

HAK ASASI MANUSIA DALAM KERANGKA CITA NEGARA HUKUM (Catatan Perjuangan Di Mahkamah Konstitusi)*

A. Muhammad Asrun

Pasca Sarjana Universitas Pakuan

Jl. Pakuan Kotak Pos 452. Ciheuleut Bogor

Email: kajipublik@yahoo.co.id/dutalaw@gmail.com

DOI: [10.15408/jch.v4i1.3200](https://doi.org/10.15408/jch.v4i1.3200)

Abstract: Human rights on the one hand by the concept of natural law is an inherent right of every individual human being since birth, but on the other hand the legality of human rights must be shaped by the flow of positivism. The debate over whether human rights should be stipulated in the constitution also influence the discussion of the UUD 1945. Finally, the UUD 1945 amendments regulate the basic rights of citizens more fully starts from the premise that human rights protection is an important element in the concept of a constitutional state. Incorporated therein also setting mechanism of "judicial review" in the Constitutional Court as a means to avoid any legislation contrary to the fundamental rights of citizens as guaranteed in the constitution.

Keywords: Human Rights, State of Law, the Constitutional Court

Abstrak: Hak asasi manusia pada satu sisi menurut konsep hukum alam adalah suatu hak yang melekat pada setiap individu manusia sejak dilahirkan, tetapi pada sisi lain hak asasi harus berbentuk legalitas menurut aliran positivisme. Perdebatan apakah hak asasi manusia harus diatur dalam konstitusi juga mewarnai pembahasan UUD 1945. Akhirnya amandemen UUD 1945 mengatur hak-hak dasar warganegara secara lebih lengkap bertitik tolak dari pemikiran bahwa perlindungan hak asasi manusia merupakan satu elemen penting dalam konsep negara hukum. Dimasukkan di dalamnya juga pengaturan mekanisme "*judicial review*" di Mahkamah Konstitusi sebagai sarana untuk menghindari adanya peraturan yang bertentangan dengan hak-hak dasar warga negara sebagaimana dijamin dalam konstitusi.

Kata Kunci: HAM, Negara Hukum, Mahkamah Konstitusi

* Naskah diterima: 12 April 2016, direvisi: 24 Mei 2016, disetujui untuk terbit: 30 Mei 2016.

Pendahuluan

Konsep negara hukum menempatkan ide perlindungan hak asasi manusia sebagai salah satu elemen penting. Dengan mempertimbangkan urgensinya perlindungan hak asasi manusia tersebut, maka konstitusi harus memuat pengaturan hak asasi manusia agar ada jaminan negara terhadap hak-hak warga negara. Salah satu perubahan penting dalam Amandemen UUD 1945 adalah pengaturan hak warga negara lebih komprehensif dibanding UUD 1945 (pra-amandemen) yang mengatur secara umum dan singkat.¹ Catatan pelanggaran hak asasi manusia yang buruk di era Pemerintahan Orde Baru di bawah Presiden Suharto² memberi pelajaran bahwa setidaknya pengaturan hak-hak warga negara harus lebih rinci di dalam konstitusi. Amandemen UUD 1945 juga membuat pranata peradilan melalui Mahkamah Konstitusi untuk menggugat produk perundang-undangan yang melanggar hak-hak warga negara sebagaimana diatur dalam konstitusi.

Hak asasi manusia merupakan nilai-nilai universal yang telah diakui secara universal. Berbagai instrumen internasional mewajibkan negara-negara peserta untuk memberikan jaminan perlindungan dan pemenuhan hak warga negara. Indonesia merupakan hukum yang memiliki sejarah panjang dalam perjuangan perlindungan hak asasi manusia. Sebagai negara hukum yang demokratis, Indonesia telah meratifikasi berbagai instrumen hukum internasional.³ Perubahan mendasar dalam politik penegakan hak asasi manusia setelah reformasi 1998 tetapi tidak dapat dilepaskan dari sejarah panjang perjuangan sebelumnya.

¹ Dalam Pembahasan UUD 1945, terjadi perdebatan tentang perlu tidaknya hak-hak warga negara dimasukkan dalam pasal-pasal UUD. Dalam Rapat BPUPKI terdapat dua kutub yaitu Soepomo-Soekarno (menolak Hak warga negara masuk dalam Pasal-Pasal UUD) dan M Yamin – M. Hatta (mengusulkan hak warga negara diatur dalam Pasal-Pasal UUD). Baca: Saafroedin Bahar, dkk (penyunting), *Risalah Sidang BPUPKI – PPKI, 22 Mei 1945-22 Agustus 1945*, Jakarta: Sekretariat Negara Republik Indonesia, 1995, h. 162, 178-181, 193-300, 249-260, 263-284.

² Suharto mengundurkan diri sebagai Presiden Indonesia kedua pada 21 Mei 1998 di tengah gelombang demonstrasi anti-pemerintah dan krisis ekonomi yang menguncang Indonesia sejak pertengahan tahun 1997.

³ International Convention on the Political Rights of Women (Undang Undang No. 68 Tahun 1958), International Convention on the Elimination all Forms Discrimination Against Women (Undang-Undang No.7/1984), International Convention on the Rights of Child (Keputusan Presiden No. 36 Tahun 1990), International Convention against Apartheid in Sports (Keputusan Presiden No. 48 Tahun 1993), International Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Undang-Undang No. 5 Tahun 1998), International Convention on The Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Undang-Undang No. 29 Tahun 1999), International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Undang-Undang No. 11 Tahun 2005), International Covenant on Civil and Political Rights (Undang-Undang No. 12 Tahun 2005).

Gerakan reformasi politik yang bergulir pada tahun 1998 memunculkan ide pentingnya pengaturan hak warga negara⁴ dalam UUD, karena kuatnya desakan keinginan rakyat untuk menikmati kehidupan ketatanegaraan yang demokratis berdasarkan hukum. Keinginan rakyat tersebut tidak dapat dilepaskan dari pengalaman ketatanegaraan di bawah Presiden Soekarno dan Presiden Soeharto. Pasca gerakan reformasi 1998, muncul gerakan dilakukannya amandemen UUD 1945. Amandemen UUD 1945 tidak boleh memberikan peluang bagi munculnya praktik penyelenggaraan negara dengan kekuasaan eksekutif sebagai pendulum utama (*executive heavy*) seperti terjadi di masa lalu. Demikian pula harus dicegah praktik ketatanegaraan dengan pendulum mengarah pada legislatif (*legislative heavy*).

Amandemen UUD 1945 telah memasukkan jaminan perlindungan dan pemenuhan hak warga negara dalam konstitusi. Beberapa Pasal di dalam UUD NRI Tahun 1945 mengatur secara komprehensif tentang hak-hak asasi warga negara dan sekaligus kewajiban negara. Pengaturan dan implementasi hak-hak asasi warga negara dan kewajiban negara selayaknya dua sisi mata uang. Beberapa Pasal yang dapat disebutkan adalah sebagai berikut: Pasal 26 (penduduk dan warga negara), Pasal 27 (jaminan persamaan di muka hukum dan pemerintahan), Pasal 29 (kebebasan beragama), Pasal 30 (pertahanan negara), Pasal 31 (pendidikan), dan Pasal 32 (kebudayaan daerah).

Perubahan mendasar dalam amandemen UUD 1945 adalah pengaturan yang cukup komprehensif tentang jaminan hak warga negara yang diatur pada Pasal 28, Pasal 28A–Pasal 28J (pengaturan rinci jaminan hak-hak warga negara).

