

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Mahkamah Konstitusi (MK) dalam putusan maupun kegiatan-kegiatan yang menjadi bagian dari fungsi kelembagaannya banyak menggunakan istilah “hak konstitusional”. Salah satu pemicunya adalah aturan formal yang dimuat dalam Undang-Undang (UU) Nomor 24 Tahun 2003, sebagaimana telah diubah dengan UU Nomor 8 Tahun 2011 dan UU Nomor 7 Tahun 2020 tentang Mahkamah Konstitusi (UU MK). Pasal 51 ayat (1) UU MK mengatur syarat suatu pihak dapat disebut sebagai Pemohon yaitu yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya UU.

Istilah “hak konstitusional” sebelum Perubahan UUD 1945 tidaklah lazim digunakan. Dalam diskursus akademik di Indonesia, khususnya pada masa sebelum dan beberapa saat setelah berlakunya Perubahan Undang-Undang Dasar (UUD) 1945, yang lebih umum dipakai oleh cendekiawan dan dikenal oleh masyarakat, adalah istilah “hak asasi manusia”.¹ Tidak lazimnya penggunaan frasa hak konstitusional maupun diskusi mengenai hak warga negara, salah satunya, disebabkan oleh susunan karakter UUD 1945 (sebelum perubahan) yang lebih menekankan pada sifat kolektivisme. Pemuatan hak warga negara dianggap mencerminkan paham individualisme yang bertentangan susunan kenegaraan yang akan dibangun.

Pandangan di atas tercermin dalam perdebatan para penyusun UUD 1945 dalam rapat dan persidangan Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan (BPUPK) dan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI). Perdebatan mengenai pemuatan hak warga negara tercatat dalam agenda penyusunan UUD 1945 dalam sidang BPUPK.

Pada sidang PPKI, Soekarno mencetuskan bahwa UUD 1945 merupakan

¹ Todung Mulya Lubis, 1993, *In Search of Human Rights; Legal-Political Dilemmas of Indonesia's New Order, 1966-1990*, Gramedia Utama, Jakarta; Selain itu ada juga penelitian dari Satya Arinanto, 2003, *Hak Asasi Manusia dalam Transisi Politik di Indonesia*, Pusat Studi Hukum Tata Negara FHUI, Jakarta; dan Majda El Muhtaj, 2005, *Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia; Dari UUD 1945 sampai dengan Perubahan UUD 1945 Tahun 2002*, Penerbit Kencana, Jakarta.

konstitusi yang disusun secara kilat (*revolutie grondwet*) dan dimaksudkan sebagai UUD yang bersifat sementara.² Dalam konteks kesementaraan, menurut Soekarno, materi muatan yang terkandung dalam UUD 1945 diharapkan akan disempurnakan dan dilengkapi ketika kondisi politik dan ketatanegaraan lebih stabil, termasuk didalamnya adalah pengaturan mengenai jaminan hak asasi manusia.³

Pernyataan Soekarno tersebut merupakan bentuk akomodasi atas terjadinya perdebatan sengit pada sidang BPUPK mengenai pemuatan hak warga negara. Muh. Yamin, yang didukung oleh Mohammad Hatta, mendorong agar hak asasi manusia dimuat dalam konstitusi.⁴ Sementara, Soekarno dengan lantang menolak pemuatan hak asasi yang disebutnya dengan *rights of the citizens* dalam konstitusi sebab keberadaannya mencerminkan faham individualisme.⁵ Penolakan Soekarno didukung oleh Soepomo dengan alasan bahwa pencantuman *grondrechten* akan bertentangan dengan paradigma kekeluargaan yang menjadi landasan sistematika penyusunan dari rancangan UUD yang sedang dibahas.⁶ Perdebatan kedua pihak, antara yang setuju dengan pemuatan hak warga negara dengan penolakannya, berakhir dengan kompromi. UUD 1945 memuat beberapa ketentuan yang memberikan jaminan atas hak pribadi warga negara, di antaranya hak atas pekerjaan

² Moh. Hatta, 1971, *Sekitar Proklamasi 17 Agustus 1945*, Tintamas, Djakarta, hlm. 71; B.J. Boland, 1971, *The Struggle of Islam in Modern Indonesia*, Martinus Nijhoff, The Hague, hlm. 37.

³ *Ibid.*

Dalam sudut pandang penggunaan istilah antara pilihan kata “Konstitusi” atau “Undang-Undang Dasar”, alasan bahwa UUD 1945 memiliki sifat sementara juga sama dengan alasan yang digunakan di Jerman. Pada tahun 1949, Jerman mengadopsi *Grundgesetz* (Hukum Dasar – *Basic Law*). Hukum Dasar dirancang bersifat sementara sampai selesainya proses penyatuan Jerman. Ketika Jerman bersatu maka istilah lebih tepat yang akan digunakan adalah *Verfassung* (Konstitusi, *Constitution*). Oleh karena itu, *Basic Law* mencantumkan *sunset clause* pada Pasal 146 yang berbunyi “*This Basic Law, which, since the achievement of the unity and freedom of Germany, applies to the entire German people, shall cease to apply on the day on which a constitution freely adopted by the German people takes effect.*”

Akan tetapi, hingga tahun 1990, ketika Jerman berhasil bersatu, *Grundgesetz* masih digunakan tanpa mengubahnya dengan menggunakan istilah *Verfassung*. Hal ini dilandaskan pada alasan bahwa *Grundgesetz* 1949 memiliki karakter yang serupa dengan Konstitusi. Donald P. Kommers, “*The Basic Law of the Federal Republic of Germany: an Assessment After Forty Years*,” dalam Peter H. Merkl, (ed.), 1989, *The Federal Republic of Germany at Forty*, New York University Press, New York, hlm. 133.

⁴ Saafroedin Bahar dan Nannie Hudawati, (eds.), 1998, *Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI)*, Sekretariat Negara Republik Indonesia, Jakarta, hlm. 318; Bandingkan dengan RM. AB. Kusuma, (ed.), 2009, *Lahirnya Undang-Undang Dasar 1945*, Badan Penerbit FHUI, Jakarta, hlm. 380.

⁵ *Ibid.*, hlm. 283; Bandingkan dengan RM. AB. Kusuma, (ed.), 2009, *Op.Cit.*, hlm. 352.

⁶ *Ibid.*, hlm. 346; Bandingkan dengan RM. AB. Kusuma, (ed.), 2009, *Op.Cit.*, hlm. 402.

dan penghidupan yang layak;⁷ hak untuk ikut bela negara;⁸ dan hak atas pendidikan.⁹

Perdebatan *founding fathers* dalam perumusan UUD 1945 mencerminkan adanya tarik ulur dalam pemuatan hak-hak warga negara dalam konstitusi sebagai bentuk jaminan yang diberikan oleh negara. Dalam wacana akademik, perdebatan serupa terjadi lagi setelah Indonesia kembali memberlakukan UUD 1945 pasca Dekrit Presiden 1959 hingga Perubahan UUD 1945 (1999-2002). Dalam penelitian Majda El Muhtaj, setidaknya ada tiga kelompok dalam menyikapi jaminan UUD 1945 atas hak asasi.¹⁰ Kelompok pertama berpandangan bahwa UUD tidak memuat jaminan hak asasi secara komprehensif.¹¹ Pandangan kelompok kedua menyatakan sebaliknya bahwa hak asasi telah dimuat dalam UUD 1945 secara menyeluruh.¹² Sementara, kelompok ketiga berpendapat bahwa UUD 1945 hanya memuat pokok-pokok dalam rangka memberi jaminan atas hak asasi.¹³

Sebelum UUD 1945 dinyatakan berlaku kembali melalui Dekrit Presiden 5 Juli 1959, ada 2 (dua) konstitusi yang pernah berlaku sebagai hukum tertinggi di Indonesia, yaitu Konstitusi Republik Indonesia Serikat (RIS) 1949 dan UUD Sementara 1950. Dalam konteks pemuatan hak-hak warga negara, kedua Konstitusi tersebut mengatur secara lebih rinci dan dalam jumlah norma perlindungan hak asasi manusia yang lebih banyak dibandingkan UUD 1945.

Konstitusi RIS 1949 memuat pengaturan mengenai jaminan hak-hak warga negara dalam bagian tersendiri.¹⁴ Pemuatan hak-hak dasar warga negara dalam Konstitusi RIS merupakan bentuk hasil kesepakatan antara pihak Republik Indonesia dengan Pemerintah *Bijeenkomst voor Federaal Overleg* (BFO). Kedua

⁷ Pasal 27 ayat (2) UUD 1945 (sebelum Perubahan) berbunyi “Tiap-tiap warga negara *berhak* atas pekerjaan dan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan”. (cetak miring oleh penulis).

⁸ Pasal 30 ayat (1) UUD 1945 (sebelum Perubahan), “Tiap-tiap warga negara *berhak* dan wajib ikut serta dalam usaha pembelaan negara”. (cetak miring oleh penulis).

⁹ Pasal 31 ayat (1) UUD 1945 (sebelum Perubahan) berbunyi, “Tiap-tiap warga negara *berhak* mendapat pengajaran”. (cetak miring oleh penulis).

¹⁰ Majda El Muhtaj, 2005, *Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia; Dari UUD 1945 sampai dengan Perubahan UUD 1945 Tahun 2002*, Penerbit Kencana, Jakarta, hlm. 86-92.

¹¹ *Ibid.*, hlm. 87. Kelompok ini diwakili oleh Mahfud MD dan Bambang Sutiyoso.

¹² *Ibid.*, hlm. 88. Kelompok ini diwakili oleh Soedjono Sumobroto dan Marwoto, Azhary dan Dahlan Thaib.

¹³ *Ibid.*, hlm. 90. Kelompok ini diwakili oleh Kuntjoro Purbopranoto, G.J. Wolhoff, dan M. Solly Lubis.

¹⁴ Bab I Konstitusi RIS 1949 tentang Negara Republik Indonesia Serikat, khususnya Bagian 5 mengenai Hak dan Kebebasan Dasar Manusia, yang terdiri dari Pasal 7 sampai dengan Pasal 33.

pihak bersepakat untuk memuat materi hak asasi manusia dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia pada Konstitusi yang disusun.¹⁵

Akan tetapi, bentuk negara serikat (federal) yang menjadi pokok susunan bernegara yang dianut Konstitusi RIS memicu banyak penolakan.¹⁶ Akibatnya, Konstitusi RIS diamandemen melalui jalur-jalur yang sesuai dengan aturan konstitusi.¹⁷ Amandemen Konstitusi menitikberatkan pada permasalahan perubahan bentuk negara serikat menjadi kesatuan beserta konsekuensinya. Selain itu, perlu ditetapkan sebuah badan yang disebut “Konstituante” yang bertugas menyusun UUD baru.¹⁸ Oleh karenanya, perubahan Konstitusi ini disebut sebagai UUD Sementara. Dalam hal pemuatan hak-hak warga negara UUD Sementara tidak jauh berbeda dengan Konstitusi RIS 1949.

