

STUDY COMPLETION JURIDICAL CONSTITUTIONAL COMPLAINT THROUGH JUDICIAL REVIEW IN THE CONSTITUTIONAL COURT

Nanik Prasetyoningsih

Universitas Muhammadiyah Yogyakarta
nanikprasetyoningsih@yahoo.com; nprasetyoningsih@gmail.com.

Abstract

Guarantee the implementation of the constitutional guarantee of the right of citizens of Indonesia is becoming very important. Violations of constitutional rights are submitted to the Constitutional Court couldn't be processed, because it is not available legal instruments. The focus of this paper is to study examines whether justice has been obtained by the applicant's constitutional complaint if the settlement of his case through the judicial review mechanism? Type of legal study is sociological jurisprudence, reviewing "law as it is Decided by judges trough judicial processes", starting from the view that the law is what was decided by the judge, as "judge made law".

Constitutional Complaint was a citizen complaint to the Constitutional Court because it gets the treatment from the government as opposed to the 1945 Constitution. Judicial review is a judicial review against the 1945 Constitution. Legal justice to be realized through the Constitutional Court to be different between judicial review and constitutional complaint, considering the outcome of different objects dispute verdict was supposed to be different. Object of judicial review dispute is an Act, while the object of constitutional complaint dispute is a constitutional right. Reality shows that substantive justice difficult to achieve if completed constitutional complaint using the mechanism of judicial review. Constitutional complaint is relevant to regulated

in Indonesia because of as the rule of law and democracy state. Constitutional Court as an institution that serves as the guardian of the constitution should do the protection of the people's fundamental rights. The Constitutional Court must be able to accommodate and distribute personal grievance or a constitutional complaint as an extraordinary remedy in defending the constitutional rights of every individual citizen.

Keywords: (1) constitutional rights; (2) judicial review; (3) constitutional complaint.

Abstrak

Jaminan hak konstitusional warga negara Indonesia saat ini menjadi sangat penting. Pelanggaran hak konstitusional masyarakat yang diajukan ke Mahkamah Konstitusi, tidak dapat diproses semuanya, karena tidak tersedia instrumen hukumnya. Fokus kajian tulisan ini adalah mengkaji apakah keadilan sudah dapat diperoleh oleh para pemohon constitutional complaint apabila penyelesaian perkaranya melalui mekanisme judicial review? Tipe kajian hukumnya adalah sociological jurisprudence, mengkaji "law as it is decided by judges through judicial processes", bertolak dari pandangan bahwa hukum adalah apa yang diputuskan oleh Hakim, tersistematisasi sebagai "judge made law".

Constitutional Complaint adalah pengaduan warga negara ke Mahkamah Konstitusi karena mendapat perlakuan dari pemerintah yang bertentangan dengan UUD NRI 1945. Judicial review adalah pengujian undang-undang terhadap UUD NRI 1945. Keadilan hukum yang hendak diwujudkan melalui Putusan MK menjadi berbeda antara judicial review dan constitutional complaint, mengingat objek sengketa berbeda maka outcome putusannya pun seharusnya berbeda. Objek sengketa judicial review adalah UU, sedangkan objek sengketa constitutional complaint adalah hak konstitusional. Realitas ini menunjukkan bahwa substantive justice sulit tercapai apabila menyelesaikan constitutional complaint menggunakan mekanisme judicial review.

Constitutional complaint menjadi relevan untuk diatur di negara Indonesia sebagai negara hukum dan negara demokrasi. Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga yang berfungsi sebagai the guardian of the constitution, termasuk melindungi

fundamental rights setiap rakyat. Mahkamah Konstitusi harus mampu menampung dan menyalurkan personal grievance atau constitutional complaint sebagai upaya hukum yang luar biasa dalam mempertahankan hak-hak konstitusional bagi setiap individu warga negara.

Kata Kunci: constitutional rights; judicial review; constitutional complaint.

PENDAHULUAN

Mahkamah Konstitusi dilahirkan dari hasil amandemen ketiga UUD 1945, diikhtiarkan sebagai sebuah lembaga yang berfungsi sebagai pengawal konstitusi (*the guardian of the constitution*), yaitu yang mempunyai kedudukan setara dengan Mahkamah Agung, berdiri sendiri, serta terpisah (*duality of jurisdiction*) dengan Mahkamah Agung. Mahkamah Konstitusi berdasarkan Pasal 24C UUD Negara RI Tahun 1945 juncto Pasal 10 Undang-undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Mahkamah mempunyai 4 (empat) kewenangan dan 1 (satu) kewajiban sebagai fungsi untuk mengawal konstitusi, antara lain: (1) menguji undang-undang terhadap UUD (*judicial review*), (2) memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD (*disputes regarding state institution's authority*), (3) memutus pembubaran partai politik (*political party's dissolution*), dan (4) memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum (*disputes regarding General Election's result*); dan wajib memberikan putusan atas pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana lainnya, atau perbuatan tercela, dan/atau pendapat bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden (pemakzulan atau *impeachment*)¹

Di banyak negara alasan pendirian Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga yang berfungsi sebagai pengawal konstitusi (*the guardian of the constitution*), lembaga yang mampu menjalankan fungsinya untuk mengawal

¹ Pan Muhammad Faiz, *Menabur Benih Constitutional Complaint* <http://jurnalhukum.blogspot.com/2006/09/constitutional-complaint-dan-hak-asasi.html>

konstitusi termasuk di dalamnya terhadap *basic rights* atau *fundamental rights* setiap rakyat. Mahkamah Konstitusi selaku lembaga yang harus mampu menampung dan menyalurkan keluhan (*personal grievance*) atau pengaduan konstitusional sebagai upaya hukum yang luar biasa dalam mempertahankan hak-hak konstitusional bagi setiap individu warga negara, atau *constitutional complaint*².

