep pembuatan Perppu sering kali tidak jelas, tidak terdapat batasan mengenai landasan kegentingan memaksa padahal dalam penerbitan Perppu diperlukan pemikiran yang matang.¹¹³ Penerbitan Perppu ternyata juga dipengaruhi koalisi partai pemerintah sekarang ini yang sangat kuat di DPR, sehingga bisa saja terjadi political bargaining (tawar-menawar) kepentingan politik antara pemerintah dan DPR.¹¹⁴ Ketidakjelasan kriteria perihal kegentingan memaksa itu membuat presiden akan sangat mudah mengeluarkan Perppu dengan alasan kegentingan memaksa. Dari data yang ada, pemerintahan Presiden **Susilo Bambang Yudoyono** yang paling banyak menghasilkan Perppu dalam kurun waktu 10 tahun terakhir ini yaitu sebanyak 16 buah, dan hanya 2 (dua) Perppu yang tidak disetujui oleh DPR, salah satunya adalah Perppu No. 4 Tahun 2008 tentang Jaring Pengaman Sistem Keuangan (Perppu JPSK). Penolakan Perppu ini cukup kontroversial karena surat putusan Rapat Paripurna DPR (18 Desember 2008) yang dikirimkan kepada presiden SBY tertanggal 24 Desember 2008 tidak secara tegas menyatakan penolakan terhadap Perppu No.4 Tahun 2008, akibatnya pemerintah memiliki celah hukum untuk menganggap bahwa Perppu JPSK itu tetap berlaku hingga UU JPSK disahkan.

Perppu kedua yang ditolak, dan juga mengundang perdebatan adalah Perppu No. 4 Tahun 2009 tentang perubahan atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi. Dengan perppu itu, presiden memberikan kewenangan pada dirinya untuk menunjuk langsung tiga nama pelaksana tugas (Plt) pimpinan KPK, saat itu presiden menganggap kekosongan tiga kursi pemimpin KPK merupakan kondisi genting yang dapat mengganggu kinerja KPK. Tapi bagi sebagian kalangan praktisi dan pengamat hukum, perppu tidak diperlukan karena dua pemimpin KPK yang tersisa masih bisa bekerja dengan normal.¹¹⁵ **Jimly**

¹¹³ Lihat Emerson Yuntho, *Berlindung Dibalik Kegentingan Memaksa*, Harian Media Indonesia, edisi Senin tanggal 11 Januari 2010

¹¹⁴ H.A.S. Natabaya, *op cit*, hal. 4

¹¹⁵ Lihat Vini Mariyane Rosya, *Berlindung Dibalik Kata Kegentingan*, Harian Media Indonesia, Edisi Senin 11 Januari 2010

Assidique, menyimpulkan dalam bukunya yang berjudul perihal undang-undang, bahwa perppu merupakan *emergency legislation* yang lahir dari adanya *noodverordening* presiden yang mempunyai kedudukan yang sama kuat dengan undang-undang.¹¹⁶ Dari segi bentuknya Perppu adalah peraturan pemerintah (PP) tetapi dari segi isinya Perppu itu identik dengan undang-undang, karena itu perppu dapat disebut sebagai undang-undang dalam arti materil. Sebagai bentuk dari undang-undang dalam arti materil, jika Perppu menimbulkan korban ketidakadilan yang nyata maka Perppu dapat dijadikan objek pengujian oleh Mahkamah Konstitusi, terlebih apabila Perppu tersebut telah diajukan oleh pihak yang telah dirugikan hak konstitusionalnya sebagai perkara di Mahkamah Konstitusi.¹¹⁷ Langkah Mahkamah Konstitusi untuk menguji Perppu ini menuai banyak kontroversi karena ada yang berpendapat bahwa untuk pengujian terhadap peraturan pemerintah pengganti undang-undang adalah kewenangan dari lembaga legislatif, pengujiannya disebut dengan *legislative review* atau *political review* dan mutlak harus dilakukan pada masa sidang DPR berikutnya sejak Perppu itu dikeluarkan sehingga tidak ada wewenang bagi lembaga yudisial untuk melakukan pengujian atas Perppu.¹¹⁸ Terhadap langkah Mahkamah Konstitusi ini, **Maruarar Siahaan** berpendapat bahwa:¹¹⁹

“Mahkamah Konstitusi dapat memutuskan *judicial review* Perppu terhadap Undang-Undang Dasar, dalam hal Perppu tersebut melanggar Undang-Undang. Apabila harus menunggu DPR pada masa sidang berikutnya, Perppu yang bertentangan dengan Undang-undang bisa menimbulkan masalah, sehingga Mahkamah Konstitusi bisa saja membatalkan Perppu tersebut sebelum disetujui atau ditolak oleh DPR”

Dalam putusan MK Nomor 138/PUU-VII/2009, Mahfud MD mengatakan ada perkembangan penting akhir-akhir ini dalam ketatanegaraan kita sehingga Mahfud melihat perlunya penafsiran atas isi UUD 1945 tidak hanya bertumpu pada *original intents*, *tafsir historic*, dan *tafsir gramatik* melainkan harus menekankan pada

¹¹⁶ Lihat jimly Asshidique, *Perihal Undang-Undang*, *op cit*, hal. 90.