Salah seorang yang berperan besar dalam penyusunan kedua Konstitusi ini adalah Soepomo. Ketika penyusunan Konstitusi RIS 1949, Soepomo merupakan Ketua Panitia Urusan Ketatanegaraan dan Hukum Tata Negara sebagai bagian dari delegasi Indonesia untuk Konferensi Meja Bundar sekaligus merupakan Menteri Kehakiman.¹⁹ Akan tetapi, kali ini, Soepomo tidak lagi mendorong pemuatan gagasan yang disebutnya sebagai “negara integralistik” dalam penyusunan Konstitusi RIS maupun UUD Sementara 1950. Sikap Soepomo mendapat kritik dari Marsillam Simanjuntak yang menelusuri pemikiran mengenai pandangan negara integralistik dan beranggapan bahwa Konstitusi RIS dan UUD Sementara adalah termasuk yang pertama dalam mencantumkan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM).²⁰

Perdebatan mengenai pencantuman hak-hak asasi dalam konstitusi tidak hanya terjadi di Indonesia. James Madison, salah seorang *founding fathers* Amerika Serikat, pernah menyatakan pendapatnya dengan nada skeptis bahwa pencantuman

¹⁵ Deliar Noer, 1990, *Mohammad Hatta: Biografi Politik*, LP3ES, Jakarta, hlm. 353.

¹⁶ Anhar Gonggong, 2002, *Menengok Sejarah Konstitusi Indonesia*, Ombak dan Media Presindo, Jakarta, hlm. 23-24.

¹⁷ Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Buku I Latar Belakang, Proses dan Hasil Pembahasan 1999-2002*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, hlm. 50

¹⁸ A. K Pringgodigdo, 1964, *Tiga Undang-Undang Dasar*, Pembangunan, Jakarta, hlm. 11-12.

¹⁹ Soepomo, 1950, *Undang-Undang Dasar Sementara Republik Indonesia*, Noordhoff-Kolv N.V., Jakarta, hlm. 6-7.

²⁰ Marsillam Simanjuntak, 2003, *Pandangan Negara Integralistik: Sumber, Unsur dan Riwayatnya dalam Persiapan UUD 1945*, Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, hlm. 244.

hak-hak asasi dalam konstitusi hanya akan menjadi penghalang dalam bentuk naskah atau “macan kertas” (*parchment barriers*), sebagaimana dimuat dalam *Federalist Papers No. 48*.²¹ Kekhawatiran Madison didasari atas pertimbangan efektivitas penegakan dan tindak lanjut dari pemuatan hak-hak asasi dalam konstitusi. Jaminan atas hak-hak asasi terlihat kuat dalam konteks pemuatannya di konstitusi sebagai hukum tertinggi. Namun pada kenyataannya jaminan tersebut tidak dapat ditegakkan dan cenderung untuk dengan mudahnya dilanggar. Dalam perkembangannya, kekhawatiran Madison selalu membayangi para perancang konstitusi.

Saat ini, justru kebalikannya terdapat kecenderungan bahwa negara-negara yang sedang merancang konstitusi, ataupun melakukan perubahan konstitusi, tetap memuat ketentuan mengenai hak-hak asasi dalam naskah konstitusi sebagai salah satu bentuk strategi untuk perlindungan dan jaminan keberadaannya.²² Terdapat perkembangan signifikan dalam hal penambahan jumlah negara-negara yang memuat hak-hak dasar dalam konstitusinya. Penelitian Goderis dan Versteeg menemukan pada tahun 1946 terdapat 63 negara yang memuat hak konstitusional. Pada tahun 2006, jumlah itu bertambah menjadi 188 negara. Selain itu, hasil penelitian mereka juga mengidentifikasi ada 108 jenis hak yang dimuat dalam konstitusi seluruh dunia.²³

Dalam ranah empiris, penelitian yang dilakukan oleh Linda Camp Keith mengukur efektifitas pelaksanaan jaminan hak-hak individual yang dimuat dalam konstitusi.²⁴ Kesimpulan Keith berdasarkan bacaannya secara statistik bahwa pemuatan hak dalam konstitusi memiliki peran penting dalam rangka efektifitas jaminan pelaksanaannya. Tetapi, hal demikian tidak berlaku untuk semua hak yang

²¹ Pidato James Madison pada *the New York Packet*, hari Rabu 1 Februari 1788 sebagaimana dimuat dalam https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed48.asp dikunjungi pada 23 Mei 2020.

²² Mark A. Graber, “Enumeration and Other Constitutional Strategies for Protecting Rights: The View from 1787/1791”, *Journal of Constitutional Law*, Vol. 9, No. 2, 2007, hlm. 357- 399.

²³ Benedikt Goderis dan Mila Versteeg, “The Diffusion of Constitutional Rights”, *International Review of Law and Economics*, Vol. 39, 2014, hlm. 1–19.

²⁴ Ada 10 (sepuluh) jenis hak yang menjadi perhatian dalam penelitian Keith, diantaranya (1) kebebasan berpendapat; (2) kebebasan berserikat; (3) kebebasan berkumpul; (4) kebebasan pers; (5) kebebasan beragama; (6) hak untuk mogok kerja; (7) *habeas corpus*; (8) hak atas persidangan yang terbuka untuk umum; (9) hak atas persidangan yang tidak memihak; (10) hak untuk tidak disiksa dan mendapatkan perlakuan kejam. Linda Camp Keith, “Constitutional Provisions for Individual Human Rights (1977-1996): Are They More than Mere “Window Dressing?””, *Political Research Quarterly*, Vol. 55, No. 1, 2002, hlm. 111–143.

dijamin melainkan hanya sebagian. Salah satunya adalah jaminan hak untuk tidak disiksa dan memperoleh perlakuan kejam tidak menunjukkan pengaruh dalam hal efektifitas pemuatannya dalam konstitusi.

Selain penelitian dari Keith ada juga penelitian empiris lainnya yang dilakukan oleh James Melton²⁵ serta Chilton dan Versteeg.²⁶ Kedua penelitian ini menitikberatkan pada jaminan hak-hak sipil dan politik yang dimuat dalam konstitusi dalam rangka membatasi kekuasaan. Penelitian Melton menyimpulkan bahwa pembatasan kekuasaan melalui konstitusi terbukti bisa menjadi efektif mengawal demokrasi di masa konflik atau dalam periode otoritarian.²⁷

Penelitian Chilton dan Versteeg yang melihat efektifitas pemuatan hak-hak sipil dan politik dalam konstitusi mempersempit jenis-jenis hak yang ditelitinya. Ada 6 (enam) hak yang menjadi perhatian dalam penelitian mereka, yaitu (1) hak membentuk partai politik; (2) hak untuk membentuk perserikatan; (3) kebebasan berorganisasi; (4) kebebasan beragama; (5) kebebasan menyampaikan pendapat; dan (6) kebebasan bergerak. Dari jenis-jenis hak yang diteliti, Chilton dan Versteeg membuat pengelompokan akan hakikat dari hak-hak tersebut dalam konteks hak yang bersifat individual dan keorganisasian. Hasil penelitian mereka menyimpulkan bahwa hak-hak sipil dan politik lebih efektif dalam kelompok jenis-jenis hak yang lebih bersifat keorganisasian seperti hak membentuk partai politik dan membentuk perserikatan, dibandingkan hak-hak yang bersifat individual seperti hak menyampaikan pendapat.²⁸

Terlepas dari seberapa besar pengaruh pemuatan hak dalam konstitusi, kenyataan telah berbicara dengan sendirinya bahwa perancang konstitusi maupun negara yang akan mengubah konstitusinya dewasa ini cenderung untuk mencantumkan ketentuan mengenai jaminan hak-hak dasar dalam konstitusinya. Pencantuman hak-hak dasar dalam konstitusi akan senantiasa diiringi oleh mekanisme penegakannya melalui adanya proses pengujian kebijakan yang melanggar hak-hak konstitusional tersebut. Tom Ginsburg dan Mila Versteeg

²⁵ James Melton, "Do Constitutional Rights Matter? The Relationship between *de Jure* and *de Facto* Human Rights Protection", Working Paper, 2014, University College London.

²⁶ Adam S. Chilton dan Mila Versteeg, "Do Constitutional Rights Make a Difference?" *American Journal of Political Science*, Vol. 60, No. 3, 2015, hlm. 575–589.

²⁷ James Melton, 2014, *Op. Cit.*, hlm. 28.

²⁸ Chilton dan Versteeg, 2015, *Op. Cit.*, hlm. 587.

melakukan penelitian yang membahas mengenai hubungan antara pencantuman hak-hak konstitusional dengan mekanisme penegakannya melalui mekanisme pengujian konstitusional (*constitutional review*). Dalam artikelnya, mereka mengelaborasi teori-teori yang mendasari permasalahan penelitian yang tercermin dari judulnya “*Why Do Countries Adopt Constitutional Review?*”.²⁹ Diantara teori yang dibahas, sebagai teori klasiknya adalah yang disebut teori gagasan (*ideational theory*) yang salah satunya dijelaskan oleh Ran Hirschl.³⁰ Yang dimaksud dengan teori gagasan adalah bahwa pemaknaan dan kualitas ide yang diusung memegang peran utama dalam berkembang dan berubahnya sebuah situasi politik. Gagasan besar tersebut digunakan sebagai dasar untuk menjelaskan fenomena sosial. Dalam menjelaskan hubungan pemuatan hak konstitusional dan mekanisme pengujian konstitusional gagasan yang diangkat adalah bahwa demokrasi harus mampu melindungi dirinya sendiri atas tirani mayoritas terhadap kelompok yang rentan dan kelompok minoritas.³¹

Latar belakang di balik gagasan besar untuk memberi perlindungan hak-hak warga negara dengan mekanisme pengujian konstitusional adalah situasi setelah berakhirnya Perang Dunia Kedua. Lorraine Weinrib menyebutnya dengan “paradigma konstitusional pasca perang”, *the postwar constitutional paradigm*.³² Jaminan hak-hak yang dimuat dalam konstitusi merupakan cerminan dari perjalanan sejarah dan kebudayaan serta dinamika sosial masyarakat yang berubah akibat tragedi yang terjadi pada Perang Dunia Kedua. Jaminan konstitusional ini dimaksudkan sebagai upaya untuk menekankan pada perlindungan kehormatan dan martabat tiap individu, bahwa setiap orang memiliki kedudukan yang setara meskipun mempunyai perbedaan berupa etnis, ras, maupun agama.³³

²⁹ Tom Ginsburg dan Mila Versteeg, “*Why Do Countries Adopt Constitutional Review?*,” *The Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 30, Issue 3, 2014, hlm. 587–622.