- a) Pasal 28A: hak untuk hidup dan hak mempertahankan hidup dan kehidupannya
- b) Pasal 28B: (1) hak membentuk keluarga melalui perkawinan yang sah, (2) hak melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah, (3) hak anak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang, dan (4) hak anak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.
- c) Pasal 28C: (1) hak mengembangkan diri melalui pemenuhan kebutuhan dasarnya, (2) hak mendapat pendidikan demi meningkatkan kualitas hidupnya dan demi kesejahteraan umat manusia, (3) hak memperoleh manfaat dari ilmu pengetahuan dan teknologi, seni dan budaya, demi meningkatkan kualitas hidupnya dan demi kesejahteraan

⁴ Sebelum hak asasi manusia masuk dalam UUD NRI Tahun 1945, arus penguatan perlindungan hak asasi manusia di Indonesia pasca reformasi didahului dengan terbitnya Ketetapan MPR RI No. XVII/MPR/1998 Tentang Hak Asasi Manusia dan Tahun 1999 dikeluarkan UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

A. Muhammad Asrun

umat manusia, (4) hak untuk memajukan dirinya dalam memperjuangkan haknya secara kolektif untuk membangun masyarakat, bangsa dan negaranya.

- d) Pasal 28D: (1) hak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum, (2) hak untuk bekerja serta mendapat imbalan dan perlakuan yang adil dan layak dalam hubungan kerja, (3) hak memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan, (4) hak atas status kewarganegaraan.
- e) Pasal 28E: (1) hak bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya, (2) hak memilih pendidikan dan pengajaran, (3) hak memilih pekerjaan, (4) hak memilih kewarganegaraan, (5) hak memilih tempat tinggal di wilayah negara dan meninggalkannya, serta berhak kembali, (6) hak untuk bebas meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya, (7) hak atas kebebasan berserikat, (8) hak atas kebebasan berkumpul, (9) hak atas kebebasan mengeluarkan pendapat.
- f) Pasal 28F: (1) hak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi guna mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya dan, (2) berhak untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah dan menyampaikan informasi dengan menggunakan segala jenis saluran yang tersedia.
- g) Pasal 28G: (1) hak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, (2) hak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi, (3) hak untuk bebas dari penyiksaan dan perlakuan yang merendahkan derajat martabat manusia, (4) hak memperoleh suaka politik dari negara lain.
- h) Pasal 28H: (1) hak hidup sejahtera lahir dan batin, (2) hak bertempat tinggal, (3) hak mendapatkan lingkungan hidup baik dan sehat, (4) hak memperoleh pelayanan kesehatan, (5) mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan, (6) hak atas jaminan sosial yang memungkinkan pengembangan dirinya secara utuh sebagai manusia yang bermartabat, (7) hak mempunyai hak milik pribadi dan hak milik tersebut tidak boleh diambil alih secara sewenang-wenang oleh siapapun.

- i) Pasal 28I ayat (1): hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun (1) hak untuk hidup, (2) hak untuk tidak disiksa, (3) hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, (4) hak beragama, (5) hak untuk tidak diperbudak, (6) hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum, (7) hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut.
- j) Pasal 28I ayat (2): (1) hak bebas atas perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apa pun, (2) hak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif.

Jaminan perlindungan dan pemenuhan hak warga negara tersebut perlu didukung oleh kebijakan pemerintah dalam mengimplementasikan norma-norma dasar dalam UUD 1945. Selain kewajiban dan tugas pemerintah, sebagai negara hukum yang demokratis, warga negara Indonesia harus diberikan ruang yang luas untuk berpartisipasi guna mempertahankan dan pemenuhan hak-hanya. Salah satu mekanisme yang dibangun dalam UUD 1945 adalah dengan melakukan pengujian terhadap peraturan perundang-undangan dan keputusan/tindakan administrasi yang dianggap melanggar hak warga negara dan bertentangan dengan UUD 1945. Mekanisme melalui pengujian oleh kekuasaan kehakiman dikenal dengan *judicial review*.

Cita Negara Hukum

Sebagai sebuah konsep, *negara hukum*⁵ dan *demokrasi* merupakan konsep yang berkembang⁶ dan terbuka untuk diperdebatkan dan diperbarui.⁷

⁵ Oleh banyak ahli konsep negara hukum (*the rule of law*) dan demokrasi sebagai "essentially contestable concept" karena bersifat evaluatif dan bergantung pada isu-isu normatif, ketidaksepakatan. Fallon menyatakan bahwa *The Rule of Law is a historic ideal, and appeals to the Rule of Law remain rhetorically powerful. Yet the precise meaning of the Rule of Law is perhaps less clear than ever before. Many invocations are entirely conclusory, and some appear mutually inconsistent.* Richard H. Fallon, Jr. "The Rule of Law" as a Concept in Constitutional Discourse", *Columbia Law Review*, Vol. 97, No. 1 (Jan., 1997), pp. 1-2, 7. Baca juga Baca Jeremy Waldron, "Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?" (2002) 21 *Law & Phil.* 137; Menurut Tamanaha, *the rule of law* adalah gagasan yang populer secara universal sulit dipahami (the rule of law is that this universally popular notion is elusive —seemingly hard to pin down). Brian Z. Tamanaha "The History and Elements of The Rule of Law", *Singapore Journal of Legal Studies* [2012] 232–247.

⁶ *The Rule of law* sebagai konsep dinamis antara lain dimuat dalam Deklarasi Delhi 1959 yang menyebutkan "*The concept of the Rule of Law is that the law is not static, but rather dynamic and evolving. The Rule of Law is not simply about enforcing rules, but also is aimed at preserving fundamental principles. Thus, the Rule of Law safeguards and advances not only the civil and political rights of the individual in a free society, but equally concerns the social, economic, educational and cultural conditions for realising man's legitimate aspirations and dignity.*". The International Congress of Jurists, "The Rule of Law in a Free Society", New Delhi, India 5th – 10th January 1959.

A. Muhammad Asrun

Ke dalam dua konsep tersebut diintrodusir perlindungan hak warga negara, karena perlindungan hak asasi adalah satu elemen dalam cita negara hukum dan perlindungan hak warga negara merupakan manifestasi kedaulatan rakyat yang merupakan unsur penting dalam konsep demokrasi.

Sifat dinamis dapat diamati dalam ruang dan waktu konsep *negara hukum*⁸ diimplementasikan dalam lintasan sejarah. Sejarah mencatat bahwa konsepsi *negara hukum* mengalami perkembangan dan pergeseran. Konsepsi negara hukum dapat diamati dari munculnya konsepsi negara hukum liberal (*liberale rechtsstaat*) dengan ajaran *nachwachter staat* (negara sebagai penjaga malam)⁹ bergeser menjadi *negara hukum formal* (*formele rechtsstaat*) yang salah satu pemikirnya adalah Friedrich Julius Stahl.¹⁰ Selanjutnya berkembang konsep negara hukum materiil (*materiele rechtsstaat*) yang kemudian muncul

⁷ Sebagai sebuah "essentially contestable concept", konsep *negara hukum* dan *demokrasi* bersifat terbuka yaitu tunduk pada perbaikan berkala dalam situasi baru. Baca David Collier, et.al., *Ibid*. Gagasan "essentially contestable concept" diperkenalkan oleh W.B. Gallie dalam tulisannya 'Essentially contested concepts', yang dimuat dalam *Proceedings of the Aristotelian Society*, (56, 1956). Menurut W.B. Gallie, essentially contestable concept 'inevitably involve endless disputes about their proper uses on the part of their users'. Gallie menawarkan tujuh kriteria untuk mengidentifikasi, memahami, dan penalaran tentang "konsep", yaitu: (1) *their appraisive character*, (2) *internal complexity*, (3) *diverse describability*, (4) *openness*, (5) *reciprocal recognition of their contested character among contending parties*, (6) *an original exemplar that anchors conceptual meaning*, and (7) *progressive competition, through which greater coherence of conceptual usage can be achieved*. Baca David Collier, et.al *loc.cit*.