Di banyak negara, kewenangan ini merupakan kewenangan pokok Mahkamah Konstitusi. Namun, di Indonesia, Mahkamah Konstitusi tak mempunyai kewenangan ini. Konstitusi bangsa Indonesia secara tegas menyatakan bahwa Negara Indonesia adalah Negara Hukum. Menurut pemikiran Friedrich Julius Stahl, salah satu unsur yang dimiliki oleh negara hukum adalah pemenuhan akan hak-hak dasar manusia (*basic rights/fundamental rights*)³. Amandemen Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 yang menyebutkan bahwa "Negara Indonesia adalah Negara Hukum", dengan tanpa penjelasan apakah negara hukum yang akan dibangun adalah *Rechtstaats* di bawah pengaruh sistem hukum Eropa Kontinental atau *The Rule of Law* yang menjalankan sistem hukum Anglo Saxon. Negara Hukum Indonesia yang dibentuk sekarang adalah Negara Hukum Pancasila. Satjipto Rahardjo, menyatakan Negara Hukum Pancasila adalah suatu negara dengan komitmen kuat untuk membahagiakan rakyatnya⁴. Maksudnya semua hal yang tercantum dalam Pancasila menunjukkan komitmen moral tersebut. Sila-sila "Ketuhanan Yang Maha Esa", "Kemanusiaan yang adil dan beradab", "musyawarah dalam mengambil keputusan", dan "keadilan sosial bagi seluruh rakyat", membuat negara dan pemerintah memikul amanah untuk menjalankan tugas dengan sekalian moralitas tersebut. Masuknya sila Ketuhanan Yang Maha Esa yang meta-rasional, memberikan warna unik dan watak khas serta sekaligus menjadi alasan penting untuk mengatakan, Negara Indonesia menginginkan agar rakyatnya hidup bahagia.

Pancasila merupakan landasan filsafat bangsa Indonesia. Negara Hukum Pancasila sebagai wahana untuk mewujudkan kesejahteraan dalam

2 Ibid.

3 Pan Muhammad Faiz, *Menabur Benih Constitutional Complaint*, <http://jurnalhukum.blogspot.com/2006/09/constitutional-complaint-dan-hak-asasi.html>.

4 Satjipto Rahardjo, 2009, *Negara Hukum Yang Membahagiakan Rakyatnya*, Yogyakarta: Genta Publishing.

arti luas bagi seluruh rakyat Indonesia. Bernard Arif Sidharta, menyatakan ciri-ciri Negara Hukum Pancasila adalah sebagai berikut⁵:

1. Negara Pancasila adalah negara hukum, yang didalamnya semua penggunaan kekuasaan harus selalu ada landasan hukumnya dan dalam kerangka batas-batas yang ditetapkan oleh hukum, *a fortiori* untuk penggunaan kekuasaan politik. pemerintahan yang dikehendaki adalah pemerintahan berdasarkan, dengan dan oleh hukum atau "*rule by law*" dan "*rule of law*".
2. Negara Pancasila adalah negara demokrasi yang dalam keseluruhan kegiatan negaranya selalu terbuka bagi partisipasi seluruh rakyat, yang didalamnya pelaksanaan dan penggunaan kekuasaan publik harus dipertanggungjawabkan kepada rakyat dan harus selalu terbuka bagi pengkajian rasional oleh semua pihak dalam kerangka tata nilai dan tatanan hukum yang berlaku.
3. Negara Pancasila adalah organisasi seluruh rakyat yang menata diri secara rasional untuk dalam kebersamaan berikhtiar, dalam kerangka dan melalui tatanan kaidah hukum yang berlaku, mewujudkan kesejahteraan lahir batin bagi seluruh rakyat dengan selalu mengacu pada nilai-nilai martabat manusia dan Ketuhanan Yang Maha Esa.

Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa Negara Pancasila yang dicita-citakan adalah negara hukum yang berdasarkan asas kerakyatan bertujuan untuk mewujudkan kesejahteraan berkeadilan (keadilan sosial) bagi seluruh rakyat Indonesia dan perdamaian dunia. Keadilan substantif menjadi tugas pokok negara untuk mewujudkannya, keadilan yang mensejahterakan rakyatnya dan melindungi hak-hak rakyatnya menjadi salah satu jawaban yang wajib diberikan negara untuk rakyatnya. Selanjutnya Satjipto Rahardjo menyarankan agar pembangunan negara hukum Indonesia dilakukan dari dalam Indonesia sendiri (*development from within*). Pembangunan hukum dilakukan berdasarkan realitas dinamika internal bangsa Indonesia sendiri, karena perkembangan setiap negara adalah khas atau unik. Negara hukum selanjutnya tidak lagi negara yang harus menerapkan sistem hukum Eropa

5 Bernard Arief Sidharta, 2009, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum*, Bandung: Mandar Maju, hlm. 81.

Kontinental maupun Sistem Hukum Anglo Saxon, melainkan menciptakan Sistem Hukumnya sendiri yang justru memberi warna pada sistem-sistem hukum yang ada di dunia.