¹¹⁷ *Ibid*

¹¹⁸ Moh Mahfud, MD, *Konstitusi Dan Hukum Dalam Kontroversi Isu*, (Jakarta: Rajawali Press, 2009) hal.65.

¹¹⁹ Lihat Maruarar Siahaan, *Berlindung Dibalik Kata Kegentingan*, Media Indonesia edisi 11 Januari 2010

penafsiran *sosiologis* dan *teleologis*. Penekanan pilihan atas penafsiran yang demikian memang agak mengesampingkan penafsiran historis dan gramatik, bahkan keluar dari *original intent* ketentuan tentang Perppu sebagaimana diatur di dalam Pasal 22 UUD 1945, akan tetapi hal ini perlu dilakukan justru untuk melindungi kepentingan *original intent* pasal-pasal dan prinsip-prinsip lain yang juga ada di dalam UUD 1945.¹²⁰ Memang tidak mudah bagi hakim untuk membuat putusan karena idealnya putusan harus memuat *idee des recht* yang meliputi tiga unsur yaitu keadilan (*Gerechtigkeit*), kepastian hukum (*rechtsicherheit*) dan kemanfaatan (*zweckmassigkeit*).¹²¹ Ketiga unsur tersebut harus dipertimbangkan hakim secara proporsional. Penafsiran sosiologis dan teleologis lebih menitikberatkan pada tujuan pembentukan hukum (undang-undang), sehingga tujuan lebih diperhatikan daripada isi teks atau bunyi kata-katanya (undang-undang ataupun Undang-undang Dasar, penulis).¹²² Interpretasi teleologis ditujukan pada penafsiran makna undang-undang yang ditetapkan berdasarkan tujuan kemasyarakatan. Peraturan perundang-undangan disesuaikan dengan hubungan dan situasi sosial yang baru. Undang-undang yang sudah usang harus ditafsirkan dengan berbagai cara dalam memecahkan perkara yang terjadi sekarang.¹²³

Mengingat Perppu lahir dalam kondisi hal ihwa kepentingan yang memaksa dan atas dasar pertimbangan subjektivitas Presiden maka Perppu berpotensi menjadi produk hukum dengan karakter hukum ortodok/konservatif. Ciri produk hukum yang sedemikian adalah sebagai berikut : *Pertama*, pembuatannya bersifat sentralistik atau tidak partisipatif dalam arti lebih banyak ditentukan oleh kekuatan eksekutif sehingga partisipasi dari kalangan masyarakat dan kekuatan di luar lembaga-lembaga negara tidak mendapatkan penyaluran secara proporsional. *Kedua*, materi muatannya tidak aspiratif tetapi bersifat *positivistik-instrumentalistik*, dalam arti lebih merupakan justifikasi atau pembenaran atas pandangan politik

¹²⁰ Mahfud MD, *Concurring Opinion*, Putusan Mahkamah Konstitusi No. 138/PUU-VII/2009, hal. 28.

¹²¹ Gustav Radbruch, sebagaimana dikutip dalam buku

¹²² Bambang Sutiyo, *Metode Penemuan Hukum*, (Yogyakarta: UII Press, 2006), hal. 23.

¹²³ *Ibid*, hal. 23. Lihat juga dalam J.A Pontier, *Penemuan Hukum (Rechtsvinding)*, Penerjemah B. Arief Sidharta, Jendela Mas Pustaka, Bandung, 2008, hal. 45

dan program-program pemerintah. *Ketiga*, cakupan isinya bersifat interperitatif, dalam artiannya memuat hal-hal pokok yang dapat ditafsirkan dengan berbagai peraturan rendahan oleh pemerintah. Kemudian dengan menafsirkan dengan peraturan lebih lanjut ini memberi peluang bagi lahirnya tafsiran-tafsiran yang tidak sekedar bersifat teknis tetapi sering menjadi pencerminan dari keinginan dan kekuatan politik pemerintah.¹²⁴

Untuk mencegah hal tersebut hakim menggunakan interperatasi/ penafsiran teleologis sehingga dapat mencegah munculnya hal tersebut dimana dalam perkembangannya terjadi kesenjangan antara sifat positif dari hukum (*rechtpositiviteit*) dengan kenyataan hukum (*rechtswerkelijkheid*). Perppu yang pada mulanya hadir untuk mengisi terjadinya kekosongan hukum dalam perkembangannya justru menimbulkan kekhawatiran di tengah masyarakat. Presiden dapat saja menggunakan sewaktu-waktu dengan pertimbangan yang sangat subjektif untuk mengeluarkan Perppu yang tidak responsif. Adanya argumentasi yang menyatakan bahwa wewenang koreksi ada pada DPR melalui *legisaltif review* memiliki kelemahan secara hukum. *Pertama*, harus menunggu terlebih dahulu pengajuan dari pemerintah kepada DPR untuk menjadikan Perppu bersangkutan sebagai UU. *Kedua*, pada saat konfigurasi politik yang ada di DPR lebih didominasi oleh kekuatan pemerintah, dikhawatirkan proses di DPR hanya bagian dari legitimasi semata. *Ketiga*, untuk mencegah kerugian hukum yang lebih besar sehingga pengujian Perppu di Mahkamah Konstitusi dapat dilakukan lebih awal. *Keempat*, putusan Mahkamah terkait pengujian Perppu dapat dijadikan sebagai pertimbangan yuridis konstitusional bagi DPR dalam pembahasan RUU menyangkut Perppu dimaksud jika diajukan Pemerintah ke DPR.