⁸ Di Indonesia, istilah *the rule of law* sering dipadankan dengan istilah negara hukum, atau *rechstaats* dalam bahasa Belanda. Sejumlah sarjana hukum Indonesia menggunakan istilah negara hukum sebagai padanan *the rule of law*. Sebagai bacaan rujukan yang ditulis para sarjana hukum dimaksud, penulis ingin menyebut: Ismail Suny, *Pergeseran Kekuasaan Eksekutif* (Jakarta: Aksara Bam, cetakan keenam,1986); Jimly Asshidiqie, *Gagasan Kedaulatan Rakyat dalam Konstitusi dan Pelaksanaannya di Indonesia* (Jakarta: PT Ichtiar Bam van Hoeve, 1994); Oemar Seno Adji, *Peradilan Bebas Negara Hukum* (Jakarta: Penerbit Erlangga, cetakan kadi) 1985); Todung Mulya Lubis, *In Search of Human Rights, Legal-Political Dilemmas of Indonesia 's New Order, 1966-1990* (Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 1993); dan Adnan Buyung Nasution, *Aspirasi Pemerintahan Konstitusional di Indonesia, Studi Sosio-Legal atas Konstituante 1956-1959* (Jakarta: T Pustaka Utama Grafiti, 1995).

⁹ Gagasan *Rechtsstaat* dalam suasana liberalisme dan kapitalisme tumbuh di Eropa pada sekitar abad ke-18 yang dipelopori oleh Immanuel Kant yang mengidealkan paham *laissez faire laissez aller* dan gagasan negara jaga malam (*nachwachtersstaat*). Jimly Asshiddiqie, *Agenda Pembangunan Hukum Nasional di Abad Globalisasi*, Cet. I, (Jakarta: Balai Pustaka, 1998), h. 90.

¹⁰ Menurut Friedrich Julius Stahl, unsur-unsur dalam *Rechtsstaat*¹⁵ adalah (1) pengakuan hak-hak asasi manusia (*grondrechten*), (2) pemisahan kekuasaan (*scheiding van machten*), (3) pemerintahan berdasar atas undang-undang (*wetmatigheid van het bestuur*), dan (4) peradilan administrasi (*administratieve rechtspraak*). Baca Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, Jakarta, Bulan Bintang, 1992, h. 66-67.

negara-negara kesejahteraan (*welvarstaat*).¹¹ Sementara itu, dalam tradisi *anglosaxon*, muncul *the rule of law* yang diperkenalkan A.V. Dicey¹² dalam tradisi hukum Inggris yang kemudian berkembang di Amerika Serikat dengan model yang berbeda.

Konsep negara hukum dan konsep demokrasi merupakan konsep yang berbeda tetapi mempunyai kesamaan dan keselarasan dalam memberikan perlindungan hak asasi manusia dan pembatasan kekuasaan. Perkembangan negara modern dewasa ini, prinsip negara hukum (nomokrasi) sering bersandingan dengan prinsip demokrasi. Konsep negara hukum tidak dipertentangkan dengan konsep demokrasi. Kedua konsep (negara hukum dan demokrasi) berjalan bersama dan saling mendukung. Berbagai definisi¹³ tentang negara hukum memasukkan demokrasi (dalam hal ini partisipasi publik) dan hak asasi manusia menjadi elemen penting dalam negara hukum. Hal ini dapat diamati dari definisi the United Nations, yang menyatakan bahwa *the rule of law refers to:*

a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are

¹¹ Reaksi keras terhadap liberalisme kapitalisme memunculkan negara kesejahteraan, oleh Utrecht, disebut dengan negara hukum modern. Konsepsi negara hukum materiel atau negara hukum modern yang berkembang kemudian mencakup pengertian keadilan di dalamnya sebagai antitesis dari negara hukum klasik. E. Utrecht, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*. Jakarta: Ichtiar. 1962, h. 26-27

¹² Pemikiran A.V. Dicey yang dituangkan dalam bukunya *Introduction to The Study of The Law of The Constitution*. Dicey mengatakan ciri penting dalam setiap negara hukum atau disebut *the rule of law*, adalah: (1) *Supremacy of law* menentang *arbitrary power*, Dicey menjelaskan ... *the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power, and excludes the existence of arbitrariness, of prerogative, or even of wide discretionary authority on the part of the government*). (2) Asas persamaan perlakuan (*equality before the law*). Dicey mengatakan...*equality before the law, or equal subjection of all classes to the ordinary law of the land administered by the ordinary law courts*), (3) Perlindungan hak asasi manusia yang dijamin konstitusi. ... *may be used as a formula for expressing the fact that with us the law of the constitution, the rules which in foreign countries naturally form part of of constitutional code, are not the source but the consequence of the rights of individual, as defined and enforced by the courts*). A.V. Dicey, *Introduction To The Study of The Law of The Constitution*, Macmillan Press, London: 2005, h. 197-198;

¹³ Tentang negara hukum, menurut Richard H. Fallon, merupakan *konsep yang diperdebatkan dan belum ada pengertian yang tuntas*. Meski demikian menurut Fallon, secara umum konsep Negara Hukum memiliki tiga tujuan utama, yakni: (1) *the rule of law should protect against anarchy and the Hobbesian war of all against all* ; (2) *the rule of law should allow people to plan their affairs with reasonable confidence that they can know in advance the legal consequences of various actions*, (3) *the rule of law should guarantee against at least some types of official arbitrariness*. Richard H. Fallon, Jr. "The Rule of Law" as a Concept in Constitutional Discourse", *Columbia Law Review*, Vol. 97, No. 1 (Jan., 1997), pp. 1-2, 7-8.

*consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency.*¹⁴

Konsep negara hukum memiliki historis dalam perjuangan menegakkan demokrasi. Oleh karena itu konsep negara hukum dan konsep demokrasi kerap dijadikan satu istilah, yaitu konsep negara hukum yang demokratis. Hal ini disebabkan adanya keterkaitan antara nilai-nilai penunjang demokrasi dan elemen-elemen negara hukum. Kesamaan tersebut yang menjadikan satu nafas untuk menyebutkan bentuk ideal negara hukum yang melindungi hak-hak warga negara dalam satu istilah negara hukum yang demokratis.¹⁵ Sifat demokratis dari konsep negara hukum itu diperlihatkan melalui pemahaman bahwa hukum dalam negara demokratis ditentukan oleh rakyat, yang tidak lain merupakan pengaturan hubungan di antara sesama rakyat dan perlindungan hak-hak warga negara dalam konteks hubungan penguasa dan rakyat.¹⁶

Dalam perspektif demokrasi, berkembang konsep *constitutional democratic* yaitu pemerintahan yang dibatasi kekuasaannya dan tidak dibenarkan bertindak sewenang-wenang terhadap warga negaranya. Pembatasan-pembatasan tersebut dituangkan dalam konstitusi. Konsep demikian ini dikenal juga dengan "*pemerintahan berdasarkan konstitusi (constitutional goverment)*".¹⁷ Tentang konstitusi, menurut C. F. Strong konstitusi adalah kumpulan asas-asas yang mengatur dan menetapkan kekuasaan dan

¹⁴ Report of the Secretary General, "The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies", UN SC, UN Doc. S/2004/616 at 4.