³⁰ Ran Hirschl, “*The Strategic Foundations of Constitutions*”, dalam D. Galligan and M. Versteeg, (eds.), 2013, *The Social and Political Foundations of Constitutions*, Cambridge University Press, New York.

³¹ Jon Elster, “*Majority Rule and Individual Rights*”, dalam Stephen Shute dan Susan Hurley, (eds.), 1993, *On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures*, Basic Books, New York, hlm 206-211.

³² Lorraine Weinrib, “*The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*”, dalam Sujit Choudhry, (ed.), 2007, *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, Cambridge, hlm. 92-94.

³³ Donald Kommers, 1997, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, edisi kedua, Duke University Press, Durham, hlm. 47.

Gagasan yang sama ternyata tidak hanya berhenti pada era setelah Perang Dunia Kedua. Jaminan akan hak dasar dengan pemuatannya dalam konstitusi juga diadopsi ketika jatuhnya rezim otoritarianisme di Eropa Tengah dan Timur pada tahun 1990-an.³⁴ Pada saat yang sama dibentuklah Mahkamah Konstitusi atau institusi serupa yang memiliki kewenangan untuk menguji kebijakan dalam rangka menegakkan hak konstitusional di negara-negara Eropa Tengah dan Timur.³⁵

Dalam dekade yang bersamaan dengan yang terjadi di Eropa Timur dan Eropa Tengah fenomena yang serupa juga terjadi di Asia. Tom Ginsburg menyebutnya sebagai gelombang ketiga (*the third wave*) *judicial review* dan konstitusionalisme.³⁶ Gelombang pertama, dalam pandangan Ginsburg, adalah ketika dimulainya ide agar pengadilan diberi kewenangan untuk melakukan pengujian, yaitu yang terjadi di Amerika Serikat dengan dipantik oleh pendapat John Marshall dalam kasus *Marbury v. Madison*. Gelombang kedua terjadi pada era pasca Perang Dunia Kedua setelah kejatuhan fasisme dan pudarnya kolonialisme. Gelombang ketiga *judicial review* yang terjadi, khususnya di Asia, disebut oleh Andrew Harding sebagai *new asian constitutionalism*.³⁷

Namun, pola serta alasan terjadinya perkembangan *judicial review* di Asia berbeda dengan Eropa Timur dan Eropa Tengah. Pemicu terjadinya gelombang ketiga *judicial review* di Eropa Timur dan Eropa Tengah adalah kejatuhan rezim komunisme. Sementara, diadopsinya gagasan *judicial review* di Asia tidak terjadi secara merata di seluruh Asia dan dengan alasan yang berbeda. Dalam menemukenali pola diadopsinya *judicial review* di Asia, Albert H.Y. Chen membuat pengelompokkan model sistem konstitusionalisme yang dibaginya menjadi 3 (tiga), yaitu (i) model konstitusionalisme liberal; (ii) model konstitusionalisme ala Lenin atau komunis; dan (iii) model konstitusionalisme hibrida.³⁸ Perbedaan mencolok dengan gelombang perubahan yang terjadi di Eropa

³⁴ Jon Elster, "Constitution-Making in Eastern Europe: Rebuilding The Boat in The Open Sea", *Public Administration*, Vol. 71, no. 1-2, 1993, hlm. 197-199.

³⁵ Herman Schwartz, "The New East European Constitutional Courts", *Michigan Journal of International Law*, Vol 13, 1992, hlm. 741.

³⁶ Tom Ginsburg, 2003, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Court in Asian Cases*, Cambridge University Press, Cambridge.

³⁷ Andrew Harding, "May There Be Virtue: "New Asian Constitutionalism" in Thailand", *The Australian Journal of Asian Law*, Vol. 3, No. 3, 2001, hlm. 236-260.

³⁸ Albert H.Y. Chen, "Introduction: Constitutionalism and Constitutional Change in East and Southeast Asia – A Historical and Comparative Overview", dalam Albert H.Y. Chen dan Tom

Timur dan Eropa Tengah adalah bahwa konstitusionalisme ala komunis di Asia tidak terusik dengan fenomena perubahan tersebut. Di Korea Utara, rezim ala Lenin atau komunis masih berdiri tegak. Ciri khas dari model konstitusionalisme ala Lenin atau komunis adalah adanya satu partai yang berkuasa penuh dan menggunakan konstitusi sebagai legitimasi kekuasaannya. Meski negara tersebut memiliki konstitusi sebagai hukum tertinggi, namun tidak digunakan sebagai aturan yang akan membatasi kekuasaan. Oleh karenanya, ide dasar konstitusionalisme tidak diadopsi secara murni dalam model konstitusionalisme ala Lenin atau komunis. Cendekiawan ilmu hukum menyebut model demikian sebagai *sham constitution* atau konstitusi palsu.³⁹

Indonesia, sebelum Perubahan UUD 1945, memiliki model konstitusionalisme hibrida. Di satu sisi, sistem ketatanegaraan yang dibangun menitikberatkan kekuasaan pada Parlemen sebagaimana mengikuti model Lenin/sosialis konstitusionalisme. Ciri khas model konstitusionalisme demikian adalah adanya penumpukan kekuasaan pada Parlemen dalam puncak kekuasaan sebagai pengembalian kedaulatan. Ditambah dengan adanya satu partai politik dominan yang menguasai parlemen dengan berangkat dari anggapan bahwa rakyat belum memiliki kematangan secara politik. Tiongkok dengan struktur pemerintahan yang didorong atas pemikiran Sun Yat-sen adalah contohnya.⁴⁰ Begitu pula, Vietnam berdasarkan Perubahan UUD di tahun 2001 memperkenalkan konsep mengenai negara berdasar hukum gaya sosialis (*socialist rule of law state*).⁴¹ Parlemen Nasional Vietnam (*Quoc-Hoi*) memegang kekuasaan tertinggi. Serupa dengan ini adalah MPR dalam sistem ketatanegaraan Indonesia sebelum Perubahan UUD 1945.

Di sisi lainnya, meski struktur ketatanegaraan menyerupai model

Ginsburg (eds.), 2013, *Public Law in Asia*, Ashgate, Farnham, hlm. xv.

³⁹ David S. Law dan Mila Versteeg, "Sham Constitutions", *California Law Review*, Vol. 101, No. 4, 2013, hlm. 863-952.

⁴⁰ Sun Yat-Sen, "Address on Democracy," sebagaimana dikutip dalam Tom Ginsburg, 2014, *East Asian Constitutionalism In Comparative Perspective*, dalam Albert H.Y Chen, eds., *Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century*, Cambridge University Press, Cambridge, hlm. 40.

⁴¹ Thiem H. Bui, "Deconstructing the "Socialist" Rule of Law in Vietnam: The Changing Discourse on Human Rights in Vietnam's Constitutional Reform Process", *Contemporary Southeast Asia*, Vol. 36, No. 1, Special Focus: Constitutional Politics in Southeast Asia, April 2014, hlm. 77-100

konstitusionalisme Lenin/sosialis namun konstitusi tetap merupakan dokumen yang dijadikan pedoman. Pada zaman Orde Baru berkembang jargon yang menjadi visi kenegaraannya untuk menjalankan Pancasila dan UUD 1945 secara murni dan konsekuen. Hal ini pertama kali muncul dalam Lampiran Ketetapan MPR (Sementara) Nomor XX/MPRS/1966 dimana disebutkan bahwa

“... jaminan terlaksananya Amanat Penderitaan Rakyat hanya dapat diberikan dengan pengalaman Pancasila secara paripurna dalam segala segi kehidupan kenegaraan dan kemasyarakatan, dan dengan pelaksanaan secara murni dan konsekuen jiwa serta ketentuan-ketentuan Undang-Undang Dasar 1945”.⁴²

Jargon Orde Baru ini merupakan bagian dari gagasan konstitusionalisme liberal dengan menjadikan UUD 1945 sebagai pedoman dalam lingkup ketatanegaraan. Dalam penerapannya, Orde Baru kerap memanipulasi kebijakan-kebijakan konstitusional demi mempertahankan kekuasaan.⁴³

Berkaitan dengan perlindungan hak asasi manusia, pada awal-awal rezim Orde Baru telah ada upaya untuk mengejawantahkan perlindungan hak asasi manusia yang akan dituangkan dalam bentuk piagam sebagai hasil simposium Hak-Hak Asasi Manusia yang diselenggarakan pada 14-18 Juni 1967 di Jakarta.⁴⁴ Sebagai tindak lanjut dari Ketetapan MPR (Sementara) Nomor XX/MPRS/1966, Pimpinan MPR(S) telah menyusun rancangan yang disebut dengan “Piagam Hak-Hak Azasi Manusia dan Hak-hak serta Kewajiban Warganegara”. Ketika itu, yang menjadi Ketua MPR(S) adalah A.H. Nasution. Akan tetapi, Sidang Umum MPR(S) tidak bersepakat untuk mengadopsi piagam HAM, dalam pandangan A.H Nasution dan Ismail Suny, sebagaimana dikutip oleh Todung Mulya Lubis,⁴⁵ hal ini merupakan momentum menurunnya penghormatan hak asasi manusia di zaman Orde Baru. Sampai pada saat kejatuhan Orde Baru pun piagam tersebut tidak pernah dideklarasikan.

Model konstitusionalisme Indonesia sebelum Perubahan UUD 1945

⁴² Majelis Permusyawaratan Rakyat, “Ketetapan MPR (Sementara) Nomor XX/MPRS/1966 tentang Memorandum DPR-GR mengenai Sumber Tertib Hukum Republik Indonesia dan Tata Urutan Peraturan Perundangan Republik Indonesia”, Bagian Lampiran, hlm. 139.

⁴³ Benedict Anderson, “Old State, New Society: Indonesia’s New Order in Comparative Historical Perspective”, *Journal of Asian Studies*, Vol. XLII, No.3, 1983, hlm. 488-493.

⁴⁴ Ismail Suny, “Hak Asasi Manusia di Indonesia”, *Jurnal Hukum dan Pembangunan*, Juni 1992, hlm 239-240.