Mahkamah Konstitusi dalam perkembangannya tidak saja hanya sebagai *the guardian of the constitution*, melainkan juga sebagai *the guardian of the constitutional rights* dan *the guardian of the ideology*. Praktek *contitutional complaint*, merupakan mekanisme konstitusional dalam melindungi hak-hak dasar warga negara dalam koridor Negara Hukum Pancasila. Negara Hukum Pancasila yang dikehendaki oleh UUD 1945 adalah negara hukum yang mengakui *basic rights* dengan disertai perlindungan dan tersedianya upaya hukum yang cukup atas pengaduan-pengaduan konstitusional rakyat. Akantetapi saat ini Mahkamah Konstitusi belum memiliki kewenangan untuk memeriksa dan memutuskan perkara *constitutional complaints*. Selama ini klaim dari Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga pelindung hak konstitusi, melalui celah aktivisme judicial⁶ (*judicial activism*) yang terinspirasi oleh makna filosofis penafsiran konstitusi yang memandang konstitusi bukan sekedar katalog peraturan hukum, melainkan lebih sebagai pernyataan prinsip-prinsip pemerintahan konstitusional yang wajib dijalankan, telah melakukan *the protection of the constitutional rights* melalui mekanisme *judicial review*. Melalui Putusan Mahkamah Konstitusi No. 001/PUU-IV/2006, Putusan Mahkamah Konstitusi No. 25/PUU-VII/2009, dan Putusan Mahkamah Konstitusi No. 133/PUU-VII/2009, Mahkamah Konstitusi telah berusaha memberikan keadilan substantif dalam penyelesaian perkara pengujian peraturan perundang-undangan yang berisi pengaduan konstitusional, sebagai upaya memberikan perlindungan dan penyelesaian perkara *constitutional complaint* melalui pemeriksaan perkara *judicial review* undang-undang terhadap UUD 1945. *Judicial activism* di sini dimaksudkan untuk menggapai keadilan substantif⁷, yakni putusan seorang hakim tidak

6 Aktivisme judicial adalah proses pengambilan putusan pengadilan melalui pendekatan berbeda yang melebihi filsafat hukum lama, karena dianggap lebih modern dan lebih dekat dengan kehidupan riil masyarakat. Tatkala hukum kehilangan pegangannya, maka hakim dapat menciptakan hukum sebagai pilihan kreatif melalui empat metode pendekatan, yaitu filosofi, historis, kebiasaan, dan sosiologi.

7 The law is said to be a means to an end and for **substantive justice** to exist not only must the procedures by which the law is applied be seen to be fair but also the content of the law that is, the social ends to be achieved. The analysis of substantive justice brings us back to such questions as to role of law in

dapat diturunkan secara logis dari peraturan-peraturan yang berlaku, sebab peraturan itu tidak sempurna, mungkin juga salah atau kurang tepat, sehingga menyebabkan ketidakadilan⁸.

PERMASALAHAN

Berdasarkan butir-butir pemaparan di atas, maka tulisan ini mengajukan permasalahan yang akan dikaji adalah sebagai berikut: bagaimanakah keadilan substantif akan dapat dicapai dalam penyelesaian pengaduan *constitutional complaints* melalui pemeriksaan judicial review di Mahkamah Konstitusi?

Kajian ini berangkat dari pemikiran bahwa dalam penyelesaian perkara *constitutional complaints* dan judicial review seharusnya memiliki *out come* yang berbeda, mengingat objek pemeriksaannya juga berbeda. Berdasarkan kenyataan ini maka keadilan substantif juga akan menjadi sulit diberikan kepada rakyat apabila mekanisme proseduralnya tidak dibedakan. Fokus studi kajian ini adalah mencakup beberapa hal yaitu:

1. Apakah yang dimaksud dengan constitutional rights?
2. Apakah yang dimaksud dengan *constitutional complaints*?
3. Apakah Mahkamah Konstitusi RI sebagai *constitutional guard* dapat memberikan keadilan substantif dalam perkara *constitutional complaints* melalui mekanisme penyelesaian perkara judicial review?

society and the relationship of law and morality, http://sixthformlaw.info/01_modules/other_material/law_and_justice/1_introduction.htm.

⁸ Roscoe Pound menyatakan, .."enable and to compel law making, and also interpretation and application of legal rules, to make more account, and more intelligent account, of social facts upon which law must proceed and to which it is to be applied.." dinyatakan oleh Satjipto Rahardjo, 2009, *Hukum Progresif, Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Yogyakarta: Genta Publishing, hlm. 37.

METODE PENULISAN

Paradigma yang melingkupi kajian ini adalah paradigma post-positivisme, yang memandang hukum sebagai fenomena peraturan perundang-undangan, dan putusan hakim. Kajian penulisan ini adalah kajian doktrinal, yang menggali informasi dari dokumen-dokumen normatif, berupa peraturan perundang-undangan dan putusan pengadilan. Dan dokumen non-normatif berupa teori-teori, konsep-konsep dan doktrin-doktrin yang dikemukakan para ahli, dan opini masyarakat yang terkait dengan fokus studi yang dikaji. Metode yang digunakan untuk menelusuri informasi-informasi tersebut adalah dengan menggunakan studi pustaka dan studi media.

Analisis yang dilakukan adalah analisis kualitatif, yaitu analisis dilakukan berdasarkan pada kualitas informasi yang dikumpulkan. Agar tetap pada sumbu yuridis maka pendekatan yang dilakukan adalah pendekatan peraturan perundang-undangan, sehingga analisis selanjutnya tidak lepas dari norma hukumnya.

PEMBAHASAN

1. Constitutional Rights

Constitutional rights adalah hak-hak asasi manusia yang diatur dalam konstitusi, konsekuensi pengaturan hak asasi manusia dalam konstitusi adalah supaya legislator atau pembuat undang-undang tidak dapat mengubahnya seperti dikatakan oleh Wiktor Osiatynski bahwa, “...such constitutional rights differ from statutory rights and benefit because they cannot be curtailed by democartic legislators”⁹. Lebih lanjut Wiktor Osiatynski menyatakan bahwa, “although statutes protect individuals and minoritas against executive power, they leave the helples vis-a-viss legislature that can change a statute at will”¹⁰.