Bandingkan dengan pendapat Brian Z. Tamanaha. Definisi *the rule of law* yang disampaikan Secretary General, "The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies" tersebut ditolak Brian Tamanaha yang berpendapat bahwa demokrasi dan hak asasi manusia bukan merupakan elemen penting dalam mendefinisikan *rule of law*. Menurut Tamanaha, Definisi *The rule of law* secara simpel dan mendasar adalah "*government officials and citizens are bound by and abide by the law*". Tamanaha menolak *demokrasi* dan *hak asasi manusia* sebagai elemen penting dalam mendefinisikan *The Rule of Law* seperti dalam definisi *The Rule of Law* dalam Report of the Secretary General, "The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies"; Baca Brian Z. Tamanaha "The History and Elements of The Rule of Law", Singapore Journal of Legal Studies [2012] 232-247 .

¹⁵ Arbi Sanit, Perwakilan Politik di Indonesia (Jakarta: Penerbit CV Rajawali, 1985), h. 25.

¹⁶ Guellermo S. Santos, "The Rule of Law in Unconventional Warfare", Phillipine Law Jurnal, Number 3 (july 1965), p. 455.

¹⁷ Miriam Budiardjo, Dasar-Dasar Ilmu Politik, (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2005), 52-55.

pemerintah, hak-hak yang diperintah, dan hubungan antara keduanya atau antara pemerintah dengan yang diperintah. Konstitusi dipergunakan untuk menggambarkan keseluruhan sistem ketatanegaraan suatu negara, yang merupakan kumpulan peraturan yang menetapkan dan mengatur atau menentukan pemerintah.¹⁸ *Constitutional democratic* terus berkembang sejalan dengan perkembangan perlindungan hak asasi manusia dan pembatasan kekuasaan negara.

Dalam pemahaman demikian, konsep demokratik konstitusional dan negara hukum yang demokratis terdapat irisan kesamaan dalam hal pembatasan kekuasaan negara dan perlindungan warga negara. Dalam kaitannya dengan operasionalisasi konsep negara hukum yang demokratis, tidak ada warga negara yang berada di atas hukum dan karenanya semua warga negara harus patuh pada hukum.¹⁹

Sebagai konsekuensi dari penerapan prinsip persamaan kedudukan di muka hukum, maka kekuasaan otoriter dan autokratik harus dikeluarkan dari wacana negara hukum, karena kedua tipe kekuasaan tersebut hampir dapat dipastikan pelaksanaan kekuasaan pemerintahan sarat dengan tidaknya kepastian hukum, tidak terselenggaranya peradilan yang independen dan imparial dan gagalnya penerapan prinsip persamaan di muka hukum. Penegasan ini penting dikemukakan, karena pemerintahan-pemerintahan dengan corak otoriter dan autokratik juga mengklaim dirinya sebagai negara hukum. Karena itu, perlu ada penambahan kata "demokratik" pada terminologi negara hukum.

Pembahasan lebih operasional dari konsep negara hukum yang demokratis juga dikaitkan dengan jaminan kekuasaan kehakiman yang independen sebagaimana dianut dalam tradisi hukum *anglo saxon* dan *rechtsstaats*. Keterkaitan antara pemisahan kekuasaan dengan konsep negara hukum terletak pada pengaturan batas-batas kekuasaan yudikatif, eksekutif dan legislatif ataupun hubungan di antara cabang-cabang kekuasaan tersebut dalam konstitusi.²⁰ Varian lain dari pemikiran negara hukum dapat dilihat dari

¹⁸ C. F. Strong, *Konstitusi-Konstitusi Politik Modern*, Jakarta: Nuansa dan Nusamedia, 2004, h. 9–11.

¹⁹ Teofisto T. Guingona, "The Rule of Law and Democracy in the Philippines", Beatrice Gorawantschy, Beatrice Gorawantschy, et.al., *Rule of Law and Democracy in Philippine* (Diliman: University of Philippine, 1985) h. 15.

²⁰ Dieter C. Umbach, "Basic Element of the Rule of Law in a Democratic Society", Beatrice Gorawantschy, et.al., *Rule of Law and Democracy in Philippine* (Diliman: University of Philippine, 1985) h. 24.

A. Muhammad Asrun

pandangan Friedrich Julius Stahl,²¹ yaitu elemen pemerintahan berdasarkan peraturan-peraturan, di samping unsur perlindungan hak asasi, pembagian kekuasaan dan peradilan tata usaha negara.

Dalam kaitannya dengan penyusunan suatu konstitusi, segenap elemen negara hukum yang demokratis tersebut harus dijabarkan di dalam konstitusi. Penempatan konstitusi sebagai sumber hukum tertinggi dalam suatu negara merupakan penjelmaan semangat demokrasi. Konstitusi kemudian diartikan sebagai benteng demokrasi. Bertitik tolak dari konstruksi berfikir demikian, maka para pemikir hukum mengaitkan ajaran demokrasi dalam kontelasi semangat hukum, atau sering diucapkan dalam satu istilah konsep negara hukum yang demokratis (*democratische rechtsstaat*).

Pengujian UU di MK

Dalam negara hukum yang demokratis, keterlibatan rakyat dalam pengambilan keputusan sangat penting. Warga negara tidak hanya berperan untuk ikut dalam proses pembuatan keputusan. Rakyat juga berhak untuk melakukan kontrol terhadap produk hukum yang dibuat legislator dan eksekutif. Terhadap produk hukum dan/atau keputusan dan tindakan badan/pejabat tata usaha negara. Warga negara dapat terlibat dalam *executive review/preview*, *legislative review*, dan *judicial review*. Dalam *executive review/preview*, *legislative review* warga negara dapat terlibat aktif memberi masukan dalam proses pengambilan keputusan. Tidak berhenti di situ, warga negara juga dapat melakukan keberatan terhadap produk hukum dan keputusan/tindakan pejabat tata usaha negara.

Judicial review merupakan bentuk kontrol kekuasaan kehakiman terhadap kekuasaan legislatif dan kekuasaan eksekutif. *Judicial review* menjadi pilar penting dalam prinsip pemisahan kekuasaan.²² Hans Kelsen meletakkan

²¹ Oemar Seno Adji Peradilan Bebas Negara Hukum (Jakarta: Penerbit Airlangga, 1985) h. 16

²² Pemisahaan kekuasaan di antara ketiga cabang kekuasaan dipandang sebagai sesuatu yang mutlak oleh Montesquieu. Mengenai pemisahan legislatif dan eksekutif, dia mengatakan: "Bila kekuasaan legislatif dan eksekutif dipegang oleh satu orang atau sebuah badan kehakiman, maka tidak ada kebebasan karena warga negara akan khawatir jika raja atau senat yang membuat undang-undang tirani akan menghukum atau memerintah mereka melalui tirani." Mengenai perlunya pemisahan kekuasaan kehakiman dipisahkan dari cabang-cabang kekuasaan negara lainnya, Montesquieu mengemukakan: "Kebebasanpun tidak ada jika kekuasaan kehakiman tidak dipisahkan dari kekuasaan legislatif dan kekuasaan eksekutif. Jika kekuasaan kehakiman disatukan dengan kekuasaan legislatif, maka kekuasaan atas kehidupan dan kebebasan warga negara akan dijalankan sewenang-wenang karena hakim akan menjadi pembuat hukum. Jika kekuasaan kehakiman ini disatukan dengan kekuasaan eksekutif, maka hakim bisa menjadi penindas."

gagasan utama dari konsep pemisahan kekuasaan pada *the judicial review of legislation*.²³ Karena menurut dia, uji material atas suatu perundang-undangan merupakan suatu elemen demokrasi. Kelsen melihat konsep pemisahan kekuasaan ini dalam kerangka organisasi politik.²⁴ Pendapatnya itu dikaitkan dengan fakta bahwa fungsi ketiga cabang kekuasaan dimaksud berfungsi melakukan pelayanan publik, karena itu harus ada garis yang memisahkan dan membagi ketiganya secara jelas. Ketiga cabang kekuasaan juga tidak diperkenankan menjadi satu lebih berkuasa dari yang lain dan harus menjalankan kekuasaannya berdasarkan undang-undang yang telah ditetapkan.