⁴⁵ Todung Mulya Lubis, 1993, *Op. Cit.*, hlm. 134.

dikategorikan sebagai model konstitusionalisme hibrida. Sementara pasca Perubahan UUD 1945, Indonesia cenderung mengadopsi model konstitusionalisme liberal.⁴⁶ Salah satu indikasinya adalah bahwa dalam penyusunan konstitusi berasal dari aspirasi rakyat. Perubahan konstitusi yang dilakukan Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) tahun 1999 – 2002 merupakan tuntutan dari perjuangan reformasi yang menjatuhkan rezim Orde Baru.⁴⁷ Indikasi lainnya, Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan “kedaulatan di tangan rakyat, dan dilakukan sepenuhnya oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat” diubah menjadi “kedaulatan di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar”. Perubahan ini, secara formal, menunjukkan pergeseran dari model konstitusionalisme Lenin/sosialis yang menekankan pada supremasi Parlemen kepada konstitusionalisme liberal, khususnya dengan diubahnya frasa “dilakukan sepenuhnya oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat”.

Kejatuhan rezim Orde Baru disebut membuka jalan atas proses demokratisasi.⁴⁸ Meski demikian, periode pasca kejatuhan rezim Orde Baru bukanlah yang pertama dalam sejarah, yang menunjukkan Indonesia menerapkan pemerintahan demokrasi konstitusional. Herbert Feith meneliti bahwa upaya menyelenggarakan pemerintahan demokrasi konstitusional telah ada sejak Desember 1949 hingga Maret 1957 meski mengalami dinamika politik yang kerap berubah-ubah.⁴⁹ Penelitian ini, seolah dilanjutkan oleh Adnan Buyung Nasution yang membahas mengenai pemerintahan konstitusional semasa Konstituante pada kurun 1956-1959.⁵⁰

Salah satu wacana yang hilang selama rezim Orde Baru, meski jargon yang kerap digembor-gemborkan untuk menjalankan UUD 1945 secara murni dan konsekuen, adalah perdebatan mengenai hak asasi manusia. Secara formal,

⁴⁶ Tom Ginsburg, “*East Asian Constitutionalism in Comparative Perspective*”, dalam Albert H.Y. Chen, (ed.). 2014, *Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century*, Cambridge University Press, Cambridge, hlm. 36

⁴⁷ Donald Horowitz, 2013, *Constitutional Change and Democracy in Indonesia*, Cambridge University Press, New York, hlm. 92-99.

⁴⁸ William Liddle, 1999, “*Indonesia’s Democratic Opening*”, *Government and Opposition*, Vol. 34, Issue 1, hlm. 112.

⁴⁹ Herbert Feith, 2007, *The Decline of Constitutional Democracy in Indonesia*, Equinox Pub., Jakarta.

⁵⁰ Adnan Buyung Nasution, 1995, *Aspirasi Pemerintahan Konstitusional di Indonesia: Studi Sosio-Legal atas Konstituante, 1956-1959*, Grafiti, Jakarta.

pengakuan mengenai keberadaan hak asasi manusia dalam peraturan perundang-undangan baru dimulai sejak kejatuhan Orde Baru.⁵¹ Kelompok masyarakat sipil mulai ramai memperbincangkan jaminan perlindungan hak asasi manusia serta mendorong pemuatannya dalam beragam instrumen hukum, mulai dari pembentukan UU, meratifikasi konvensi internasional hingga tuntutan untuk memuat perlindungan hak asasi manusia dalam konstitusi.

Namun demikian, situasi peralihan dari rezim Orde Baru yang bernuansa otoritarian membuat wacana mengenai hak asasi manusia yang diangkat oleh kelompok masyarakat sipil lebih cenderung pada upaya menuntut pertanggungjawaban dari rezim kekuasaan lalu atas terjadinya pelanggaran hak asasi. Dalam laporan yang disusun oleh *International Center for Transitional Justice* dan Komisi untuk Orang Hilang dan Korban Tindak Kekerasan disebutkan setidaknya ada 3 (tiga) periode tahapan perkembangan wacana perlindungan hak asasi manusia dalam kurun waktu sejak awal reformasi hingga periode laporan selesai disusun, yaitu 1998 - 2011.⁵² Periode pertama (1998-2000) disebut sebagai masa awal yang penuh harapan dengan beragam penyusunan UU yang berkenaan dengan perlindungan hak asasi dan pembentukan lembaga-lembaga yang diberi kewenangan untuk menangani pelanggaran hak asasi. Periode kedua (2001-2006) merupakan masa-masa penuh kompromi dimana peraturan perundang-undangan dan lembaga-lembaga yang seharusnya berwenang memberi perlindungan terhadap pelanggaran hak asasi ternyata tidak berjalan dan ditindaklanjuti dengan baik. Periode ketiga (2007-2011) ditandai dengan kembalinya militer, sebagai pihak yang dianggap bertanggung jawab atas pelanggaran hak asasi di masa lalu, dalam panggung politik. Membaca dengan cermat laporan tersebut menunjukkan satu sisi pemaknaan akan perlindungan hak asasi.

Dalam lingkup penyelenggara negara, pasca kejatuhan Orde Baru, lembaga-lembaga negara juga mengeluarkan beragam kebijakan dalam rangka perlindungan hak asasi. Penyusunan beragam peraturan perundang-undangan yang melindungi

⁵¹ Haris Azhar, “*The Human Rights Struggle in Indonesia*”, *International Journal on Human Rights*, Vol. 11, Issue 20, 2014, hlm. 227.

⁵² *International Center for Transitional Justice* dan Komisi untuk Orang Hilang dan Korban Tindak Kekerasan, 2011, “*Derailed Transitional Justice in Indonesia Since the Fall of Soeharto*”, <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Kontras-Indonesia-Derailed-Summary-2011-English.pdf>, diakses pada 26 Mei 2020.

hak asasi manusia menjadi pertanda akan dibukanya kebebasan bagi warga negara setelah diberangus oleh rezim Orde Baru⁵³ sekaligus sebagai bentuk pernyataan politik bahwa pemerintahan di bawah Presiden Habibie, sebagai pengganti Soeharto kala itu, berbeda dengan pemerintahan sebelumnya.⁵⁴

MPR yang pada tahun 1998, sesaat setelah kejatuhan Orde Baru masih memegang status sebagai lembaga tertinggi negara, mengawasi penerbitan peraturan perundang-undangan yang memuat ketentuan perlindungan hak asasi secara formal melalui Ketetapan MPR (Tap MPR) Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia (Tap Piagam HAM). MPR mengeluarkan Ketetapan ini sekaligus sebagai bentuk pernyataan akan model hak asasi manusia yang disesuaikan dengan kondisi ke-Indonesia-an. Dalam bagian Lampiran dari Ketetapan, MPR menyatakan penyusunannya sebagai sebuah piagam hak asasi manusia. Dalam bagian pembukaan piagam tersebut ditegaskan

“...didorong oleh jiwa dan semangat Proklamasi Kemerdekaan Republik Indonesia, bangsa Indonesia mempunyai pandangan mengenai hak asasi dan kewajiban manusia, yang bersumber dari ajaran agama, nilai moral universal, dan nilai luhur budaya bangsa, serta berdasarkan pada Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945.”⁵⁵

MPR juga menyatakan penghormatan terhadap DUHAM sebab Indonesia merupakan anggota dari Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB). Akan tetapi, piagam yang disusun MPR tidak mengacu sepenuhnya pada susunan DUHAM.

Pengaturan susunan hak asasi dalam Tap Piagam HAM, terdiri dari 3 (tiga) bagian, yaitu (i) pengakuan keberadaan hak;⁵⁶ (ii) adanya kewajiban;⁵⁷ dan (iii) perlindungan dan pemajuan hak secara khusus oleh negara.⁵⁸ Tap Piagam HAM

⁵³ Ikrar Nusa Bhakti, “*Transition to Democracy in Indonesia: Some Outstanding Problems*”, dalam Jim Rolfe, (ed.), 2004, *The Asia-Pacific: A Region in Transition*, Asia-Pacific Center for Security Studies, Honolulu, hlm. 201.

⁵⁴ Irene Istiningsih Hadiprayitno, 2010, “*Defensive Enforcement: Human Rights in Indonesia*”, *Human Rights Review*, Vol. 11, 2010, hlm 377.

⁵⁵ Majelis Permusyawaratan Rakyat, “*Ketetapan MPR Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia*”, Bagian Lampiran.

⁵⁶ Hak-hak dasar yang diakui keberadaannya dalam piagam hak asasi manusia di Tap MPR adalah (1) hak untuk hidup; (2) hak berkeluarga; (3) hak mengembangkan diri; (4) hak keadilan; (5) hak kemerdekaan; (6) hak berkomunikasi; (7) hak keamanan; dan (8) hak kesejahteraan, beserta turunannya masing-masing.

⁵⁷ Kewajiban yang diatur dalam piagam hak asasi dalam Tap MPR mencakup, (1) wajib menghormati hak orang lain; (2) wajib ikut dalam bela negara; dan (3) wajib tunduk pada pembatasan hak yang ditetapkan dalam UU.

⁵⁸ Perlindungan dan pemajuan oleh negara ditujukan secara khusus terhadap (1) hak yang tidak boleh dikurangi (*non-derogable rights*); (2) kebijakan yang diskriminatif; (3) kebijakan afirmasi

ditindaklanjuti oleh Pembentuk UU dengan mengeluarkan UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (UU HAM). Pengaturan susunan ketentuan pengakuan keberadaan hak asasi pada UU HAM sebagian besar mengikuti pola pada Tap Piagam HAM dengan beberapa penjabaran hak-hak yang lebih elaboratif. Sebagai contoh, Tap Piagam HAM mengakui hak untuk hidup sebagai hak asasi dengan hanya mengatur dalam satu norma bahwa “Setiap orang berhak untuk hidup, mempertahankan hidup dan kehidupannya”. Sementara, UU HAM menjabarkan bahwa hak untuk hidup tidak hanya dalam rangka (i) mempertahankan hidup dan kehidupannya tetapi dalam penjabarannya juga termasuk (ii) hak untuk hidup tenteram, aman, damai, bahagia, sejahtera lahir dan batin serta (iii) hak atas lingkungan hidup yang baik dan sehat.

Berdasarkan Pasal 1 Tap MPR Nomor I/MPR/2003 yang meninjau materi dan status hukum Tap MPR dalam periode 1960 - 2002, keberadaan Tap Piagam HAM telah dicabut dan dinyatakan tidak lagi berlaku. Namun demikian, Tap Piagam HAM dapat dikatakan sebagai cikal bakal pemuatan hak konstitusional dalam Perubahan UUD 1945. Sebagian besar isi Tap Piagam HAM, dari segi rumusan redaksional memiliki kesamaan dengan rumusan ketentuan perlindungan hak asasi dalam Perubahan UUD 1945.⁵⁹ Hampir seluruh ketentuan perlindungan hak asasi dalam Perubahan UUD 1945 memiliki redaksional yang hampir serupa atau merupakan gabungan dari ketentuan dalam Tap Piagam HAM (Tabel 1.1).