9 Wiktor Osiatynski, 2010, *Human Rights and Their Limits*, New York: Cambridge University Press, hlm. 74.

10 Ibid.

Dalam pandangan Hans Kelsen¹¹, penciptaan norma yang memiliki karakter dinamis, bahwa sebuah norma dikatakan sah karena dan selama norma tersebut diciptakan dengan cara tertentu, yaitu cara yang ditetapkan oleh norma lain, dan norma yang menetapkan cara penciptaan tersebut menggambarkan dasar keabsahan norma yang diciptakan. Hubungan antara norma yang menentukan penciptaan norma lain, dan norma yang diciptakan sesuai dengan determinasi ini, bisa divisualisasikan dengan menggambarkan perngorganisasian norma di tingkat tinggi dan rendah. Sistem hukum merupakan urutan hirarkis berbagai starta norma-norma hukum. Hans Nawiasky¹² menjelaskan kedudukan konstitusi sebagai aturan dasar negara (*staatsgrundgezets*) lebih tinggi dari undang-undang sebagai (*formell gesetz*). Kekuatan mengikat konstitusi lebih tinggi, karena dibuat oleh lembaga yang berwenang, dan mensyaratkan hal-hal khusus dalam perubahannya, misalkan Perubahan UUD 1945 seperti diatur dalam Pasal 37 UUD 1945.

Pengaturan hak asasi warga negara dalam UUD 1945, menunjukkan tingkat kepentingan hak asasi manusia dimasukkan dalam UUD 1945 karena masalah hak asasi manusia merupakan hal yang penting dan menjadi unsur yang tidak terpisahkan dari negara konstitusional. Makna hak asasi manusia dianggap mempunyai makna mendasar bagi UUD 1945 yang tidak kalah pentingnya dengan falsafah negara, karena hak asasi manusia lebih bersifat praktis dan perhatian konstitusional secara realistis tertuju pada nilai-nilai yang rawan perlindungan bagi yang lemah dan kebutuhan untuk mengadakan jaminan yang memadai untuk mencegah penyalahgunaan kekuasaan. Hak asasi manusia sebagai unsur konstitusi. Perubahan substansi HAM dalam UUD 1945 pasca perubahan banyak diadopsi dari ketentuan HAM yang berlaku secara internasional, seperti DUHAM yang didalamnya mengandung ketentuan mengenai hak personal, hak legal, hak sipil dan politik serta hak ekonomi, sosial dan budaya. Konseptualisasi hak asasi manusia

11 Hans Kelsen, 1996, *Introduction to The Problems of Legal Theory*, terjemahan Siwi Purwandari, Bandung: Nusa Media, hlm. 105.

12 Dikutip oleh A Hamid S Attamimi, 1990, *Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara*, Desertasi, Jakarta: Fakultas Pascasarjana Universitas Indonesia, hlm. 267.

dalam UUD 1945 pasca perubahan bersifat maksimalis, sebab lebih banyak memuat beberapa jenis hak asasi manusia, yaitu hak-hak sipil dan politik dan hak-hak ekonomi, sosial, dan budaya, yaitu; (1) hak kebebasan untuk mengeluarkan pendapat; (2) hak berserikat dan berkumpul; (3) hak kedudukan yang sama di dalam hukum dan pemerintahan; (4) hak kebebasan beragama; (5) hak penghidupan yang layak; (6) hak memperoleh pendidikan atau pengajaran; (7) hak atas jaminan sosial; (8) hak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum; (9) hak bebas dari penyiksaan dan tindakan yang merendahkan martabat manusia; (10) hak atas status kewarganegaraan; (11) hak untuk memperoleh dan mengakses informasi; (12) hak untuk menikah dan membentuk keluarga; (13) hak anak; (14) hak bebas dari perlakuan diskriminatif; dan (15) hak dilindungi atas hak miliknya. Amandemen Pasal 28 UUD 1945 membawa perubahan pada kedudukan warga negara terhadap negara. Pasal 28C ayat (2) menyatakan bahwa setiap orang berhak untuk memajukan dirinya dalam memperjuangkan haknya secara kolektif untuk membangun masyarakat, bangsa dan negaranya. Ini merupakan indikasi adanya pengakuan dari negara akan kemandirian warga negara dalam menentukan dan memperjuangkan haknya baik secara personal maupun kolektif. Dalam penegakan HAM selanjutnya, Pasal 28J UUD 1945 mengikat negara sebagai pihak yang bertanggungjawab dalam perlindungan, pemajuan, penegakan dan pemenuhan hak asasi manusia. Hal ini dapat dijelaskan bahwa negara dibentuk sebagai tempat untuk kepentingan kesejahteraan rakyatnya, sehingga harus memfasilitasi rakyat untuk mampu menghormati dan menghargai hak asasi manusia melalui pendidikan. Apabila negara tidak memfasilitasi rakyat melalui pendidikan, maka negara telah mengabaikan amanat rakyat. Konseptualisasi hak asasi manusia dalam UUD 1945 pasca-amandemen bersifat maksimalis, sebab lebih banyak memuat beberapa jenis hak asasi manusia, yaitu hak-hak sipil dan politik dan hak-hak ekonomi, sosial, dan budaya. Amandemen Pasal 28 UUD 1945 membawa perubahan pada kedudukan warga negara terhadap negara. Seperti diatur dalam Pasal 28C ayat (2) yang menyatakan bahwa