Penafsiran yang demikian dapat dikategorikan sebagai interperatasi antisipatif/futuristis, metode penemuan hukum ini bersifat antisipasi. Penjelasan ketentuan perundang-undangan dilakukan dengan berpedoman pada perundang-undangan yang belum mempunyai kekuatan hukum.¹²⁵ Seperti suatu rancangan undang-undang yang masih dalam proses pembahasan di DPR, tetapi hakim yakin bahwa RUU itu akan diundangkan (dugaan

¹²⁴ Mahfud MD, *Hukum dan Pilar-pilar Demokrasi*, (Jogjakarta: Gama Media Adikarya), hal. 160.

¹²⁵ Bambang Sutiyoso, Op. Cit, h. 87

politis). Jadi interpertasi antisipatif adalah penafsiran dengan menggunakan sumber hukum yang belum resmi berlaku. Perluasan dari interpertasi ini sangat mungkin diterapkan dalam pengujian Perppu dimana untuk mengantisipasi kerugian konstitusional yang lebih besar Perppu dapat diuji di MK terlebih dahulu. Secara substansial sudah semestinya Perppu dapat diuji. Argumentasi utamanya adalah dalam interpertasi antisipatif dilakukan terhadap perundang-undangan yang belum memiliki kekuatan hukum sedangkan Perppu justru telah memiliki kekuatan hukum mengikat sejak dikeluarkan oleh presiden. Model penafsiran antisipatif ini dipraktikkan oleh *Constitutional Council* di Perancis dimana pengujian konstitusionalitas (*constitutional review*) tidak bersifat *a posteriori* melainkan bersifat *a priori* atau *preventif*. Objek pengujian oleh dewan ini adalah rancangan undang-undang yang telah disahkan atau telah mendapat persetujuan di parlemen tetapi belum diundangkan sebagaimana mestinya apabila muncul persoalan konstitusionalitas di dalamnya maka dewan konstitusi yang harus memutuskannya bertentangan atau tidak bertentangan dengan UUD.¹²⁶

Dalam putusan yang sama, hakim konstitusi Muhammad Alim berpendapat bahwa mahkamah konstitusi tidak berwenang menguji perppu terhadap UUD, dengan pertimbangan-pertimbangan bahwa:¹²⁷

Berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Pasal 12 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman hanya menyebut, "*Menguji undang-undang terhadap UUD.*" Pada waktu dirumuskannya Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 mengenai kewenangan Mahkamah Konstitusi, dilakukan pada Perubahan Ketiga (2001), tetapi hanya menyebut, "*Menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar*" (*tanpa menyebut perppu*), dan tata urutan perundang-undangan Indonesia yang dipakai adalah menurut Tap MPR Nomor III/MPR/Tahun 2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Perundang-Undang adalah:

UUD 1945; Tap MPR; Undang-Undang; Perppu, dst.

Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 menentukan, "*Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut UUD*". Kewenangan yang diberikan

¹²⁶ Jimly Asshidiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi, 2006), hal. 58.

¹²⁷ Lihat Muhammad Alim, *Dissenting Opinion*, Putusan Mahkamah Konstitusi No. 138/PUU-VII/2009 hal.31.

oleh yang berdaulat, harus dilaksanakan sesuai dengan UUD, tidak boleh menyimpang dari UUD 1945. Kewenangan Mahkamah Konstitusi yang tertera dalam Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 yang hanya sebatas menguji Undang-Undang terhadap UUD, apabila ditambah dengan menguji Perppu, menurut saya dilaksanakan tidak menurut UUD, melainkan dilaksanakan menyimpang dari UUD.

Akil Mochtar berpendapat bahwa Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan untuk memeriksa dan melakukan pengujian terhadap Perppu, Mahkamah Konstitusi menguraikan dalam pertimbangan hukumnya bahwa pasal 22 ayat (1) UUD 1945 menyatakan “dalam hal ikhwal kegentingan memaksa, Presiden berhak menetapkan peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang”, dari rumusan kalimat tersebut jelas bahwa peraturan pemerintahan yang dimaksud adalah sebagai pengganti undang-undang. “Artinya seharusnya materi tersebut diatur dalam wadah undang-undang, tetapi karena kegentingan yang memaksa, UUD 1945 memberikan hak kepada Presiden untuk menetapkan Perppu dan tidak memberikan hak kepada DPR untuk membuat peraturan sebagai pengganti undang-undang,” terang **Akil Mochtar** pada sidang pembacaan Putusan Mahkamah Konstitusi.¹²⁸ Penafsiran demikian terkategori sebagai bentuk penafsiran ekstensif dimana penafsiran/interpretasi terhadap teks norma perundang-undangan melebihi batas-batas interpretasi gramatikal. Dalam metode ini hakim dapat menjelaskan suatu ketentuan undang-undang dengan melampaui batas yang diberikan oleh interpretasi gramatikal.¹²⁹ Bahwa terhadap Perppu dipersamakan kedudukannya dengan undang-undang¹³⁰ sehingga ia dapat diuji layaknya pengujian undang-undang merupakan bentuk penafsiran ekstensif yang sudah tepat.