Tabel 1.1 Perbandingan Rumusan Perlindungan Hak Asasi Manusia dalam Perubahan UUD 1945 dan Tap MPR XVII/MPR/1998

No.	Perubahan UUD 1945	Bunyi Ketentuan Norma	Tap MPR XVII/MPR/1998
1.	Pasal 27(3)	Setiap warga negara berhak dan wajib ikut serta dalam upaya pembelaan negara	Pasal 35 (tidak terdapat frasa”..berhak dan..”
2.	Pasal 28A	Setiap orang berhak untuk hidup serta berhak mempertahankan hidup dan kehidupannya	Pasal 1
3.	Pasal 28B(1)	Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah	Pasal 2
4.	Pasal 28C(1)	Setiap orang berhak mengembangkan diri melalui pemenuhan kebutuhan dasarnya, berhak mendapat pendidikan dan memperoleh manfaat dari ilmu pengetahuan dan teknologi, seni dan budaya, demi meningkatkan kualitas hidupnya dan demi kesejahteraan umat manusia	Gabungan dari Pasal 3; Pasal 4 dan Pasal 5
5.	Pasal 28C (2)	Setiap orang berhak untuk memajukan dirinya	Pasal 6

berbasiskan perbedaan gender; (4) perlindungan bagi kelompok rentan; (5) perlindungan bagi masyarakat adat; dan (6) perlindungan hak berkomunikasi dan memperoleh informasi.

⁵⁹ Satya Arinanto, 2003, *Op. Cit.*, hlm 21-30.

No.	Perubahan UUD 1945	Bunyi Ketentuan Norma	Tap MPR XVII/MPR/1998
		dengan memperjuangkan hak-haknya secara kolektif serta membangun masyarakat, bangsa, dan negaranya	
6.	Pasal 28D (1)	Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum	Gabungan dari Pasal 7 dan Pasal 8
7.	Pasal 28D (2)	Setiap orang berhak untuk bekerja serta mendapat imbalan dan perlakuan yang adil dan layak dalam hubungan kerja	Gabungan dari Pasal 9 dan Pasal 11
8.	Pasal 28D (3)	Setiap warga negara berhak memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan	Pasal 12
9.	Pasal 28D (4)	Setiap orang berhak atas status kewarganegaraan	Pasal 10
10.	Pasal 28E (1)	Setiap orang berhak memeluk agama dan beribadat menurut agamanya, memilih pendidikan dan pengajaran, memilih pekerjaan, memilih kewarganegaraan, memilih tempat tinggal di wilayah negara dan meninggalkannya, serta berhak kembali	Gabungan dari Pasal 13; Pasal 15; Pasal 16; pasal 17; dan Pasal 18
11.	Pasal 28E (2)	Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya	Pasal 14
12.	Pasal 28E (3)	Setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul dan mengeluarkan pendapat	Pasal 19
13.	Pasal 28F	Setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi untuk mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya, serta berhak untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah, dan menyampaikan informasi dengan menggunakan segala jenis saluran yang tersedia	Gabungan dari Pasal 20 dan Pasal 21
14.	Pasal 28G (1)	Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi.	Gabungan dari Pasal 22 dan Pasal 23
15.	Pasal 28G (2)	Setiap orang berhak untuk bebas dari penyiksaan atau perlakuan yang merendahkan derajat martabat manusia dan berhak memperoleh suaka politik dari negara lain	Gabungan dari Pasal 24 dan Pasal 25
16.	Pasal 28H (1)	Setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan	Gabungan dari Pasal 27; Pasal 28; Pasal 29 (tidak memuat "hak memperoleh pelayanan kesehatan")
17.	Pasal 28H (2)	Setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan	Pasal 30 (beda frasa "...di masa kanak-kanak, di hari tua, dan apabila menyandang cacat..")
18.	Pasal 28H (3)	Setiap orang berhak atas jaminan sosial yang memungkinkan pengembangan dirinya secara utuh sebagai manusia yang bermartabat.	Pasal 31
19.	Pasal 28H (4)	Setiap orang berhak mempunyai hak milik pribadi dan hak milik tersebut tidak boleh diambil alih secara sewenang-wenang oleh siapapun	Pasal 32
20.	Pasal 28I (1)	Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak untuk kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum,	Pasal 37

No.	Perubahan UUD 1945	Bunyi Ketentuan Norma	Tap MPR XVII/MPR/1998
		dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun	
21.	Pasal 28I(2)	Setiap orang bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apapun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu	Pasal 38 (tidak terdapat frasa “..perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apapun dan berhak..”
22.	Pasal 28I (3)	Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban	Pasal 41 (terdapat penegasan frasa “termasuk hak atas tanah ulayat dilindungi..” yang berbeda dengan Pasal 28I (3)
23.	Pasal 28I (4)	Perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara, terutama pemerintah	Pasal 43
24.	Pasal 28I(5)	Untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur, dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan	Pasal 44
25.	Pasal 28J (1)	Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara	Pasal 34
26.	Pasal 28J (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 36

Sumber: diolah oleh penulis

Ketentuan dalam Pasal 28B ayat (2) menjadi satu-satunya perlindungan hak asasi yang tidak terdapat dalam Tap Piagam HAM. Ketentuan tersebut mengatur khusus tentang hak anak, bahwa “(s)etiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.” Perlindungan terhadap hak anak dalam Tap Piagam HAM digolongkan dalam kelompok rentan, sebagaimana diatur dalam Pasal 40, bahwa “(k)elompok masyarakat yang rentan, seperti anak-anak dan fakir miskin, berhak mendapatkan perlindungan lebih terhadap hak asasinya.”

Dalam sebuah artikel di media massa, Saldi Isra pernah melontarkan kritik mengenai sistematika penyusunan hak asasi dalam Perubahan UUD 1945.⁶⁰ Dalam pandangannya, susunan pengaturan tentang perlindungan hak asasi dalam Perubahan UUD 1945 tidak terbaca secara gamblang pembagian kategorisasinya.

⁶⁰ Saldi Isra, 2002, “Quo Vadis Reformasi Konstitusi”, Media Indonesia, (1 Agustus 2002).

Meski mengkritisi penyusunan kategorisasinya, dalam tulisan lainnya Saldi Isra juga mengungkapkan bahwa ketentuan hak asasi manusia dalam Perubahan UUD 1945 dapat dipilah-pilah. Ketentuan perlindungan hak asasi dalam Bab XA UUD 1945 yang berisi 10 (sepuluh) Pasal dijabarkan menjadi 26 (dua puluh enam) ketentuan ayat. Ke-26 ketentuan ayat tersebut terdiri dari (i) 21 (dua puluh satu) ketentuan mengatur tentang hak; (ii) 2 (dua) ayat mengatur tentang kewajiban; (iii) 2 (dua) ayat menyangkut pembatasan hak; dan (iv) 1 (satu) ayat pengaturan lebih lanjut terkait jaminan pelaksanaan hak asasi.⁶¹

Satu hal yang mengemuka pada era Orde Baru dan sesaat setelah reformasi adalah bahwa istilah yang lebih sering dipergunakan, baik dalam perdebatan publik maupun wacana akademik, adalah “hak asasi manusia”. Penggunaan istilah “hak konstitusional” belum mendapat banyak perhatian sehingga tidak lazim digunakan. Dalam kajian Setara Institute, pola hubungan hak asasi manusia dengan hak konstitusional bahkan dikonstruksikan seolah hak asasi manusia hadir terlebih dahulu dengan menyebutkan bahwa terminologi hak asasi manusia bertransformasi menjadi hak konstitusional.⁶² Bukan hanya dari sudut kelahiran, tetapi juga dari segi lingkup dimana kajian tersebut menekankan pada teori ratifikasi dan transplantasi yang menyiratkan hak asasi manusia dari lingkup hukum internasional memiliki kedudukan yang lebih tinggi dibanding hak konstitusional dalam lingkup domestik masing-masing negara.⁶³

Istilah “hak konstitusional”, di Indonesia, baru berkembang seiring dengan diadopsinya gagasan konstitusionalisme dalam Perubahan UUD 1945. Salah satu konsekuensi konstitusionalisme di Indonesia adalah pembentukan MK. Berlakunya UU Nomor 23 Tahun 2004, secara tidak langsung, memperkenalkan istilah “hak konstitusional” yang diadopsi secara formal dalam penggunaannya pada peraturan perundang-undangan. Dalam ketentuan yang mengatur mengenai pihak yang dapat mengajukan diri sebagai Pemohon dipersyaratkan bahwa pihak tersebut harus menjelaskan hak konstitusional yang dianggapnya terlanggar oleh berlakunya UU

⁶¹ Saldi Isra, 2014, “Peran Mahkamah Konstitusi dalam Penguatan Hak Asasi Manusia Di Indonesia”, Jurnal Konstitusi, Vol. 11, No. 3, hlm. 413.

⁶² Khairul Fahmi, Esti Nuringdyah, et.al., 2013, *Dinamika Perlindungan Hak Konstitusional Warga; Mahkamah Konstitusi sebagai Mekanisme Nasional Baru Pemajuan dan Perlindungan HAM*, Pustaka Masyarakat Setara, Jakarta, hlm. 7.

⁶³ *Ibid.*, hlm. 8-9.

yang diminta untuk diuji. Bagian Penjelasan ketentuan tersebut memberi batasan bahwa yang dimaksud dengan “hak konstitusional” adalah hak-hak yang diatur dalam UUD 1945.⁶⁴

Batasan tersebut sejalan dengan sistem pengujian peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia pasca Perubahan UUD 1945. Desain konstitusional sistem pengujian peraturan perundang-undangan melibatkan dua lembaga pemegang kekuasaan kehakiman. MK diberi mandat untuk melakukan pengujian undang-undang terhadap UUD⁶⁵ sedangkan Mahkamah Agung (MA) berwenang untuk menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang.⁶⁶

Pengaturan mengenai pengajuan permohonan dalam perkara pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang tunduk di bawah UU yang mengatur tentang MA.⁶⁷ Dalam hubungannya dengan pembuktian atas keberadaan hak yang dimiliki Pemohon, UU menetapkan bahwa pemohon perkara pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang hanya dapat diajukan oleh pihak yang menganggap hak-nya dirugikan.⁶⁸

Pengaturan sistem pengujian peraturan perundang-undangan serta pembedaan penyebutan dalam kerugian hak yang diatur, baik pada UU MK dan UU MA, menyiratkan adanya kedudukan yang berbeda antara hak konstitusional dengan hak yang diatur dalam peraturan perundang-undangan. Pembidangan hak yang dimaksud adalah berlaku dalam lingkup hukum positif Indonesia. Jimly

⁶⁴ Republik Indonesia, “*Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi*”, Lembaran Negara R.I. Tahun 2003 Nomor 98 dan Tambahan Lembaran Negara R.I Nomor 4316, Penjelasan Pasal 51 ayat (1).