setiap orang berhak untuk memajukan dirinya dalam memperjuangkan haknya secara kolektif untuk membangun masyarakat, bangsa dan negaranya. Ini merupakan indikasi adanya pengakuan dari negara akan kemandirian warga negara dalam menentukan dan memperjuangkan haknya baik secara personal maupun kolektif. Dalam penegakan HAM selanjutnya, UUD 1945 mengikat negara dalam hal ini pemerintah sebagai pihak yang bertanggungjawab dalam perlindungan, pemajuan, penegakan dan pemenuhan hak asasi manusia. Hal ini dapat dijelaskan bahwa negara dibentuk sebagai tempat untuk kepentingan kesejahteraan rakyatnya, sehingga harus memfasilitasi rakyat untuk mampu menghormati dan menghargai hak asasi manusia melalui pendidikan. Apabila negara tidak memfasilitasi rakyat melalui pendidikan, maka negara telah mengabaikan amanat rakyat. Setiap individu mempunyai hak asasi yang bersifat *non-derogable rights* dan *derogable rights*, yang mana harus dijamin realisasinya oleh negara. Dalam konteks penegakan HAM, warga negara sebagai pemangku hak, sedangkan Negara sebagai pemangku kewajiban. Satu-satunya kewajiban yang harus dilakukan oleh warga negara adalah kewajiban untuk menghormati (*to respect*) hak asasi warga negara yang lain. Kewajiban negara dalam hal ini ada tiga, yaitu kewajiban untuk menghormati (*to respect*), memenuhi (*to fulfill*), dan menegakkan (*to promote*) HAM. Apabila negara tidak melaksanakan kewajibannya, maka negara dianggap telah melakukan pelanggaran HAM baik yang berupa *by omission* maupun *by commission*. Pelanggaran HAM *by omission* adalah tindakan pembiaran negara hingga terjadi pelanggaran HAM warga negaranya, sedangkan pelanggaran HAM *by commission* adalah tindakan represif yang dilakukan oleh aparat negara yang menimbulkan terjadinya pelanggaran HAM warga negara. Hakikatnya HAM adalah hak yang melekat pada individu manusia dan dapat dituntut pemenuhannya (di klaim) kepada negara, dan apabila negara tidak dapat memenuhi tuntutan tersebut, maka negara harus dapat mempertanggungjawabkannya secara hukum, yaitu pertanggungjawaban di institusi pengadilan.

UUD 1945 selain mengatur mengenai hak asasi manusia, juga mengatur kewajiban asasi seperti yang tersebut dalam Pasal 28J: "Ayat (1) Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. "Ayat (2) Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis."

Pasal 28J menegaskan bahwa tanggung jawab pemajuan, penghormatan dan perlindungan HAM tidak saja dibebankan kepada negara, melainkan juga kepada individu warga negara. Artinya negara dan individu sama-sama memiliki tanggung jawab terhadap pemajuan, penghormatan dan perlindungan HAM. Indonesia sudah memiliki modal dasar dan Pandangan hidup Pancasila, yang sarat dengan nilai-nilai keadilan dan HAM yang belum diaplikasikan secara utuh. Karenanya usaha untuk menangkap nilai/makna Pancasila dalam tata hukum Indonesia belum juga kunjung tiba. Belum terlaksananya prinsip Pancasila dalam kehidupan orang seorang, dari segi hukum, mungkin belum diperoleh satu kesatuan pengertian tentang asa hukum yang bersumberkan Pancasila, atau bagaimana hukum Pancasila itu sendiri mesti menampilkan wajahnya, khususnya wajah hukum yang ada kaitannya dengan HAM. Disamping itu juga terdapat pasal-pasal UUD 1945 selain Pasal 28 yang juga mengatur HAM, seperti Pasal 27, Pasal 29, Pasal 31, Pasal 33, dan Pasal 34.

2. Constitutional Complaint

Constitutional complaint atau pengaduan konstitusional adalah pengaduan warga negara ke Mahkamah Konstitusi karena mendapat perlakuan dari pemerintah yang bertentangan dengan konstitusi (UUD NRI 1945)¹³.

Constitutional complaint dipahami sebagai permohonan yang diajukan oleh warga negara kepada pengadilan untuk memperoleh putusan hakim terhadap pelanggaran tertentu atas hak-hak dasar mereka yang dijamin oleh Konstitusi sebagai akibat pelaksanaan kekuasaan pemerintah atau tindakan negara¹⁴.

Tanja Karakamisheva, menyampaikan bahwa: *"The constitutional complaint represents an instrument for the protection of the individual rights of citizens. What is referred to actually is an individual initial activity shown through a specific positive and procedural instrument. The first traditional basis for a constitutional complaint is found within the American institute judicial review, which was first established by the Constitution of the United States of America of 1873, and also within the British legal system. A large part of the contribution that the USA has given in the development of political theory and legal thought is represented within the doctrine of judicial review"*¹⁵.

Kepentingan adanya mekanisme constitutional complaint di lembaga Mahkamah Konstitusi menurut Sigit Ardianto, New York, adalah sebagai berikut: *"At this point, Indonesia's democracy has technically matched that of other more developed countries. The amendments of the 1945 Constitution have made sure the government is established based on democratic principles, i.e. that the government shall be commanded by the will of the people and not have a government that takes away the fundamental rights of the people. In this regard, unfortunately, one crucial element of democracy is still being held back by the Constitution. That element is the constitutional complaint. A constitutional complaint is generally defined as request made by citizens to the*

13 *Constitutional Complaint*, http://hukumpedia.com/index.php?title=Constitutional_complaint, diunduh 9 Maret 2012.

14 Yuwanto, 2010, *Gagasan Pengaduan Konstitusional dalam Konsepsi Negara Kesejahteraan di Indonesia*, ejournal.undip.ac.id/index.php/forum/.../2873.

15 <http://www.us-rs.si/en/applications/applications-3460/>

court for adjudication on infringements of their fundamental rights guaranteed by the Constitution, due to the exercise of public power or state action"¹⁶.

Pada dasarnya kehadiran mekanisme *constitutional complaint* lambat laun akan menciptakan kesadaran kepada masyarakat untuk mempertahankan diri di hadapan hukum ketika hak-hak dasar ditanggar. Dengan demikian berbagai kebijakan yang menyentuh ranah publik dan warga negara biasa dengan sendirinya akan mempunyai kepekaan terhadap perlindungan dan pemenuhan *fundamental rights* bagi setiap masyarakat¹⁷. Meskipun pengujian hak-hak warga negara secara individu belum dimungkinkan dalam Mahkamah Konstitusi yang sekarang, melainkan hanya sebatas pada komplain mengenai *legislatif review* yaitu produk undang-undang. Meskipun suatu peraturan perundang-undangan sudah sesuai dengan tata urutan peraturan perundang-undangan dan materinya sesuai dengan peraturan di atasnya, terdapat kemungkinan peraturan tersebut melanggar hak-hak dasar warga negaranya, maka mekanisme *constitutional complaint* diperlukan jika ada seorang warga negara yang ingin mengadukan pelanggaran hak-hak konstitusionalnya oleh tindakan atau kelalaian pejabat negara.