Perkembangan hukum tata negara dewasa inilah yang menyebabkan Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa Perppu dapat diuji materilkan ke Mahkamah Konstitusi. Pembuatan Perppu memang di tangan presiden, namun bukan berarti presiden dapat secara absolut melakukan penilaian terhadap suatu keadaan menjadi bersifat genting dan memaksa, harus ada batasan kriteria yang objektif sehingga suatu keadaan dapat disebut genting

¹²⁸ <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id>

¹²⁹ J.A Ponter, *op. cit*,

¹³⁰ Lihat pasal 7 UU Nomor 10 tahun 2004 tentang Pembentukan Perundang-undangan

untuk itu diperlukan peraturan syarat sebagai parameter adanya kegentingan yang memaksa. Berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor:138/PUU-VII/2009, MK berpendapat ada tiga syarat kegentingan yang memaksa sebagaimana dimaksud dalam pasal 22 UUD Negara RI Tahun 1945, syarat tersebut adalah:¹³¹

- (1) Adanya keadaan yaitu kebutuhan mendesak untuk menyelesaikan masalah hukum secara cepat berdasarkan undang-undang;
- (2) Undang-undang yang dibutuhkan tersebut belum ada sehingga terjadi kekosongan hukum, atau ada undang-undang tetapi tidak memadai;
- (3) Kekosongan hukum tersebut tidak dapat diatasi dengan cara membuat undang-undang melalui prosedur biasa karena akan memerlukan waktu yang cukup lama sedangkan keadaan yang mendesak tersebut perlu kepastian untuk diselesaikan.

Perppu melahirkan norma hukum, dan sebagai norma hukum baru Perppu akan dapat menimbulkan status hukum baru, hubungan hukum baru, dan akibat hukum baru. Norma hukum tersebut lahir sejak Perppu disahkan, akan tetapi norma ini bersifat sementara karena tergantung kepada persetujuan DPR untuk menerima atau menolak norma hukum tersebut, namun demikian sebelum adanya pendapat DPR untuk menolak atau menyetujui Perppu, norma hukum tersebut adalah sah dan berlaku seperti undang-undang. Oleh karena dapat menimbulkan norma hukum yang kekuatan mengikatnya sama dengan undang-undang maka terhadap norma yang terdapat dalam Perppu tersebut Mahkamah dapat menguji apakah bertentangan secara materiil dengan UUD 1945. Dengan demikian Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa Mahkamah Konstitusi berwenang untuk menguji Perppu terhadap UUD 1945 sebelum adanya penolakan atau persetujuan oleh DPR, dan setelah adanya persetujuan DPR karena Perppu tersebut telah menjadi undang-undang. Kritik atas putusan ini juga ada yaitu dengan memperhatikan salah satu pertimbangan hukum putusan tersebut. Terdapat persoalan berkaitan dengan frasa yang menyatakan bahwa “norma hukum tersebut lahir sejak Perppu disahkan”.¹³² Menurut lampiran Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, bahwa kata yang

¹³¹ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 138/PUU-VII/2009

¹³² Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 138/PUU-VII/2009 bagian [3.13]

digunakan untuk Perppu adalah “ditetapkan” bukan disahkan. Kata “disahkan” digunakan untuk Undang-Undang. Oleh karena itu apabila Mahkamah menyatakan bahwa norma hukum lahir sejak Perppu disahkan artinya norma hukum tersebut baru lahir setelah Perppu disetujui oleh DPR dan disahkan oleh Presiden. Implikasi yang lain dari putusan tersebut adalah bahwa untuk pengujian Perppu oleh Mahkamah Konstitusi sifatnya bukan final dan mengikat karena masih bisa dinilai DPR ketika Perppu tersebut diajukan kepada DPR.¹³³

Selain hal tersebut norma hukum yang lahir dari Perppu tersebut baru menjadi norma undang-undang setelah Perppu disahkan oleh DPR bersama Presiden. Dengan demikian norma hukum baru yang dilahirkan oleh Perppu tersebut sebenarnya derajatnya tidak sama dengan norma hukum yang lahir dari undang-undang. Oleh sebab itu menurut pendapat kami kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk menguji Perppu melampaui amanat UUD NRI 1945 sebagaimana ditentukan dalam Pasal 24C UUD 1945.¹³⁴

PENUTUP

Putusan-putusan Mahkamah Konstitusi jika ditelusuri maka akan ditemukan kajian menarik untuk dianalisa. Pada mulanya seringkali Mahkamah hanya sekedar melindungi bunyi ketentuan UUD 1945, namun dalam perkembangannya Mahkamah tidak hanya keluar dari *mainstream* cara berpikir umum dalam berhukum tetapi juga mencoba melengkapi kaedah-kaedah hukum yang berlaku umum. Cara berpikir progresif yang dianut oleh Mahkamah tersebut sesuai dengan “slogan” yang coba MK bangun sepanjang periode kepemimpinan MK yang kedua, yaitu “menegakkan keadilan substantif”. Perkembangan pengujian undang-undang di MK memperlihatkan pergeseran cara pandang tersebut. Dari berpikir sekedar tekstual ke arah cara berpikir hukum yang lebih progresif. Penelitian ini memperlihatkan saja gambaran bahwa terdapat tradisi berhukum baru dalam ranah peradilan di Indonesia.