⁶⁵ Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 berbunyi, “Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk *menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, ...*” (cetak miring oleh penulis).

⁶⁶ Pasal 24A ayat (1) UUD 1945 berbunyi, “Mahkamah Agung berwenang mengadili pada tingkat kasasi, *menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang...*” (cetak miring oleh penulis).

⁶⁷ Republik Indonesia, “*Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung*”, Lembaran Negara R.I. Tahun 1985 Nomor 73 dan Tambahan Lembaran Negara R.I Nomor 3316, (sebagaimana telah diubah dengan UU Nomor 5 tahun 2004 (Perubahan Pertama) dan UU Nomor 3 Tahun 2009 (Perubahan Kedua)).

⁶⁸ Republik Indonesia, *Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung*, Lembaran Negara R.I. Tahun 2009 Nomor 3 dan Tambahan Lembaran Negara R.I Nomor 4958, Pasal 31A ayat (2) berbunyi “Permohonan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) hanya dapat dilakukan oleh pihak yang menganggap haknya dirugikan oleh berlakunya peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang.

Asshiddiqie berpendapat bahwa hak konstitusional adalah hak yang dijamin di dalam dan oleh UUD 1945, sedangkan hak legal (*legal rights*) timbul berdasarkan jaminan UU dan peraturan perundang-undangan di bawahnya.⁶⁹ Sejalan dengan Asshiddiqie, I Dewa Gede Palguna juga mengemukakan bahwa hak konstitusional adalah hak-hak yang dijamin oleh konstitusi atau UUD baik dinyatakan secara tegas maupun tersirat.⁷⁰

Pembidangan mengenai hak hukum dan hak konstitusional juga diadopsi dalam Putusan MK. Dalam mempertimbangkan konstitusionalitas pemberian remisi yang merupakan hak bagi narapidana, MK berpendirian

“.. hak atas remisi adalah hak hukum (*legal rights*) yang diberikan oleh negara kepada narapidana sepanjang telah memenuhi syarat-syarat tertentu. Dengan demikian, berarti, hak-hak tersebut, termasuk remisi, bukanlah hak yang tergolong ke dalam kategori hak asasi manusia (*human rights*) dan juga bukan tergolong hak konstitusional (*constitutional rights*).”⁷¹

Permasalahannya adalah penjenjangan hak berdasarkan pemuatannya dalam susunan tingkat peraturan perundang-undangan ternyata tumpang tindih dengan istilah yang digunakan. Pengaturan mengenai hak-hak asasi terdapat, baik dalam UUD maupun UU. Daftar hak asasi manusia yang termuat dalam UUD 1945, baik yang diatur secara khusus pada Bab XA ataupun yang termuat diluar dari bab XA merupakan hak konstitusional dengan mengacu pada batasan yang disebutkan dalam Penjelasan Pasal 51 ayat (1) UU MK. Di sisi lain, pembentuk UU juga menerbitkan UU HAM. Daftar hak asasi manusia yang termuat dalam UU HAM, dengan mengambil istilah Asshiddiqie, digolongkan sebagai hak-hak legal karena termuat pada peraturan perundang-undangan yang berkedudukan di bawah konstitusi. Bila diamati secara mendalam, terdapat rumusan materi muatan dalam Bab XA UUD 1945 dan UU HAM yang berkelindan dan bahkan memiliki redaksional yang hampir serupa (Tabel 1.2).

⁶⁹ Jimly Asshiddiqie, 2007, “Hak Konstitusional Perempuan dan Tantangan Penegakannya”, Makalah pada Dialog Publik dan Konsultasi Nasional “Perempuan dan Konstitusi di era otonomi Daerah: Tantangan dan Penyikapan Bersama” diselenggarakan oleh Komnas Perempuan, Jakarta, 27 November 2007, hlm. 2.

⁷⁰ I Dewa Gede Palguna, 2013, *Pengaduan Konstitusional: Upaya Hukum Terhadap Pelanggaran Hak-Hak Konstitusional Warga Negara*, Penerbit Sinar Grafika, Jakarta, hlm 111.

⁷¹ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 54/PUU-XV/2017, para. [3.8.5]

Tabel 1.2 Ketentuan yang memiliki kemiripan susunan redaksional antara UUD 1945 dan UU Nomor 39 Tahun 1999

No.	Perubahan UUD 1945	Bunyi Ketentuan Norma	UU Nomor 39 Tahun 1999
1.	Pasal 27(3)	Setiap warga negara berhak dan wajib ikut serta dalam upaya pembelaan negara	Pasal 68 (tanpa pengaturan mengenai hak dengan ditambah harus sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan
2.	Pasal 28A	Setiap orang berhak untuk hidup serta berhak mempertahankan hidup dan kehidupannya	Pasal 9 (1) dengan terdapat tambahan frasa “meningkatkan taraf kehidupannya”
3.	Pasal 28B(1)	Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah	Pasal 10 (1)
4.	Pasal 28C(1)	Setiap orang berhak mengembangkan diri melalui pemenuhan kebutuhan dasarnya, berhak mendapat pendidikan dan memperoleh manfaat dari ilmu pengetahuan dan teknologi, seni dan budaya, demi meningkatkan kualitas hidupnya dan demi kesejahteraan umat manusia	Gabungan Pasal 12 dan Pasal 13 (dengan terdapat perbedaan frasa pada pasal 12)
5.	Pasal 28C (2)	Setiap orang berhak untuk memajukan dirinya dengan memperjuangkan hak-haknya secara kolektif serta membangun masyarakat, bangsa, dan negaranya	Pasal 15 (dengan perbedaan redaksional dan susunan kalimat)
6.	Pasal 28D (1)	Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum	Pasal 5 (1) (dengan perbedaan redaksional dan susunan kalimat)
7.	Pasal 28D (2)	Setiap orang berhak untuk bekerja serta mendapat imbalan dan perlakuan yang adil dan layak dalam hubungan kerja	Gabungan Pasal 38 ayat (1) dan (4) (dengan perbedaan redaksional dan tambahan frasa)
8.	Pasal 28D (4)	Setiap orang berhak atas status kewarganegaraan	Pasal 26 (1) (dengan tambahan frasa sebagai penjabaran kata “status”
9.	Pasal 28F	Setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi untuk mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya, serta berhak untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah, dan menyampaikan informasi dengan menggunakan segala jenis saluran yang tersedia	Gabungan Pasal 14 (1) dan (2)
10.	Pasal 28G (1)	Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi.	Gabungan Pasal 29 (1) dan pasal 30
11.	Pasal 28G (2)	Setiap orang berhak untuk bebas dari penyiksaan atau perlakuan yang merendahkan derajat martabat manusia dan berhak memperoleh suaka politik dari negara lain	Gabungan Pasal 33 (1) dan Pasal 28 (1)
12.	Pasal 28H (1)	Setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan	Gabungan Pasal 9 ayat (2) dan (3) tanpa ada jaminan hak memperoleh pelayanan kesehatan terkecuali khusus bagi anak (Pasal 62)
13.	Pasal 28H (2)	Setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan	Pasal 41 (2) ditujukan khusus untuk penyandang cacat, orang yang berusia lanjut, wanita hamil, dan anak-anak.
14.	Pasal 28H (3)	Setiap orang berhak atas jaminan sosial yang	Pasal 41 (1)

No.	Perubahan UUD 1945	Bunyi Ketentuan Norma	UU Nomor 39 Tahun 1999
		memungkinkan pengembangan dirinya secara utuh sebagai manusia yang bermartabat.	
15.	Pasal 28H (4)	Setiap orang berhak mempunyai hak milik pribadi dan hak milik tersebut tidak boleh diambil alih secara sewenang-wenang oleh siapapun	Pasal 36 (1) dan (2)
16.	Pasal 28I (1)	Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak untuk kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun	Pasal 4
17.	Pasal 28I(2)	Setiap orang bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apapun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu	Pasal 3(3) dengan perbedaan redaksional
18.	Pasal 28I (3)	Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban	Pasal 6(2) dengan penegasan pada hak atas tanah ulayat
19.	Pasal 28I (4)	Perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara, terutama pemerintah	Pasal 8
20.	Pasal 28J (1)	Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara	Pasal 69 (1)
21.	Pasal 28J (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 70 (tanpa frasa “nilai-nilai agama”)

Sumber: diolah oleh penulis

Dalam model sistem pengujian peraturan perundang-undangan yang terpisah antara MA dan MK maka terdapat persoalan mengenai kewenangan untuk menafsirkan ketentuan mengenai hak asasi sebagai hak konstitusional ataukah hak yang diatur dalam perundang-undangan. Sebagai perumpamaan, terdapat sebuah perkara pengujian Peraturan Pemerintah yang diajukan ke MA dan Pemohon mendalilkan batu uji pengujian berdasarkan norma dalam UU HAM yang memiliki kemiripan redaksional dengan hak konstitusional, sebagaimana disebutkan dalam tabel 1.2 di atas. Persoalannya adalah, apakah MA berwenang untuk melakukan penafsiran terhadap batu uji yang didalilkan Pemohon tersebut sedangkan sejatinya batu uji tersebut merupakan bagian dari hak konstitusional yang juga termuat dalam UUD 1945. Dalam kasus ini, bagi kalangan yang berpandangan memisahkan hak konstitusional dengan hak legal maka seharusnya MA tidak memberikan tafsir atas

ketentuan-ketentuan hak asasi dalam UU HAM yang sesungguhnya berstatuskan sebagai hak konstitusional. Di lain pihak, perkara tersebut juga tidak bisa dialihkan ke MK sebab objek pengujiannya adalah peraturan perundang-undangan di bawah UU yang bukan termasuk dalam lingkup kewenangan dari MK. Oleh karena itu, pihak yang menjadi Pemohon harus dapat memilah secara hati-hati untuk tidak menjadikan hak yang terdapat dalam UU HAM yang juga disebutkan dalam UUD 1945 sebagai batu uji dalam perkara pengujian peraturan perundang-undangan dibawah UU di MA.