3. Mahkamah Konstitusi Sebagai Penjaga Hak Konstitusi Bertugas Memberikan Keadilan Substantif Penyelesaian Constitutional Complaint melalui Mekanisme Judicial Review

Negara Indonesia adalah Negara Hukum, negara yang berdasarkan atas hukum. Menurut Zippelius¹⁸, prinsip-prinsip wawasan negara berdasarkan atas hukum merupakan alat untuk membatasi perluasan dan penggunaan kekuasaan negara secara totaliter dan secara tidak terkontrol. Prinsip-prinsip itu ialah jaminan terhadap ditegakkannya hak-hak asasi manusia, adanya pembagian kekuasaan dalam negara,

16 <http://old.thejakartapost.com/detaileditorial.asp?fileid=20090223.E03&ir...>

17 Bayu Lesmana Taruna, 2010, *Ide Mengakomodasi Constitutional Complaint Sebagai Kewenangan Baru Mahkamah Konstitusi Indonesia*, Jurnal Legalitas, Volume 3, Nomor 2, ejournal.ung.ac.id/index.php/IL/article/..674/622.

18 Seperti dikutip oleh A. Hamid S. Attamimi, op.cit., hlm. 213.

penyelenggaraan pemerintahan yang didasarkan pada undang-undang, dan adanya pengawasan yustisial terhadap penyelenggaraan pemerintahan negara.

Wawasan *constitutional system* dalam penyelenggaraan negara ialah penggunaan kekuasaan secara sah oleh aparaturnegara, sesuai dengan pembatasan yang ditetapkan oleh konstitusi. Di sisi lain, dalam rangka perlindungan hak-hak asasi manusia (hak konstitusi) maka *the procedural violations of the constitutions* bagi warga negara yang mengalami *constitutional injury* tersedia. Mahkamah Konstitusi sebagai *constitutional guard* sudah sepatutnya diberikan kewenangan untuk *due process of law on the constitutional complaint case*.

Ketiadaan kewenangan ini, memberikan peluang bagi Mahkamah Konstitusi untuk berkreasi dalam menciptakan hukum dalam rangka memberikan perlindungan pada hak-hak konstitusi, tanpa terjebak pada formalitas prosedural yang sangat positivistik. Keadilan tetap harus diberikan kepada masyarakat, walaupun tanpa ada pegangan hukumnya, maka celah yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi adalah melakukan *judicial activism*, yaitu proses pengambilan putusan pengadilan melalui pendekatan berbeda yang melebihi filsafat hukum lama, karena dianggap lebih modern dan dekat dengan kehidupan masyarakat. Tatkala hukum kehilangan pegangannya, maka para hakim dapat menciptakan hukum sebagai pilihan kreatif melalui empat metode pendekatan, yaitu filosofis, historis, kebiasaan dan sosiologi. Pandangan yang demikian ini oleh Prof. Satjipto Rahardjo disebut dengan aliran hukum progresif.

Aliran Hukum Progresif termasuk salah satu aliran *post-positivisme* sebagai antitesa dari pemikiran *sociological jurisprudence* atau *legal realist* dengan menggunakan pendekatan hermeunitik. Dalam pandangan aliran Hukum Progresif, hakim dalam memutus perkaranya dapat melakukan *rule breaking*, yakni pembebasan dari doktrin dan asas-asas hukum yang mapan; karena tujuan hukum untuk manusia - Hukum Progresif tidak menjalankan hukum sebagai "mengeja peraturan" melainkan berusaha menarik makna-makna yang terkandung di dalamnya. Dalam Hukum

Progresif menjalankan hukum bukan hanya dengan rasio dan Silogisme melainkan juga dengan Kepedulian (*compassion*); Ikut merasakan (*empathy*), kejujuran (*sincerety*) dan keberanian (*dare*).

Hakim Mahkamah Konstitusi dalam membuat putusan menggunakan pendekatan *rule breaking* tidak saja mendasarkan pada "head", melainkan juga menggunakan "heart". Hakim dalam melakukan *judicial activism* dikatakan oleh Henry J. Abraham¹⁹ melakukan *judging with its heart*. Henry J. Abraham dalam bukunya menyatakan bahwa di Amerika terdapat *two jurisprudential poles*; "the first is the *judicial activism which adheres a legal realist approach, more venturesome (liberal) approach. The second is the judicial restraint which adheres a legal positivist approach, the former connoting faithful adherence to the written constitution*. Hukum progresif berbagi faham dengan *legal realist*²⁰, oleh karena hukum tidak dilihat dari kacamata hukum itu sendiri, melainkan dilihat dan dinilai dari tujuan sosial yang ingin dicapai serta akibat-akibat yang timbul dari bekerjanya hukum.

Metode pendekatan sosiologis dalam melakukan *judicial activism* adalah dalam rangka untuk menemukan konsep keadilan yang berlaku di masyarakat. John Rawls²¹, *political philosophy, revised from A Theory of Justice, says, he assumed that a well-ordered society in general is one in which all citizens share a conception of justice derived from a complete moral doctrine of human good. He thus believe that a society well ordered to the conception of justice known as "justice as fairness" is one in which all citizens endorse that the conception as part of systematic moral doctrine based on a view of persons as free and equal*.