Judicial review dapat dijalankan jika ada jaminan independensi peradilan. *Judicial review* tidak bisa dilepaskan dari *independent judiciary*, karena *judicial review* merupakan salah satu pelaksanaan *independent judiciary* yang berdasar pada doktrin trias politika²⁵ Perdebatan tentang independensi peradilan tidak dapat dilepaskan dari pembahasan kekuasaan kehakiman sebagai suatu cabang kekuasaan negara erat dikaitkan dengan konsep negara hukum (*the rule of law*), di mana proses peradilan yang independen dan imparisial merupakan salah satu syarat tegaknya negara hukum.²⁶

Praktik *judicial review* sendiri terdapat perbedaan antara satu negara dengan negara lainnya. Bahkan negara-negara dalam satu rumpun tradisi hukum juga berbeda. Inggris dan Amerika Serikat misalnya, sebagian negara dengan tradisi Anglo Saxon, kedua negara menerapkan *judicial review* secara berbeda. Amerika Serikat merupakan negara yang secara kuat menerapkan *judicial review* sementara Inggris tidak mengenal *judicial review/constitutional*

Montesquieu, *Membatasi Kekuasaan, Telaah Mengenai Jiwa Undang-Undang* (judul asli *L'esprit des Lois*), terjemahan Indonesia J.R. Sunaryo, Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 1993, h. 51-52.

²³ Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (Reine Rechtslehre), terjemahan Inggris Max Knight (Berkeley: University of California Press, 1967), 290-299. *baca juga* Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, *Op.Cit.*, 269-282.

²⁴ *Ibid.*, 269.

²⁵ Adnan Buyung Nasution, *Arus Pemikiran Konstitusionalisme: Hukum dan Peradilan*, (Jakarta: Kata Hasta Pustaka, 2007), h. 27.

²⁶ Ada lima elemen dalam negara hukum, di mana lebih rincinya adalah: "(1) *The first element is the capacity of legal rules, standards, or principles to guide people in the conduct of their affairs*; (2) *The second element of the Rule of Law is efficacy, or the law should actually guide people*; (3) *The third element is stability, in which the law should be reasonably stable, in order to facilitate planning and coordinated action over time*; (4) *The fourth element of the Rule of Law is the supremacy of legal authority, meaning the law should rule officials, including, as well as ordinary people citizens*; (5) *The final element involves instrumentalities impartial justice, meaning courts should be available to enforce the law and should employ fair procedures.*" *Baca* Richard H. Fallon, Jr., "The Rule of Law as a Concept in Constitutional Discourse," *Columbia Law Review*, Vol. 97 (January 1997), 8-9.

A. Muhammad Asrun

review dalam arti pengujian undang-undang terhadap konstitusi karena Inggris menganut sistem kedaulatan parlemen/supremasi parlemen (*supremacy of parlement*).²⁷

Indonesia, setelah melalui perjalanan panjang sejak persiapan kemerdekaan, berdasarkan UUD 1945 menerapkan *judicial review*. Konstruksi yang dibangun dalam UUD 1945 adalah kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk melakukan *judicial review* merupakan kewenangan atribusi yang diatur dalam Pasal 24C ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 yang kemudian dijabarkan dalam Undang-Undang No. 48 Tentang Kekuasaan Kehakiman²⁸ dan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi²⁹ sebagaimana diubah berdasarkan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Berdasarkan UUD NRI Tahun 1945 Mahkamah Konstitusi mempunyai 4 (empat) kewenangan dan 1 (satu) kewajiban. Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk:

- a. Menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
- b. Memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
- c. Memutus pembubaran partai politik, dan
- d. Memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.

Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden diduga:

1. Telah melakukan pelanggaran hukum berupa
 - a) penghianatan terhadap negara;
 - b) korupsi;

²⁷ Menurut Dicey, prinsip kedaulatan perlemen hanya berarti bahwa parlemen, menurut Konstitusi Inggris, memiliki hak untuk membuat dan membatalkan hukum apapun dan tidak ada orang atau badan lagi yang diakui hukum Inggris berhak membatalkan atau mengesampingkan legislasi parlemen. AV Dicey, *Introduction... op.cit.*, hlm. 37-38; John Alder mengatakan bahwa *this has tree separate aspects: (1) Parliament has unlimited lawmaking power in the sense that it can make any kind of law; (2) The legal validity of laws made by Parliament cannot be questioned by any other body; (3) A parliament cannot bind a future parliament.* John Alder, *Constitutional and Administrastive Law*, NY: Palgrave Macmillan law Master, 2007, h. 199.

²⁸ Indonesia, Undang-Undang tentang Kekuasaan Kehakiman, UU Nomor 48 Tahun 2004, LN RI Tahun 2004 Nomor 158, TLN RI Nomor 5076.

²⁹ Indonesia, Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi, UU No. 24 Tahun 2003, LN Tahun 2003 Nomor 98, TLN RI Nomor 4316

- c) penyuaipan;
 - d) tindak pidana lainnya; atau
2. Perbuatan tercela, dan/atau
 3. Tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden sebagaimana dimaksud dalam UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Pengakuan hak setiap Warga Negara Republik Indonesia untuk mengajukan permohonan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 merupakan salah satu indikator kemajuan dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 merupakan manifestasi jaminan konstitusional terhadap pelaksanaan hak-hak dasar setiap warga negara sebagaimana diatur dalam Pasal 24C UUD 1945 *juncto* UU No. 24 Tahun 2003. Mahkamah Konstitusi merupakan badan peradilan yang menjaga hak asasi manusia sebagai manifestasi peran *the guardian of the constitution* (pengawal konstitusi) dan *the sole interpreter of the constitution* (penafsir tunggal konstitusi).

Pengakuan hak setiap warga negara Indonesia untuk mengajukan permohonan pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945 merupakan suatu indikator perkembangan ketatanegaraan yang positif, yang merefleksikan adanya kemajuan bagi penguatan prinsip-prinsip negara hukum, di mana Undang-Undang sebagai sebuah produk politik dari DPR dan Presiden dapat dilakukan pengujian konstitusionalitasnya pada lembaga yudisial, sehingga sistem *check and balances* berjalan dengan efektif.

Mahkamah berfungsi sebagai pengawal sekaligus penjaga dari hak-hak konstitusional setiap warga negara. Mahkamah merupakan badan yudisial yang bertugas menjaga hak asasi manusia sebagai hak konstitusional dan hak hukum setiap warga negara. Permohonan pengujian Undang-Undang dikaitkan dengan ketentuan Pasal-Pasal apa dalam UUD yang dilanggar oleh ketentuan Undang-Undang.