Pangkal persoalan dalam kasus di atas, salah satunya, dipicu oleh adanya piagam hak asasi manusia yang dimuat dalam Tap Piagam HAM sebagai sumber kelahiran dari UU HAM dan pencantuman ketentuan hak asasi dalam Perubahan UUD 1945. Pasal 44 Tap Piagam HAM memerintahkan pelaksanaan hak asasi dijamin, diatur dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan. Langkah pembentuk UU dalam menindaklanjuti Tap MPR adalah dengan menerbitkan UU HAM. Rujukan pada Tap MPR juga ditegaskan dalam bagian konsideran UU HAM.⁷² Langkah ini bisa dimaklumi dengan mempertimbangkan situasi kala itu pasca kejatuhan rezim otoritarian Orde Baru. Penuangan ketentuan hak asasi dalam beragam peraturan perundang-undangan merupakan bagian dari upaya menunjukkan kehendak politik serta keseriusan pemerintah dalam proses peralihan mengarah pada demokrasi. Selain itu, pada saat UU HAM disahkan wacana mengenai sistem pengujian peraturan perundang-undangan belumlah mengemuka. Pasal 24A ayat (1) dan Pasal 24C ayat (1) merupakan hasil Perubahan Ketiga UUD 1945 yang diundangkan pada tahun 2001.

Dalam penyusunan UU HAM sendiri terdapat pemahaman yang salah kaprah dalam menindaklanjuti Tap MPR. Pasal 44 Tap Piagam HAM menekankan pada frasa “pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur, dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan”. Kata “pelaksanaan” dapat dimaknai sebagai penjabaran, tindak lanjut dan upaya penegakan hak asasi manusia. Oleh sebab itu, seharusnya tidak ada pengulangan ketentuan dalam Tap MPR yang dimasukkan dalam ketentuan UU HAM. Ketentuan Pasal 44 Tap Piagam HAM secara utuh

⁷² Republik Indonesia, “*Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia*”, Lembaran Negara R.I. Tahun 1999 Nomor 165 dan Tambahan Lembaran Negara R.I Nomor 3886, bagian menimbang huruf e serta bagian mengingat angka 2.

diadopsi dalam Perubahan UUD 1945 menjadi Pasal 28I ayat (5) UUD 1945. Namun demikian, hingga kini belum ada upaya untuk melakukan sinkronisasi ketentuan tersebut dengan sistem pengujian peraturan perundang-undangan. Oleh sebab itu, yang paling penting dilakukan pembentuk UU adalah melakukan perubahan terhadap UU HAM.

Salah satu faktor penyebab dari munculnya persoalan di atas adalah masih terbatasnya pemahaman, di masyarakat umum bahkan juga pada kalangan cendekiawan di Indonesia, mengenai pengertian hak konstitusional. Banyak orang cenderung secara serampangan mengidentikkan hak asasi manusia (*human right*) dengan hak konstitusional (*constitutional right*). Padahal, dalam kedua istilah tersebut mengandung konsepsi yang dapat dibedakan.

Satu hal yang masih sering menjadi pertanyaan ilmuwan politik dan hukum adalah mengenai pola hubungan antara hak-hak asasi manusia dalam instrumen hukum internasional dengan hak-hak konstitusional yang berlaku dalam lingkup domestik masing-masing negara. Dalam hukum positif, hak konstitusional punya karakter sebagai *legal right*. Yang dimaksud dengan *legal right* ini berbeda dengan hak hukum sebagaimana pengertian Asshiddiqie dalam pembahasan sebelumnya. Dalam tipologi yang dirumuskan Joseph Raz, *legal right* dapat berarti (i) hak-hak baru yang dibuat oleh hukum (*created by law*) atau (ii) hak-hak yang sudah ada secara alamiah kemudian diakui oleh hukum (*recognised by law*).⁷³ Berdasarkan subjek hukumnya, individual dan badan hukum memiliki hak. Namun karena badan hukum adalah subjek hukum jelmaan dari hukum maka hak sebuah badan hukum secara serta merta disebut sebagai *legal right*. Berbeda halnya dengan individu. Dalam konteks individu, seorang pribadi bisa memiliki hak yang dibuat oleh hukum atau diakui oleh hukum. Namun dalam hal hak asasi manusia, *legal right* yang dimaksud bukanlah yang dibuat oleh hukum melainkan hak asasi manusia adalah *legal right* yang diakui oleh hukum melalui peraturan perundang-undangan. Hal ini dikarenakan karakteristik hak asasi manusia yang bersifat sangat penting dan universal.⁷⁴

Di Indonesia, pembahasan mengenai karakteristik hak konstitusional serta

⁷³ Joseph Raz, "Human Rights in the Emerging World Order", *Transnational Legal Theory*, Vol. 1, 2010, hlm. 31-47.

⁷⁴ *Ibid.*, hlm. 39.

bagaimana hak-hak konstitusional ini ditafsirkan oleh MK belum mendapat perhatian besar. Perdebatan dalam dunia akademik mengenai hak asasi manusia lebih banyak dilandaskan pada teori-teori yang merujuk pada hukum hak asasi manusia internasional. Wacana mengenai hak asasi manusia sebagai hak konstitusional dengan merujuk pada praktik dan teori hukum tata negara yang berlaku di tiap-tiap negara tidaklah banyak.

Di antara faktor yang menyebabkan sedikitnya kajian hak konstitusional yang merujuk kepada praktik negara masing-masing adalah bahasa. Kajian-kajian mengenai hak asasi manusia dalam tulisan berbahasa Inggris yang banyak digunakan sebagai rujukan utamanya ditulis oleh ilmuwan dari Eropa dan Amerika yang fasih dalam penggunaan bahasa Inggris. Sementara, kajian hak asasi manusia dalam perspektif domestik dalam penggunaan bahasa masing-masing negara sulit untuk dapat diakses oleh pembaca yang tidak menguasai bahasa tersebut.

Sebagai contohnya adalah kajian hak konstitusional yang banyak ditulis dalam bahasa Jerman oleh para ilmuwan, dengan sebutan *Grundrechte*. Bagi pembaca yang tidak memiliki kemampuan berbahasa Jerman maka memahami hak konstitusional menjadi persoalan tersendiri. Padahal, Jerman merupakan negara yang dianggap sebagai ibukota dalam kajian-kajian mengenai pengujian konstitusi, mahkamah konstitusi, dan termasuk hak konstitusi.⁷⁵ Salah satu kajian yang membahas mengenai landasan hak konstitusional adalah yang ditulis oleh Robert Alexy di tahun 1986 dengan judul *Theorie der Grundrechte*. Buku yang ditulis Robert Alexy telah diterjemahkan ke bahasa Inggris oleh Julian Rivers yang diterbitkan pertama kali tahun 2002 dengan judul *A Theory of Constitutional Rights*. Alexy membangun teori hak konstitusional berdasarkan putusan-putusan Mahkamah Konstitusi Jerman (*Bundesverfassungsgerichts*).

Kajian Robert Alexy mengilhami penelitian ini, sebagai upaya memahami hak konstitusional dalam UUD 1945 (Pasca Perubahan) melalui putusan-putusan MK. Ada beberapa hal yang menjadi pertimbangan sebagai alasan yang mendasari penelitian ini mengikuti jejak yang dilakukan oleh Alexy. *Pertama*, literatur yang khusus membahas mengenai hak konstitusional belum banyak diisi dalam kajian

⁷⁵ David P. Currie, 1994, *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, The University of Chicago Press, Chicago.

hukum tata negara di Indonesia. Penelitian ini berupaya mengisi celah kekosongan dalam kajian tersebut. *Kedua*, penelitian ini hendak menawarkan sudut pandang yang berbeda dalam melihat hak konstitusional dalam hubungannya dengan hak asasi manusia. Perspektif yang ditawarkan dalam penelitian ini adalah dengan menitikberatkan untuk melakukan sintesa atas yurisprudensi MK dalam memberikan penafsiran atas hak konstitusional yang termaktub pada UUD 1945. *Ketiga*, dari sisi kelembagaan MK telah berdiri selama kurang lebih 19 tahun. Kurun waktu tersebut telah mendukung bagi MK dalam membangun yurisprudensi khusus mengenai penafsiran hak konstitusional. Penelitian ini merupakan satu diantara langkah awal dalam upaya membuat sistematisasi penafsiran MK khususnya dalam rangka memahami hak-hak konstitusional dalam UUD 1945. *Keempat*, sistem hukum Indonesia memiliki akar sejarah yang berasal dari tradisi *civil law* sebagai konsekuensi peninggalan pemerintah kolonial Belanda. Tidak hanya sistem hukum, tetapi juga jejak-jejak tradisi keilmuan hukum sejatinya banyak merujuk pada Eropa kontinental. Ilmuwan hukum Belanda banyak yang merujuk pada pengaruh perkembangan keilmuan di Jerman. Ikatan sejarah ini yang menghubungkan pentingnya untuk menggali hukum tata negara, khususnya hak konstitusional, di Indonesia kembali pada akarnya yaitu kajian-kajian konstitusi di Eropa konstinental, khususnya Jerman.

Pembahasan mengenai teori hak konstitusional yang diajukan Alexy akan mendapat porsi tersendiri dalam penelitian ini pada bagian tinjauan kepustakaan. Penelitian ini akan melakukan pemilahan dan kategorisasi putusan dalam menelaah tafsir mengenai hak konstitusional sebagaimana akan dijabarkan lebih lanjut pada bagian metode penelitian.

Di antara persoalan yang ada dalam penyusunan putusan MK adalah kerap berkelindannya antara pertimbangan hak konstitusional sebagai jalan masuk untuk memenuhi prasyarat kedudukan hukum dengan pertimbangan hak konstitusional sebagai batu uji dalam pengujian norma yang tergolong dalam pertimbangan pada pokok perkara. Tidak jarang dalam rangka mempertimbangkan mengenai hak konstitusional, majelis hakim menggabungkan pertimbangan antara prasyarat untuk kedudukan hukum sekaligus memberi penafsiran atas hak konstitusional yang digunakan sebagai batu uji. Proses melakukan penalaran dengan menggabungkan

kedua kriteria ini memicu persoalan dalam hal pengembangan wacana mengenai hak konstitusional. Isu ini yang kemudian memancing kebutuhan akan adanya penelitian mengenai perkembangan hak konstitusional di Indonesia.