Hukum ditempatkan dalam hubungannya erat dengan manusia dan masyarakat, menurut istilah Nonet dan Selznick²², hukum dalam

19 Henry J. Abraham, 1994, *The Judiciary, The Supreme Court in the Government Process*, New York : New York University Press, hlm. 93.

20 Dalam legal realism, pemahaman mengenai hukum melampaui peraturan atau teks-teks dokumen dan "looking towards last things, consequences, fruits". Realisme menghadapkan mukanya kepada "completeness, adequacy, facts, actions, and powers", dalam Satjipto Rahardjo, op. cit., hlm. 35.

21 Dikutip oleh Alan Brunder, 2004, *Constitutional Goods*, New York: Oxford University Press, hlm. 3-4.

22 Philippe Nonet and Philip Selznick, 1978, *Law and Society Transition: Toward Responsive Law*, New York: Harper Colophon Books, hlm. 83-84.

konteks ini mamiliki tipe responsif, "a distictive feature of responsive law is the search of implicit values in rules and policies, a more flexible interpretation that see rules as bound to specific problems and contexts, and undertakes to identify the values at stake procedural protection".

Ketiadaan mekanisme *constitutional complaint*, tidak berarti Mahkamah Konstitusi tidak dapat melaksanakan tugasnya untuk melindungi hak-hak konstitusi warga negara. Hakim memiliki kekuasaan dalam melakukan penafsiran hukum, terutama dalam tradisi *civil law*. Tradisi *civil law* memandang hukum adalah tertulis, maka semua penalaran hukum dikembalikan kepada "a finite-closed scheme of permissible justification"²³. Hakim harus dapat melakukan konkretisasi hukum yang semula abstrak menjadi konkret dalam putusan hakim. Teks-teks tersebut harus ditafsirkan, agar sesuai dengan alam dan kehidupan sosial yang bukan suatu *a finite-closed scheme*, melainkan terus berubah, bergerak secara dinamis.

Melalui *judicial review*, Mahkamah Konstitusi berusaha untuk memberikan keadilan substantif bagi pemohon untuk dipenuhi hak-hak konstitusinya oleh negara melalui putusan hakim. Kewenangan *judicial review* termuat dalam Pasal 86 UU Nomor 24 Tahun 2003, diaplikasikan melalui penerbitan Peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK) Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-undang, sebagai hukum formil dan di dalamnya diatur secara tata cara dan prosedur pelaksanaan *constitutional review* dalam rangka perlindungan terhadap hak-hak konstitusional warga negara sebagaimana dimaksud Pasal 26, 27 dan 28 UUD 1945 juncto Pasal 51 ayat (1) UU Nomor 24 Tahun 2003. Secara normatif-konstitusional keberadaan Mahkamah Konstitusi diberi kompetensi absolut mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final, untuk menguji undang-undang (*constitutional review*) terhadap Undang-Undang Dasar.

Constitutional review terhadap *judicial review* atau *betsingsrecht*, keduanya mempunyai persamaan dan perbedaan yang mendasar.

23 Satjipto Rahardjo, op. cit., hlm. 118.

Salah satu persamaannya, keduanya merupakan kegiatan pengujian terhadap suatu regulasi. Sedang luas dan ruang lingkup obyek yang akan diuji, berbeda antara satu dengan yang lain, *constitutional review* hanya menyangkut pengujian konstusionalitas suatu undang-undang. Terdapat sedikitnya dua tugas pokok dan fungsi (tupoksi) dari pengembangan model *constitutional review*. Pertama, adalah untuk menjamin adanya sebuah perimbangan atau hubungan yang sinergis yang menjadi refleksi dari berjalannya sistem demokrasi antara tiga cabang kekuasaan yang ada, eksekutif, legislatif, dan yudikatif. Kedua, adalah sebagai sebuah upaya untuk melindungi hak-hak konstusional warga negara, yang telah dijamin konstusionalitasnya oleh konstitusi (UUD), dari perilaku absolute pemegang kekuasaan²⁴. Diadopsinya prinsip *constitutional review* berkaitan dengan pengertian bahwa kekuasaan negara harus dipisah-pisahkan secara horizontal dan secara vertikal antar berbagai lembaga negara yang sederajat dan satu sama lain bersifat saling mengendalikan²⁵.

Dalam kehidupan berbangsa dan bernegara, kompetensi absolut dimaksud diberikan kepada Mahkamah Konstitusi dengan Pertimbangan membuka pintu bagi kemungkinan pengujian produk-produk legislasi oleh lembaga yudisial sekaligus untuk menyeimbangkan kinerja demokrasi dan nomokrasi²⁶. Fungsi, dan efek, *judicial review* ialah memberikan atau menolak persetujuan kehakiman pada suatu undang-undang yang disahkan mayoritas dalam lembag legislatif dan disetujui lembaga eksekutif. Setiap undang-undang yang di *review* oleh pengadilan, telah dikaji secara teori dan diasumsikan secara fakta dengan seksama perihal kesesuaiannya dengan konstitusi²⁷.

Hakim Mahkamah Konstitusi dalam melakukan *judicial activism* untuk menyelesaikan perkara *judicial review* menempatkan UUD 1945

24 Yuwanto, loc.cit.

25 Jimly Asshiddiqie, 2006, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Jakarta: Konstitusi Press, hlm. 31.

26 Yuwanto, loc.cit.

27 Henry Steele Commager, 2005, *Judicial Review and Democarcy*, dalam buku Leonard W. Levy, *Judicial Review, Sejarah Kelahiran, Wewenang, dan Fungsinya dalam Negara Demokrasi*, Bandung: Nusa Media, hlm. 87.