Berikut ini catatan pelaksanaan pengujian konstitusionalitas Undang-Undang terhadap UUD 1945 yang telah dilaksanakan di Mahkamah Konstitusi, yaitu antara lain:

1) Hak Politik Bekas Anggota Organisasi Terlarang (Putusan No 011-017/PUU-I/2003)

Pada masa orde baru, dilakukan pembatasan terhadap hak-hak politik bekas anggota organisasi terlarang khususnya Partai Komunis Indonesia (PKI) beserta organisasi sayapnya. Kebijakan hukum yang dibuat Pemerintah Orde

A. Muhammad Asrun

Baru adalah larangan untuk menduduki berbagai jabatan publik bagi bekas anggota PKI dan organisasi massanya atau orang yang pernah terlibat dalam G.30.S/PKI baik langsung maupun tidak langsung. Kebijakan hukum demikian dituangkan di berbagai Undang-Undang yang mengatur jabatan publik, baik yang dibuat sebelum reformasi maupun setelah reformasi. Begitu juga halnya dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah.

Pengaturan syarat calon pejabat publik bukan bekas anggota organisasi terlarang Partai Komunis Indonesia merupakan kebijakan hukum yang mencabut dan membatasi hak politik warga negara tanpa batas waktu. Kebijakan hukum demikian dianggap oleh sebagian masyarakat merupakan pelanggaran hak asasi manusia. Hak warga negara untuk memilih dan dipilih (*right to vote and right to be candidated*) adalah hak yang dijamin oleh konstitusi, undang-undang maupun konvensi internasional, maka pembatasan penyimpangan, peniadaan dan penghapusan terhadap hak tersebut merupakan pelanggaran terhadap hak asasi dari warga negara.

Mahkamah Konstitusi, melalui Putusan Nomor 011-017/PUU-I/2003 membuat kebijakan hukum yaitu memulihkan hak-hak politik warga negara mantan anggota organisasi terlarang khususnya mantan anggota Partai Komunis Indonesia. Melalui Putusan 011-017/PUU-I/2003, Mahkamah Konstitusi membatalkan ketentuan Pasal 60 huruf g Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah.

2) Pemilu Kepala Daerah (Putusan No. 072- 073 /PUU-II/2004)

Putusan 072- 073 /PUU-II/2004 meletakkan dasar kebijakan bagi Pemerintah dan DPR dalam membuat kebijakan hukum tentang pemilu kepala daerah yang dipilih secara demokratis menurut Pasal 18 ayat (4) UUD 1945 dan kaitannya dengan ketentuan Pasal 22E UUD NRI Tahun 1945. Meski tidak secara tegas, Putusan Nomor 072- 073 /PUU-II/2004 menyatakan pemilihan umum kepala daerah sebagai rezim Pemilu sebagaimana Pasal 22 E UUD 1945. Putusan ini menjadi dasar bagi Pembuat undang-undang dalam membuat kebijakan menentukan pemilu kepala daerah dimasukkan dalam rezim Pemilihan umum serta kebijakan penyelesaian sengketa hasil pemilihan umum kepala daerah menjadi kewenangan Mahkamah Konstitusi.

Putusan Nomor 072- 073 /PUU-II/2004 terdiri dari dua permohonan yaitu 072/PUU-II/2004 dan 073/PUU-II/2004. Materi pokok dalam permohonan

072/PUU-II/2004 adalah Pasal-Pasal dalam Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah yaitu:

- a. Ketentuan Pasal 1 angka 21 sepanjang menyangkut anak kalimat "*....yang diberi wewenang khusus oleh undang-undang ini untuk menyelenggarakan pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah di setiap provinsi dan/atau kabupaten/kota*";
- b. Pasal 57 ayat (1) sepanjang menyangkut anak kalimat "*yang bertanggung jawab kepada DPRD*";
- c. Pasal 57 ayat (2);
- d. ketentuan Pasal 65 ayat (4) sepanjang menyangkut anak kalimat "*dengan berpedoman pada Peraturan Pemerintah*";
- e. Pasal 89 ayat (3) sepanjang menyangkut anak kalimat "*diatur dalam Peraturan Pemerintah*";
- f. Pasal 94 ayat (2) sepanjang menyangkut anak kalimat "*berpedoman pada Peraturan Pemerintah*"; dan
- g. Pasal 114 ayat (4) sepanjang menyangkut anak kalimat "*diatur dalam Peraturan Pemerintah*".

3) Pasangan Calon Kepala Daerah Independen (Putusan No. 5/PUU-V/2007)

Berkaitan dengan pasangan calon kepala daerah dan wakil kepala daerah yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah telah dilakukan dua kali *judicial review* oleh Mahkamah Konstitusi yaitu dalam Perkara No. 005/ PUU-V/2005 tentang pengujian Penjelasan Pasal 59 ayat (1) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 dan perkara No. 5/PUU-V/2007 tentang Pengujian Pasal 59 ayat (1) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004.

Pasal 59 ayat (1) menyatakan bahwa "*Peserta pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah adalah pasangan calon yang diusulkan secara berpasangan oleh partai politik atau gabungan partai politik*";

Penjelasan Pasal 59 ayat (1) menyatakan bahwa "*Partai politik atau gabungan partai politik dalam ketentuan ini adalah partai politik atau gabungan partai politik yang memiliki kursi di DPRD*".

Perkara No. 005/PUU-V/2005 tentang pengujian Penjelasan Pasal 59 ayat (1) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 dimohonkan oleh Para Pemohon mengajukan permohonan dalam kualifikasi sebagai kumpulan perorangan maupun sebagai Para Ketua Dewan Pimpinan Wilayah dari 12

A. Muhammad Asrun

partai politik di Sulawesi Utara yang tidak memperoleh kursi dalam pemilihan umum yang lalu, akan tetapi memperoleh dukungan suara secara keseluruhan sebanyak 34,3 % suara.

Dalam putusannya, Mahkamah Konstitusi menyatakan Penjelasan Pasal 59 ayat (1) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, bertentangan dengan Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, sehingga calon independen diperkenankan untuk mengikuti Pemilu Kepala Daerah.

4) Hak Mantan Narapidana Menduduki Jabatan Publik

Upaya untuk mendapatkan pejabat yang bersih untuk menduduki jabatan publik oleh pembuat undang-undang direspon dengan membuat aturan yang mensyaratkan calon pejabat tidak pernah *dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun atau lebih*. Kebijakan hukum tersebut dituangkan dalam berbagai Undang-Undang. Terhadap kebijakan hukum demikian, telah dilakukan dua kali pengujian yaitu dalam perkara Nomor 14-17/PUU-V/2007 dan perkara Nomor 4/PUU-VII/2009, kemudian Mahkamah Konstitusi membolehkan mantan narapidana yang dijatuhi pidana penjara dengan ancaman hukuman di atas 5 tahun untuk mengikuti seleksi jabatan publik, dengan syarat:

- (1). Tidak mencakup tindak pidana yang timbul karena kealpaan ringan (*culpa levis*), meskipun ancaman pidananya 5 (lima) tahun atau lebih;
- (2). Tidak mencakup kejahatan politik;
- (3). Berlaku terbatas jangka waktunya hanya selama 5 (lima) tahun sejak terpidana selesai menjalani hukumannya;
- (4). Dikecualikan bagi mantan terpidana yang secara terbuka dan jujur mengemukakan kepada publik bahwa yang bersangkutan mantan terpidana;
- (5). Bukan sebagai pelaku kejahatan yang berulang-ulang;

5) Pembatasan Masa Jabatan Kepala Daerah (Putusan No 8/PUU-VI/2008 dan Putusan No. 22/PUU-VII/2009)

Dalam perkara Nomor 8/PUU-VI/2008 Mahkamah Konsitusi menguji Pasal 58 huruf o UU 32/2004 beserta Penjelasan yang berkenaan dengan masa jabatan Kepala Daerah. Dalam putusan Nomor 8/PUU-VI/2008,

Mahkamah Konstitusi memberikan batasan jabatan Kepala Daerah sebagaimana dimaksud dalam ketentuan Pasal 58 huruf o UU 32/2004.