Walaupun sejauh ini putusan-putusan MK patut dipuji, namun untuk menghindari kelemahan manusia, maka perlu juga

¹³³ www.djpp.depkumham.go.id, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 138/PUU-VII/2009

¹³⁴ *Ibid*

dibatasi cara menjatuhkan putusan. Misalnya harus jelas cara berpikir masing-masing hakim, sehingga cara berpikir hakim tidak disesuaikan dengan perkara-perkara tertentu sesuai kebutuhan personal hakim. Hal itu untuk mengakkan kewibawaan hakim, jangan sampai dalam kasus tertentu hakim berpikir progresif namun dalam permasalahan lain hakim tiba-tiba berpikir sangat-sangat tekstual. Alat ukur cara berpikir hakim tersebut dapat dilihat dari putusannya. Oleh karena itu dalam masyarakat luas juga dituntut aktif untuk mendata putusan-putusan hakim dan cara berpikir hukum personal hakim-hakim MK ke depannya.

DAFTAR PUSTAKA

Buku:

- Achmad Ali, *Keterpurukan Hukum Di Indonesia (penyebab dan solusinya)*, Ghalia Indonesia, Bogor, 2005;
- _____, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence) Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legalprudence)*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2009;
- Ahmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, UNHAS, 2008;
- Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010;
- Ahmad Syahrizal, *Peradilan Konstitusi, Suatu Studi tentang Adjudikasi Konstitusional Sebagai Mekanisme Penyelesaian Sengketa Normatif*, Pradnya Paramita, Jakarta;
- A. Muhammad Asrun, *Krisis Peradilan: Mahkamah Agung di Bawah Soeharto*, Elsam, Jakarta, 2004;
- A.M. Mijahidin, *Hukum Progresif: Jalan Keluar Dari Keterpurukan Hukum Di Indonesia*, Majalah Hukum Varia Peradilan Edisi No 257 bulan april 2007, Ikahi, Jakarta 2007;
- Anton F. Susanto, *Ilmu Hukum Non Sistematis : Fondasi Filsafat Pengembangan Ilmu Hukum Indonesia*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2010;
- _____, *Hukum; Dari Consilience Menuju Paradigma Hukum Konstruktif-Transgresif*, Refika Aditama, Bandung, 2007;
- Bagir Manan dan Kuntana Magnar, *Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia*, Alumni, Bandung, 1993;
- Bambang Sutiyo, *Metode Penemuan Hukum*, UII Press, Yogyakarta, 2006;

- D. Schaffmeister, N. Keijer, E.PH Sitorius, *Hukum Pidana*, terjemahan J.E. Sahetapy, Yogyakarta, Liberty, 1995;
- Eddy O.S. Hiareij, *Asas Legalitas Dan Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana*, Penerbit Erlangga, Jakarta, 2009;
- Georges Guvitsch, *Sosiologi Hukum*, Penerbit Bharatara, Jakarta, 1996;
- Husni, *Eksistensi Otonomi Khusus Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Dalam Negeri Kesatuan Republik Indonesia Berdasarkan UUD 1945*, disertasi untuk memperoleh gelar doktor pada Universitas Padjajaran, Bandung, 2004;
- John Gilissen dan Frits Gorle, *Sejarah Hukum: Suatu Pengantar*, Refika Aditama, Bandung, 2007;
- Lili Rasjidi, *Dasar-dasar Filsafat Dan Teori Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001;
- Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, University of California Press, Los Angeles, terjemahan oleh Max Knight, 1960;
- Harun Alrasid, *Hak Menguji Dalam Teori dan Praktek*, dalam Jurnal Konstitusi, Vol. 1 No.1 Juli, Penerbit Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, 2004;
- H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, New York, 1994;
- Jimly Asshiddiqie, *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Penerbit Konstitusi Press, Jakarta,
- James Bradley Thayer, *Sumber dan Ruang Lingkup Doktrin Hukum Konstitusional Amerika*, dalam Leonard W. Levy (Editor), *Judicial Review, Sejarah Kelahiran, Wewenang dan Fungsinya dalam Negara Demokrasi*, Penerbit Nusamedia dan Penerbit Nuansa, Bandung, 2005;
- J.A Pontier, *Penemuan Hukum (Rechtsvinding)*, Penerjemah B. Arief Sidharta, Jendela Mas Pustaka, Bandung, 2008;