sebagai sumber asas umum atau moral, lebih dari sekedar dokumen hukum yang tertulis melainkan sebagai suatu perjanjian khidmat (*solemn pledge*)²⁸ yang dibuat oleh bangsa Indonesia. Ketika muncul persoalan tentang konstitusionalitas, maka Mahkamah Konstitusi akan memperlakukan undang-undang sebagai sesuatu yang harus dikaji dengan cermat. Seperti disampaikan di atas, bahwa hakim yang melakukan *judicial activism*, adalah hakim yang memutuskan dengan hatinya bukan dengan kepalanya. Di bawah panduan UUD 1945, maka hakim melakukan penafsiran konstruktif, pada saat itulah hakim harus membangun suatu teori tentang *of what the law is*, untuk menyelesaikan problem hukum. Pembacaan hakim terhadap UUD 1945 adalah pembacaan terhadap asas dan moralitas politik. Dalam hal ini, kita tentu ingat Ronald Dworkin yang telah melakukan pembelajaran yang baik tentang bagaimana konstitusi itu mampu menjalankan fungsinya untuk memberikan panduan, yaitu dengan melakukan *moral reading*. Menurut Ronald Dworkin, dalam pembacaan teks moralitas politik yang tidak pasti, hakim harus dapat mengambil putusan mana interpretasi dan pemahaman otoritatif. Hakim dalam hal ini menerapkan moral yang abstrak ke dalam kasus konkret melalui "*fresh moral judgement*". Dengan demikian UUD akan selalu berupa "*the living constitutions*" dan karena hidup itu maka konstitusi mampu untuk menghidupi dan pantas memberi arah serta panduan terhadap hukum positif dengan ribuan pasalnya.

Moral reading yang dilakukan oleh Hakim Konstitusi telah menjaga kredibilitas Mahkamah Konstitusi sebagai *the constitution guard* sekaligus sebagai *the constitutional rights guard*. Keadilan substantif melalui *judicial activism* menjadi dapat dicapai dalam pemutusan perkara *judicial review* untuk melindungi hak-hak konstitusi.

28 Satjipto Rahardjo, 2007, *Mendudukan Undang-Undang Dasar, Suatu Pembahasan dari Optik Ilmu Hukum Umum*, Semarang: Universitas Diponegoro, hlm. 34-35.

PENUTUP

Keadilan substantif tidak menjadi hal sangat sulit untuk diwujudkan, melalui *judicial activism*, Mahkamah Konstitusi dapat melakukan penciptaan hukum dengan melakukan *rule breaking* yang dipengaruhi pemikiran *sociological jurisprudence* atau *legal realist* dengan menggunakan pendekatan hermeunitik. Hakim dalam memutus perkaranya berarti melakukan pembebasan dari doktrin dan asas-asas hukum yang mapan; karena tujuan hukum untuk manusia. Hakim tidak sekedar tidak menjalankan hukum sebagai "mengeja peraturan" melainkan berusaha menarik makna-makna yang terkandung di dalamnya. Dalam Hukum Progresif menjalankan hukum bukan hanya dengan rasio dan Silogisme melainkan juga dengan Kepedulian (*compassion*); Ikut merasakan (*empathy*), kejujuran (*sincerety*) dan keberanian (*dare*).

REFERENSI

- A Hamid S Attamimi, 1990, *Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara*, Desertasi, Jakarta: Fakultas Pascasarjana Universitas Indonesia.
- Alan Brunder, 2004, *Constitutional Goods*, New York: Oxford University Press.
- Bernard Arief Sidharta, 2009, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum*, Bandung: Mandar Maju.
- Hans Kelsen, 1996, *Introduction to The Problems of Legal Theory*, terjemahan Siwi Purwandari, Bandung: Nusa Media.
- Henry J. Abraham, 1994, *The Judiciary, The Supreme Court in the Government Process*, New York : New York University Press.
- Jimly Asshiddiqie, 2006, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Jakarta: Konstitusi Press.
- Philippe Nonet and Philip Selznick, 1978, *Law and Society Transition: Toward Responsive Law*, New York: Harper Colophon Books.
- Satjipto Rahardjo, 2007, *Mendudukan Undang-Undang Dasar, Suatu Pembahasan dari Optik Ilmu Hukum Umum*, Semarang: Universitas Diponegoro.
- Satjipto Rahardjo, 2009, *Negara Hukum Yang Membahagiakan Rakyatnya*, Yogyakarta: Genta Publishing.
- Satjipto Rahardjo, 2009, *Hukum Progrsif, Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Yogyakarta: Genta Publishing.
- Wiktor Osiatynski, 2010, *Human Rights and Their Limits*, New York: Cambridge University Press.

Artikel/Jurnal/Makalah

- Bayu Lesmana Taruna, 2010, *Ide Mengakomodasi Constitutional Complaint Sebagai Kewenangan Baru Mahkamah Konstitusi Indonesia*, Jurnal Legalitas, Volume 3, Nomor 2, ejurnal.ung.ac.id/index.php/JL/article/.../674/622.

Constitutional Complaint, http://hukumpedia.com/index.php?title=Constitutional_complaint, diunduh 9 Maret 2012.

Henry Steele Commager, 2005, *Judicial Review and Democracy*, dalam buku Leonard W. Levy, *Judicial Review, Sejarah Kelahiran, Wewenang, dan Fungsinya dalam Negara Demokrasi*, Bandung: Nusa Media.

Pan Muhammad Faiz, *Menabur Benih Constitutional Complaint* <http://jurnalhukum.blogspot.com/2006/09/constitutional-complaint-dan-hak-asasi.html>

Yuwanto, 2010, *Gagasan Pengaduan Konstitusional dalam Konsepsi Negara Kesejahteraan di Indonesia*, ejournal.undip.ac.id/index.php/forum/.../2873.

Website

http://sixthformlaw.info/01_modules/other_material/law_and_justice/1_introduction.htm.

<http://old.thejakartapost.com/detaileditorial.asp?fileid=20090223.E03&ir...>

<http://www.us-rs.si/en/applications/applications-3460/>