Pasal 58 huruf o UU 32/2004 menentukan :

“Calon Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah adalah warga negara Republik Indonesia yang memenuhi syarat:

o. belum pernah menjabat sebagai kepala daerah atau wakil kepala daerah selama 2 (dua) kali masa jabatan dalam jabatan yang sama”;

Dalam Perkara Nomor 22/PUU-VII/2009 pokok permohonan pada pengujian Pasal 58 huruf o Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah. Dalam putusannya, Mahkamah Konstitusi menafsirkan masa jabatan satu periode, yaitu menyatakan bahwa masa jabatan yang dihitung satu periode adalah masa jabatan yang telah dijalani setengah atau lebih dari setengah masa jabatan.

6) Larangan Publikasi Quick-count pada Masa Tenang dan Pemungutan Suara (Putusan No. 9/PUU-VII/2009 dan Putusan No. 98/PUU-VII/2009)

Kegiatan jajak pendapat, survei atau perhitungan cepat (*quick count*) tentang hasil Pemilu dengan menggunakan metode ilmiah merupakan kegiatan berbasis ilmiah yang juga harus dilindungi dengan jiwa dan prinsip kebebasan akademik-ilmiah. Hal demikian dijamin Pasal 31 ayat (1), ayat (3), dan ayat (5) UUD 1945 dan ketentuan Pasal 28F UUD 1945. Selain dijamin oleh konstitusi, jajak pendapat, survei, atau penghitungan cepat (*quick count*) hasil pemungutan suara pemilu dengan menggunakan metode ilmiah juga merupakan media pendidikan politik warga negara serta dapat digunakan sebagai sarana pengawasan dan penyeimbang dalam proses penyelenggaraan negara termasuk pemilihan umum.

Keberadaan dan manfaat jajak pendapat, survei atau perhitungan cepat (*quick count*) tentang hasil Pemilu demikian oleh Undang-Undang Tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD dan Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden dibatasi. Pembatasan demikian dianggap oleh para penggiat jajak pendapat, survei atau perhitungan cepat (*quick count*) merugikan hak-haknya. Kedua Undang-Undang tersebut melarang pengumuman *hasil survei atau jajak pendapat pada masa tenang dan masa pencoblosan*. (Pasal 245 ayat (2) dan ayat (3) UU No. 10 Tahun 2008 dan Pasal 188 ayat (2) dan ayat (3) UU No. 42 Tahun 2008).

Terhadap pelanggaran pengumuman jajak pendapat, survei atau perhitungan cepat (*quick count*) dilakukan dua pengujian yaitu dalam perkara

A. Muhammad Asrun

Putusan Nomor 9/PUU-VII/2009 dan Putusan Nomor 98/PUU-VII/2009, Mahkamah Konstitusi mencabut larangan hasil *quick-count* di masa tenang dan pemungutan suara tersebut.

7) Hak Pilih Warga Negara dalam Pemilu Putusan No. 102/PUU-VII/2009 dan Putusan No. 85/PUU-X/2012

Dalam Putusan Nomor 102/PUU-VII/2009, Mahkamah Konstitusi membuat Putusan yang bersifat *selfexecuting* yang langsung dapat diterapkan oleh KPU tanpa memerlukan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu) guna melindungi, menjamin, dan memenuhi hak konstitusional warga negara untuk menggunakan hak pilihnya. Menyongsong Pemilu Presiden dan Wakil Presiden 2009, maka sejumlah warga negara mengajukan pengujian terhadap ketentuan Pasal 28 dan Pasal 111 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 Tentang Pemilu Presiden dan Wakil Presiden.

Permohonan Perkara Nomor 102/PUU-VII/2009 didorong oleh banyaknya warga negara atau setidaknya oleh para pemohon yang kehilangan hak suara atau hak memilih dalam pemilihan umum Anggota DPR, DPD, DPRD pada tahun 2009. Hilangnya hak suara atau hak memilih. Pada Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD tanggal 9 April 2009 para Pemohon tidak dapat memilih karena tidak tercantum dalam daftar pemilih tetap (DPT). Hal ini dikarenakan ketentuan Pasal 20 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD yang berbunyi, "*Untuk dapat menggunakan hak memilih, warga negara Indonesia harus terdaftar sebagai pemilih.*"

Sejumlah warga negara juga mengajukan pengujian Pasal 69 ayat (1) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004. Putusan No. 85/PUU-X/2012 dan Putusan No. 102/PUU-VII/2009, yang bersifat *selfexecuting*, Mahkamah Konstitusi menyatakan:

- Mengabulkan permohonan para Pemohon untuk sebagian;
- Menyatakan Pasal 28 dan Pasal 111 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden adalah konstitusional sepanjang diartikan mencakup warga negara yang tidak terdaftar dalam DPT dengan syarat dan cara sebagai berikut:
 - 1) Selain Warga Negara Indonesia yang terdaftar dalam DPT, Warga Negara Indonesia yang belum terdaftar dalam DPT dapat menggunakan hak pilihnya dengan menunjukkan Kartu Tanda Penduduk (KTP) yang masih berlaku atau Paspor yang masih berlaku bagi Warga Negara Indonesia yang berada di luar negeri;

- 2) Warga Negara Indonesia yang menggunakan KTP harus dilengkapi dengan Kartu Keluarga (KK) atau nama sejenisnya;
- 3) Penggunaan hak pilih bagi Warga Negara Indonesia yang menggunakan KTP yang masih berlaku hanya dapat digunakan di Tempat Pemungutan Suara (TPS) yang berada di RT/RW atau nama sejenisnya sesuai dengan alamat yang tertera di dalam KTP-nya;
- 4) Warga Negara Indonesia sebagaimana disebutkan dalam angka 3 di atas, sebelum menggunakan hak pilihnya, terlebih dahulu mendaftarkan diri pada KPPS setempat;
- 5) Warga Negara Indonesia yang akan menggunakan hak pilihnya dengan KTP atau Paspor dilakukan pada 1 (satu) jam sebelum selesainya pemungutan suara di TPS atau TPS Luar Negeri setempat.

8) *E-voting* dalam penandaan Pemilihan Umum (Putusan No. 147/PUU-VII/2009)

Pemohon dari Perkara Nomor 147/PUU-VII/2009 adalah adalah Bupati Jembrana, Provinsi Bali (Pemohon I) dan 20 Kepala Dusun di Kabupaten Jembrana Provinsi Bali (Pemohon II sampai Pemohon XXI) yang di beberapa daerah telah berhasil menyelenggarakan pemilihan kepala dusun dengan menggunakan sistem *e-voting*. Para Pemohon menguji konstitusionalitas Pasal 88 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah terhadap UUD 1945. Pasal 88 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 yang menyatakan, "*Pemberian suara untuk pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah dilakukan dengan mencoblos salah satu pasangan calon dalam surat suara*".