- Joachim Sanden, *Methods of Interpreting The Constitution; Estonia's Way in an Increasingly Integrated Europe*, dalam *Juridica International* VIII/2003;
- John A. Garvey dan T. Alexander Aleinikoff *Modern Constitutional Theory*, West Publishing , 1994;
- Kranenburg, diterjemahkan Tk. B. Sabaroedin, *Ilmu Negara Umum*, J.B. Wolters, Jakarta, 1959;
- Lawrence M. Friedman dan Stewart Macaulay (edt), *Law and the Behavioral Sciences*, The Bobbs-Merrill Company, Inc. New York, USA, 1969;
- Liek Wilardjo, *Realita dan Desiderata*, Duta Wacana University Press, Yogyakarta, 1990;
- Lino A Graglia, *How the Constitution Disappeared*, dalam Jack N. Rakove (edt), *Interpreting the Constitution*, Northeastern University Press, Boston, Amerika Serikat, 1990;
- Mahmud Kusuma, *Menyelami semangat Hukum Progresif: Terapi Paradigmatik Bagi Lemahnya Hukum Indonesia*, Antonylib, Yogyakarta, 2009;
- Maria Farida Indrati Soeprapto, *Ilmu Perundang-undangan, Dasar-dasar Pembentukannya*, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, 1998;
- Martiman Prodjohamidjojo, *Kemerdekaan Hakim, Keputusan Bebas Murni (arti dan makna)*, Penerbit Simplex, Jakarta, 1984;
- Michael Allen dan Brian Thompson, *Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law*, Oxford University Press, United Kingdom, 2002;
- Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, Pustaka LP3ES Indonesia, 2006;
- Muchamad Ali Safa'at, "Toetsingsrecht", "Judicial Review", "Constitutional Review", dalam *Majalah Konstitusi-Berita Mahkamah Konstitusi*, No.14 januari-Februari 2006;

- Munir Fuady, *Aliran Hukum Kritis, Paradigma Ketidakberdayaan Hukum*, Citra Aditya Bahkti, Bandung, 2003;
- Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2005;
- Philippe Nonet dan Philip Selznick, *Law & Society In Transition: Tower Responsive Law*, Harper Torch Book, New York, 1978, Rafel Edy Bosco (Penerjemah), *Hukum Responsis Pilihan Dimasa Taransisi*, Huma, Jakarta, 2003;
- Rene David & J.E.C. Brierly, *Major Legal Systems in The World Today*, 1978;
- R.M. A.B. Kusuma, *Bagaimana Menginterpretasikan Konstitusi Kita*, dalam *Jurnal Konstitusi*, Vol. 1 No.3, Penerbit Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, 2005;
- Saldi, Isra, *Pergeseran Fungsi Legislasi*, Rajawali Press, Jakarta, 2009;
- Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir; Catatan Kritis Tentang Pergulatan Manusia Dengan Hukum*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2007;
- _____, *Sosiologi Hukum*, Penerbit Genta Publishing, Yogyakarta, 2010;
- _____, *Sosiologi Hukum, Perkembangan Metode dan Pilihan Masalah*, Muhamadiyah University Press, Surakarta, 2002;
- _____, *Merintis Visi Program Doktor Hukum UNDIP*, Semarang, 2003;
- _____, *Pengantar Penelitian Hukum*, Penerbit Universitas Indonesia, Jakarta, 1981;
- _____, *Membedah Hukum Progresif*, Penerbit Kompas, Jakarta, 2003;
- _____, *Hukum Progresif Sebagai Dasar Pembangunan Ilmu Hukum Indonesia*. Makalah yang disampaikan pada seminar nasional *Menggagas Ilmu Hukum Progresif Di Indonesia*, di Semarang, 2004;

_____, *Sosiologi Hukum Asai-Esai Terpilih*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2010;

_____, *Hukum dan Perilaku*, Jakarta, 2009;

Soedikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum, Sebuah Pengantar*, Penerbit Liberty, Yogyakarta, 2001;

Sri Soemantri, *Hak Menguji Material di Indonesia*, Penerbit Alumni Bandung, 1986;

Todung Mulya Lubis, *Judicial Review dalam Perspektif Hukum Tata Negara*, dalam Beny K Harman dan Hendardi (edt), *Konstitusionalisme*,

Tom Ginsburg, *Judicial Review in Democracies-constitutional court in Asian cases*, Cambridge University Press, 2003;

Yuliandri, *Asas-Asas Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan yang Baik Dalam Rangka Pembuatan Undang-Undang Berkelanjutan (Ringkasan Disertasi)*, Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 2007;

Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Penafsiran dan Konstruksi Hukum*, Penerbit Alumni, 2000;

Peraturan Perundang-Undangan Dan Produk Hukum:

UU Nomor 10 tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan-Undangan

Undang-Undang No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan

Putusan MK No 005/PUU-IV/2006

UU Nomor 31 Tahun 1999 tentang Tindak Pidana Korupsi

Mahkamah Agung RI, *Cetak Biru Mahkamah Agung RI*, 2003;

Moeljatno, *Kitab Undang-undang Hukum Pidana*, Bumi Aksara, Jakarta, 1996;

Putusan MKRI No. Nomor 069/PUU-II/2004

Putusan MKRI Nomor 069/PUU-II/2004

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945

Putusan Mahkamah konstitusi Nomor 138/PUU-VII/2009

Terbitan Lainnya:

Muhammad Alim, *Dissenting Opinion*, Putusan Mahkamah Konstitusi No. 138/PUU-VII/2009;