Menurut Pemohon telah dilaksanakan penggunaan mekanisme *e-voting* dengan KTP ber-*chip* dalam kegiatan pemilihan pemimpin di tingkat desa di Kabupaten Jembrana, Provinsi Bali, yaitu Pemilihan Kepala Dusun (Kelihan Banjar Dinas) di Desa Yehembang, di Desa Pohsanten, Kecamatan Mendoyo, dan di Desa Perancak, Kecamatan Jembrana. Bahwa pengajuan *e-voting* oleh para Pemohon dimaksudkan agar para Pemohon dapat menggunakan *e-voting* dalam Pemilu Kabupaten Jembrana Tahun 2010 merupakan manifestasi hak memilih (*rights to vote*), karena tidak bertentangan dengan Pasal 28 ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945. Mahkamah Konstitusi dalam putusan Nomor 147/PUU-VII/2009 mengabulkan permohonan pemohon untuk penggunaan "*e-voting*" dalam Pemilu Bupati Jembrana Tahun 2009.

Penutup

Perlindungan hak warga negara telah menjadi pembicaraan serius sejak persiapan kemerdekaan Indonesia, yaitu ketika para bapak bangsa mendiskusikan untuk memasukkan aturan perlindungan hak asasi ke dalam UUD 1945, dengan dua pandangan yang ekstrim. *Pertama*, Sukarno – yang kemudian menjadi Presiden Pertama Republik Indonesia -- dan guru besar ilmu hukum Profesor Soepomo menolak memasukkan soal hak asasi manusia ke dalam UUD 1945, karena menurut mereka negara sebagai “kepala keluarga” bagi rakyatnya pastilah memberikan perlindungan kepada warganya tanpa harus ada aturan perlindungan warga negara di dalam konstitusi. *Kedua*, Mohammad Hatta – yang kemudian menjadi Wakil Presiden -- dan Professor Muhammad Yamin berpendapat penting memasukkan perlindungan hak warga negara ke dalam konstitusi supaya ada kepastian hukum. Perlindungan hak warga negara mencapai momentum ketika diadakan amandemen UUD 1945.

Kecemasan Mohammad Hatta dan Yamin tersebut terbukti kemudian di era Demokrasi Terpimpin Sukarno dan Orde Baru Suharto, yaitu terjadi pelanggaran massif terhadap hak asasi manusia. Pada kedua era pemerintahan tersebut terjadi pelanggaran hak warga negara, baik dalam pengertian hak politik berupa kebebasan berkumpul maupun hak politik berupa kebebasan memilih pemimpin nasional dalam sebuah pemilihan umum. Bahkan Sukarno pernah dinobatkan menjadi Presiden seumur hidup melalui proses hukum yang inkonstitusional di Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara. Suharto menjadi Presiden Indonesia kedua dan menjadi pemimpin sampai 32 tahun sebelum mengundurkan diri pada 21 Mei 1998 di tengah arus demonstrasi anti-pemerintah selama berbulan-bulan.

Gelombang reformasi 1998, memicu kembali gagasan pengaturan hak warga negara dalam UUD dan keinginan rakyat yang kuat untuk menikmati kehidupan ketatanegaraan yang demokratis berdasarkan hukum. Salah satu perubahan penting dalam Amandemen UUD 1945 adalah pengaturan hak warga negara lebih komprehensif dibanding UUD 1945 (pra-amandemen) yang mengatur secara umum dan singkat. Selain mengatur hak-hak warga negara dalam konstitusi, amandemen UUD 1945 juga mengintrodusir lembaga *judicial review* sebagai upaya menolak peraturan perundang-undangan yang bertentangan dengan hak-hak asasi. Produk hukum yang tidak demokratis dan inkonstitusional juga tidak boleh lagi mengulang munculnya praktik penyelenggaraan negara dengan kekuasaan negara yang otoriter dan tidak demokratis. *Judicial review* di Mahkamah Konstitusi akan menghindarkan

hadirnya produk undang-undang yang inkonstitusional, terutama yang bertentangan dengan hak-hak warga negara.

Pustaka Acuan

- Adji, Oemar Seno, *Peradilan Bebas Negara Hukum*, Jakarta: Penerbit Erlangga, 1985.
- Alder, John. *Constitutional and Administrative Law*, New York: Palgrave Macmillan Law Master, 2007.
- Asshiddiqie, Jimly. *Gagasan Kedaulatan Rakyat dalam Konstitusi dan Pelaksanaannya di Indonesia*, Jakarta: PT Ichtiar van Hoeve, 1994.
- Asshiddiqie, Jimly. *Agenda Pembangunan Hukum Nasional di Abad Globalisasi*, Cet. I, Jakarta: Balai Pustaka, 1998.
- Azhary, Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, Jakarta, Bulan Bintang, 1992.
- Bahar, Saafroedin, dkk (ed.), *Risalah Sidang BPUPKI – PPKI, 22 Mei 1945-22 Agustus 1945*, Jakarta: Sekretariat Negara Republik Indonesia, 1995.
- Cane, Pater. *Understanding Judicial Review and Its Impact*, dalam *Judicial Review and Bureaucratic Impact: International and interdisciplinary Perspective*, ed. by Marc Hertogh and Simon Halliday, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- C.F., Strong, *Konstitusi-Konstitusi Politik Modern*, Jakarta: Nuansa dan Nusamedia, 2004.
- Collier, David. et.al “Essentially Contested Concepts: Debates and Applications” *Journal of Political Ideologies* (October 2006), 11(3).
- Dicey, A.V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London: MacMillan Press, 2005).
- Fallon, Richard H. Jr. “The Rule of Law” as a Concept in Constitutional Discourse”, *Columbia Law Review*, Vol. 97, No. 1 (Jan., 1997).
- Guingona, Teofisto T. “The Rule of Law and Democracy in the Phillipines”, Beatrice Gorawantschy, Beatrice Gorawantschy, et.al., *Rule of Law and Democracy in Philippine*. Diliman: University of Philippine, 1985.
- Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law* (Reine Rechtslehre), terjemahan Inggris Max Knight Berkeley: University of California Press, 1967), 290-299.
- Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Lubis, Todung Mulya, *In Search of Human Rights, Legal-Political Dilemmas of Indonesia’s New Order, 1966-1990*, Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 1993.

A. Muhammad Asrun

- Montesquieu, *Membatasi Kekuasaan, Telaah Mengenai Jiwa Undang-Undang* (judul asli *L'esprit des Lois*), terjemahan Indonesia J.R. Sunaryo, Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 1993.
- Nasution, Adnan Buyung. *Arus Pemikiran Konstitusionalisme: Hukum dan Peradilan*, Jakarta: Kata Hasta Pustaka, 2007.
- Nasution, Adnan Buyung. *Aspirasi Pemerintahan Konstitusional di Indonesia, Studi Sosio-Legal atas Konstituante 1956-1959*, Jakarta: Pustaka Utama Grafiti, 1995.
- Report of the Secretary General, "The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies", UN SC, UN Doc. S/2004/616 at 4.
- Sanit, Arbi, *Perwakilan Politik di Indonesia*, Jakarta: Penerbit CV Rajalawi, 1985.
- Suny, Ismail, *Pergeseran Kekuasaan Eksekutif*, Jakarta: Aksara Baru, cetakan keenam, 1986.
- Santos, Guellermo S. "The Rule of Law in Unconventional Warfare", *Phillipine Law Jurnal*, Number 3 (july 1965).
- Tamanaha, Brian Z. "The History and Elements of The Rule of Law", *Singapore Journal of Legal Studies* [2012].
- The International Congress of Jurists, "The Rule of Law in a Free Society", New Delhi, India 5th – 10th January 1959.
- Umbach, Dieter C. "Basic Element of the Rule of Law in a Democratic Society", in Beatrice Gorawantschy, et.al., *Rule of Law and Democracy in Philipppinese*. Diliman: University of Philipphine, 1985.
- Utrecht, E, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*. Jakarta: Penerbit Ichtiar. 1962.
- Waldron, Jeremy. "Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept, Florida: Law & Phil, 2002.