Rifqi S. Assegaf, (2006), Putusan Mahkamah Konstitusi atas Hak Uji Materiil UU KY: Momentum Penguatan Gerakan Anti "Mafia Peradilan", makalah disampaikan dalam Diskusi Publik "Putusan MK Nomor 005/PUU-IV/2006: Lonceng Kematian Gerakan Antikorupsi?", diadakan oleh Pusat Studi Antikorupsi Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dan Indonesian Court Monitoring, di Universitas Gadjah Mada, 28 September 2006;

Eksaminasi Putusan No 006/PUU-IV/2006 yang diadakan oleh Pusat Studi Antikorupsi Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dan Indonesian Court Monitoring, di Universitas Gadjah Mada, 26-27 September 2006;

Zainal Arifin Mochtar, (2006), Hikayat 'Lupa' di Putusan MK, makalah disampaikan dalam Diskusi Publik "Putusan MK Nomor 005/PUU-IV/2006: Lonceng Kematian Gerakan Antikorupsi?", diadakan oleh Pusat Studi Antikorupsi Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dan *Indonesian Court Monitoring*, di Universitas Gadjah Mada, 28 September 2006;

Bivitri Susanti, (2006), Hakim atau Legislator: Menyoal Putusan MK tentang Undang-Undang Komisi Yudisial, makalah disampaikan dalam Diskusi Publik "Putusan MK Nomor 005/PUU-IV/2006: Lonceng Kematian Gerakan Antikorupsi?", diadakan oleh Pusat Studi Antikorupsi Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dan Indonesian Court Monitoring, di Universitas Gadjah Mada, 28 September 2006;

- Saldi Isra, Penangkapan Pengacara Puteh, dalam *Kompas*, Jakarta, 2005;
- Denny Indrayana, Mahkamah Mafia Peradilan, dalam *Kompas*, Jakarta, 2006;
- Saldi Isra, Hakim Konstitusi Juga Hakim, dalam *Kompas*, Jakarta, 2006;
- A. Irmanputra Sidin, *KY vs. Mafia, "Pendekar Tanggung atau Tangguh?"*, makalah disampaikan dalam Diskusi Publik "Putusan MK Nomor 005/PUU-IV/2006: Lonceng Kematian Gerakan Antikorupsi?", diadakan oleh Pusat Studi Antikorupsi Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dan Indonesian Court Monitoring, di Universitas Gadjah Mada, 28 September 2006;
- Mahfud MD, Pidato Penutupan Rapat Kerja MK-RI pada tanggal 22-24 Januari 2010;
- M. Yamin, *Naskah Persiapan Undang-Undang Dasar 1945*;
- Faizal, *Menerobos Positivisme Hukum*, Rangkang Education, Yogyakarta, 2010;
- Satjipto Raharjo, *Membedah Hukum Progresif*, Penerbit Kompas, Jakarta, 2003;
- Achmad Ali, *Keterpurukan Hukum Di Indonesia (penyebab dan solusinya)*, Ghalia Indonesia, Bogor, 2005;
- A.M. Mijahidin, *Hukum Progresif: Jalan Keluar Dari Keterpurukan Hukum Di Indonesia*, Majalah Hukum Varia Peradilan Edisi No 257 bulan april 2007, Ikahi, Jakarta, 2007;
- Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif Sebagai Dasar Pembangunan Ilmu Hukum Indonesia*. Makalah yang disampaikan pada seminar nasional *Menggagas Ilmu Hukum Progresif Di Indonesia*, di Semarang, 2004;
- Febri Diansyah, *Senjakala Pemberantasab Korupsi; Memangkans Akar Korupsi Dari Pengadilan tipikor*, Jurnal Konstitusi Volume 6, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2009;

- Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif Sebagai Dasar Pembangunan Ilmu Hukum Indonesia*, *Makalah* disampaikan pada Seminar Nasional Menggagas Ilmu Hukum Progresif Di Indonesia, Semarang, 2004;
- Nyoman Serikat Putra Jaya, *Pemberlakuan Hukum Pidana Secara Retroaktif Sebagai Penyeimbang Asas Legalitas dan Asas Keadilan; Suatu pergeseran Paradigma Dalam Ilmu Hukum Pidana*, Pidato Pengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, 2004;
- Indriyanto Seno Adji, *Asas Retroaktif: Nonpersuasi terhadap Korupsi*, *KOMPAS*, 5 Maret 2005;
- Yuliandri, *Asas-Asas Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan Yang Baik*, PT.Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2009;
- H.A.S. Natabaya, *Sistem Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia*, Setjen dan Kepaniteraan MKRI, Jakarta, 2006;
- Moh Mahfud, MD, *Konstitusi Dan Hukum Dalam Kontroversi Isu*, Rajawali Press, Jakarta, 2009;
- Saldi Isra, *Purifikasi Proses Legislasi Melalui Pengujian Undang-Undang*, *Jurnal Legislasi Indonesia*, Vol. 7 No. 1 – Maret 2010;
- Maria Farida, *Ilmu Perundang-undangan 1*, Kanisius, Yogyakarta, 2007;
- Shidarta, *Moralitas Profesi Hukum, Suatu Tawaran Pemikiran*, Refika Adhitama, Bandung, 2006;
- Saldi Isra, dalam *Seputar Indonesia* edisi tanggal 10 Maret 2010;
- Saldi Isra, *Ikhwal Persetujuan Perppu*, *Harian Seputar Indonesia*, edisi Selasa tanggal 10 Maret 2009;
- Emerson Yuntho, *Berlindung Dibalik Kegentingan Memaksa*, *Harian Media Indonesia*, edisi Senin tanggal 11 Januari 2010;
- Vini Mariyane Rosya, *Berlindung Dibalik Kata Kegentingan*, *Harian Media Indonesia*, Edisi Senin 11 Januari 2010;

Moh Mahfud, MD, *Konstitusi Dan Hukum Dalam Kontroversi Isu*, Rajawali Press, Jakarta, 2009;

Maruarar Siahaan, *Berlindung Dibalik Kata Kegentingan*, Media Indonesia edisi 11 Januari 2010;

Mahfud MD, *Concurring Opinion*, Putusan Mahkamah Konstitusi No. 138/PUU-VII/2009;

Website:

Jalan Mundur (dalam) Positivisme Hukum Indonesia, http://joeniarianto.files.wordpress.com/2008/07/jalan-mundur-dalam_-positivisme-hukum-indonesia1.pdf diunduh 11 Oktober 2010;

<http://robbani.wordpress.com/2009/02/07/auguste-comte-dan-positivisme/>, diunduh pada tanggal 11 Oktober 2010;

<http://herlambangperdana.files.wordpress.com/2008/07/herlambang-positivisme-hukum.pdf>, diunduh pada 11 Oktober 2010;

<http://staff.blog.ui.ac.id/arif51/2008/03/31/positivisme-dan-perkembangannya/>, diunduh pada tanggal 11 Oktober 2010;

<http://id.wikipedia.org/wiki/hukum>, diakses pada tanggal 11 oktober 2010;

http://www.fightthebias.com/Resources/Hist_Docs/Court_Cases/marburymadison.htm. diakses pada tanggal 4/03/2008;

http://en.wikipedia.org/wiki/Marbury_v._Madison diakses pada tanggal 15/03/2008;

http://en.wikipedia.org/wiki/Marbury_v._Madison. diakses pada tanggal 15/03/2008;

<http://odur.let.rug.nl/-usa/D/1801-1825/marshallcases/mar06.htm>. diakses pada tanggal 16/03/2008;

http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_interpretation, diakses pada tanggal 02/02/2008;

http://www.landmarkcases.org/plessy/const_interp.html, akses pada tanggal 03/02/2008;

http://www.landmarkcases.org/plessy/const_interp.html. akses pada tanggal 03/02/2008;

<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw>, akses pada tanggal 03/02/2008;

http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_interpretation, akses pada tanggal 02/02/2008;

<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw.htm>. diakses pada tanggal 7/02/2008;

<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw.htm>. diakses pada tanggal 7/02/2008;

<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw>, akses pada tanggal 02/02/2008;

<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw>, akses pada tanggal 02/02/2008;

<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw>, akses pada tanggal 02/02/2008;

http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_interpretation, akses pada tanggal 02/02/2008;

Hasil Wawancara dengan *Refly Harun, S.H., M.H., LL.M.* pada tanggal 28 April 2008

<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw>, akses pada tanggal 02/02/2008;

Papers The Professional Law School; *Constitutional Law*, Griffith College Dublin

http://www.constitution.org/cons/prin_cons.htm. diakses pada tanggal 15/02/2008;

http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_interpretation diakses pada tanggal 2/02/2008;

<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw>, akses pada tanggal 02/02/2008

http://www.constitution.org/cons/prin_cons.htm. diakses pada tanggal 2/02/2008;

http://www.usconstitution.net/consttop_intr.html;

http://www.constitution.org/cons/prin_cons.htm;

http://www.usconstitution.net/consttop_intr.html;

http://www.constitution.org/cons/prin_cons.htm;

http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_interpretation;

http://www.constitution.org/cons/prin_cons.htm;

http://www.usconstitution.net/consttop_intr.html;

<http://www.sinarharapan.co.id/berita/0611/06/opi01.html>. akses pada tanggal 4/03/2008;

<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/judicialrev.html>. diakses pada tanggal 5/03/2008;

<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/judicialrev.htm>. diakses pada tanggal 5/03/2008;

<http://majalah.hidayatullah.com/?p=643>, diunduh pada tanggal 21 Oktober 2010;

http://eprints.undip.ac.id/300/1/Nyoman_Serikat_Putra_Jaya.pdf, diunduh pada tanggal 26 Oktober 2010

Agus Raharjo, *Problematika Asas Retro-aktif Dalam Hukum Pidana Indonesia*, <http://www.unsoed.ac.id/newcmsfak/UserFiles/>

File/HUKUM/problem retroaktif.htm, diunduh pada tanggal 26 oktober 2010;

Reza Fikri Febriansyah, *Eksistensi Dan Prospek Pengaturan Perppu Dalam Sistem Norma Hukum Negara Republik Indonesia*, artikel hukum-<http://www.djpp.depkumham.go.id/htn-dan-puu>, diundu tanggal 29 Juli 2010;

<http://www.mahkamahkonstitusi.go.id>;