B. Masalah Penelitian

Permasalahan pokok yang dibahas dalam penelitian ini adalah

1. Bagaimana perumusan hak konstitusional dalam sejarah ketatanegaraan Indonesia?
2. Bagaimana penafsiran MK dalam mempertimbangkan kerugian hak konstitusional dalam penentuan *legal standing*?
3. Bagaimana penafsiran MK dalam mempertimbangkan hak konstitusional dalam pengujian norma UU terhadap UUD?

C. Tujuan Penelitian

Tujuan umum penelitian ini adalah untuk mengetahui penafsiran yang dilakukan MK atas hak-hak konstitusional sebagaimana termuat dalam UUD 1945 serta landasan konsepsi hak konstitusional yang digunakan MK, salah satunya, dengan melihat asal muasal serta alasan pemuatan hak-hak konstitusional yang diadopsi dalam Perubahan UUD 1945 yang banyak dipengaruhi oleh perumusan piagam hak asasi manusia yang tercantum dalam bagian Lampiran Ketetapan MPR Nomor XVII/MPR/1998.

Dalam rangka mengetahui penafsiran MK mengenai hak-hak konstitusional tersebut, penelitian ini bertujuan secara lebih khusus untuk memperoleh jawaban atas permasalahan mengenai:

1. Penafsiran MK atas hak-hak konstitusional sebagai pembuktian dari kedudukan hukum Pemohon akan keberadaan hak konstitusionalnya yang dirugikan dengan berlakunya UU.
2. Penafsiran MK dalam mempertimbangkan hak konstitusional yang digunakan sebagai batu uji dalam pengujian norma UU. Hal ini dilakukan dengan membuat sistematisasi pengelompokkan hak konstitusional yang telah ditafsirkan MK dalam mempertimbangkan pokok perkara yang didalilkan Pemohon, termasuk didalamnya adalah yang terkait dengan pengaruh hukum hak asasi manusia

internasional dalam penafsiran hak konstitusional serta mengenai penafsiran atas ketentuan pembatasan hak konstitusional.

D. Manfaat Penelitian

Beberapa kegunaan dari hasil penelitian ini diantaranya:

1. Secara umum, penelitian ini memberi kontribusi dalam pengembangan ilmu hukum, khususnya ilmu hukum tata negara. Topik yang diangkat dalam penelitian ini, mengenai hak konstitusional, merupakan hal yang langka dalam kajian hukum tata negara Indonesia. Oleh sebab itu, penelitian ini bermaksud mengisi celah dalam kelangkaan kajian mengenai hak-hak konstitusional dalam sudut pandang hukum tata negara.
2. Secara praktis, penelitian ini juga bermanfaat bagi MK dalam rangka melakukan sistematisasi yurisprudensi, khususnya dalam penafsiran putusan-putusan dalam perkara pengujian UU yang berkaitan dengan hak konstitusional.
3. Manfaat penelitian ini, secara praktis, juga dapat digunakan sebagai panduan bagi *stakeholder*, yaitu para pihak yang berpotensi sebagai Pemohon dalam perkara pengujian UU, baik perorangan warga negara atau kelompok orang yang memiliki kepentingan yang sama, termasuk juga badan hukum.

E. Keaslian Penelitian

Kajian ilmu hukum dalam permasalahan yang dirumuskan penelitian ini belum pernah ada yang melakukannya di Indonesia. Ada beberapa penelitian disertasi yang mengangkat topik mengenai hak konstitusional maupun penafsiran hak asasi manusia, namun memiliki sudut pandang yang berbeda dengan penelitian ini. Penelitian yang dimaksud adalah

1. Ahsin Thohari, 2015, “Hak Konstitusional di Indonesia: Studi tentang Cita Hukum dan Konsekuensinya terhadap Pengaturan Hak-Hak Warga Negara dalam Konstitusi”, Penelitian Disertasi pada Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Trisakti;

Penelitian disertasi ini ditulis ulang dan diterbitkan dalam bentuk buku.⁷⁶ Ada 3 (tiga) bentuk analisa yang ditawarkan Thohari dalam pembahasan mengenai hak konstitusional, yaitu (i) melakukan perbandingan hukum dengan hak konstitusional di negara lain; (ii) menawarkan analisis hak konstitusional dalam relasinya dengan cita hukum (*staasidee*) Indonesia, Pancasila; dan (iii) membahas keterkaitan pengadopsian hak asasi manusia dalam UUD dengan teori awal mula keberadaan hak asasi manusia. Thohari melakukan perbandingan hak konstitusional dengan Amerika Serikat, Jerman, Filipina, Thailand dan Malaysia. Namun, tidak ada penjelasan mengapa 5 (lima) negara ini menjadi bahan perbandingan.

Dalam bagian berikutnya, Thohari memberikan analisis hubungan hak konstitusional yang tercantum dalam tiap-tiap UUD yang pernah berlaku dengan cita hukum Pancasila. Thohari membagi dalam 5 (lima) periode, yaitu periode UUD 1945, Konstitusi RIS, UUD Sementara 1950, UUD 1945 pasca Dekrit Presiden 1959 dan UUD 1945 pasca Perubahan 1999-2002. Pada periode Konstitusi RIS dan UUD Sementara 1950, Thohari menyebutnya sebagai pengaruh Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia I dan II. Konstitusi RIS hanya berlaku sebentar, kurang lebih 7 bulan. Meski disebut Konstitusi RIS 1949 namun baru berlaku pada tanggal 31 Januari 1950 berdasarkan Keputusan Presiden RIS Nomor 48 (LN. 1950 No. 3). Sidang DPR dan Senat RIS tanggal 14 Agustus 1950 menyetujui Perubahan Konstitusi RIS menjadi UU Sementara 1950 yang dituangkan dalam UU RIS nomor 7 Tahun 1950 (LN. 1950 No. 56). Selain itu, materi muatan hak asasi yang tertuang dalam keduanya juga tidak jauh berbeda. Perbedaan hanya terletak pada redaksional dan pengaturan yang menyangkut bentuk negara yang berubah dari serikat (federal) menjadi kesatuan. Oleh karenanya pembedaan pengaruh deklarasi universal hak asasi manusia yang dilakukan oleh Thohari menjadi gelombang I dan II adalah tidak signifikan.

Di samping itu, penyebutan pengaruh deklarasi universal hak asasi manusia gelombang III dalam UUD 1945 pasca Perubahan 1999-2002 juga bertolak belakang dengan analisis berikutnya yang ditawarkan Thohari. Dalam pandangan Thohari, perumus Perubahan UUD 1945 memiliki preferensi akan menguatnya

⁷⁶ Ahsin Thohari, 2016, *Hak Konstitusional dalam Hukum Tata Negara Indonesia*, Penerbit Erlangga, Jakarta.

teori positivis dan relativisme budaya. Pada bagian ini terlihat kontradiksi bahwa sebelumnya Thohari menyampaikan ada pengaruh kuat deklarasi universal hak asasi manusia yang berarti ada kecenderungan kepada sifat universal dari hak konstitusional. Sementara, preferensi teori dari para perumus Perubahan UUD 1945 justru mengarah pada teori relativisme budaya. Namun demikian, karya Thohari telah menekankan pada penggunaan istilah hak konstitusional meski tidak membuat upaya untuk membuat pembedaan konsepsi antara hak konstitusional dengan hak asasi manusia dalam konteks perbedaan antara rezim hukum hak asasi internasional dan hukum tata negara.

2. Titon Slamet Kurnia, 2015, “Interpretasi Hak-Hak Asasi Manusia Oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia melalui Pengujian Undang-Undang”. Penelitian Disertasi pada Program Doktorat di Fakultas Hukum Universitas Airlangga;

Serupa dengan Thohari, Kurnia juga melakukan penulisan ulang disertasi dan diterbitkan dalam bentuk buku.⁷⁷ Kurnia membatasi penelitiannya dengan mengkaji putusan-putusan Mahkamah Konstitusi antara tahun 2003 – 2008. Oleh karenanya, dalam judul buku yang dipublikasikannya Kurnia menambahkan frasa “*the Jimly Court 2003-2008*”. Pertimbangan akan pembatasan dalam penelitian ini dijabarkannya dalam bagian metode penelitian. Namun, pembatasan penafsiran hak konstitusional dengan didasarkan pada masa kepemimpinan Ketua Mahkamah Konstitusi secara kelembagaan bertolak belakang dengan tujuan dari penelitian itu sendiri yakni untuk menguji anggapannya bahwa Mahkamah Konstitusi dalam menafsirkan ketentuan mengenai hak asasi manusia harus berpegang pada konsep hak asasi manusia sebagai hak alamiah.

Seyogyanya, penafsiran konstitusi tidak dilihat dari perspektif masa kepemimpinan dan batasan waktu penelitian yang dilakukan oleh peneliti adalah atas pertimbangan praktis misalnya karena kurun waktu itu tidak berbenturan dengan dimulainya masa penelitian yang dilakukan peneliti. Sebagai contoh, peneliti membatasi putusan-putusan yang diteliti hingga tahun 2008 adalah karena

⁷⁷ Titon Slamet Kurnia, 2015, “Interpretasi Hak-Hak Asasi Manusia Oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia: *The Jimly Court 2003-2008*”, Mandar Maju, Jakarta.

peneliti memulai penelitiannya di masa itu dan dikhawatirkan sampai penelitian berakhir masih ada putusan di tahun tersebut yang belum diputus. Alasan untuk membatasi penelitian pada putusan yang dibuat Mahkamah Konstitusi hingga tahun 2008 adalah hal yang wajar tanpa perlu diimbui dengan pertimbangan masa kepemimpinan Ketua Mahkamah Konstitusi.

Selain itu, dalam menjaga konsistensi dalilnya Kurnia terkesan mengharamkan diri dari penggunaan istilah hak konstitusional. Dalam pandangannya, bila hak asasi manusia ditransformasikan dalam materi muatan UUD maka karakter hak alamiah menjadi terbatas secara enumeratif.⁷⁸ Akibatnya, hak-hak yang tidak disebutkan secara tersurat dalam Konstitusi menjadi tidak terlindungi. Hal ini juga ditegaskan dalam kesimpulan bukunya yang menyatakan Mahkamah Konstitusi juga berperan sebagai pengadilan hak asasi manusia (*human rights court*) dengan fungsi yang lebih luas dibanding sekedar menguji UU. Padahal, dalam kajian mengenai teori hak konstitusional, salah satunya diajarkan oleh Robert Alexy yang menekankan pada positivisasi ketentuan hak asasi manusia, penafsiran mengenai materi muatan hak asasi tidak terikat hanya pada apa yang tertera dalam konstitusi. Alexy menyebutkan adanya hak konstitusional turunan (*derivative constitutional right norms*).

E. Kerangka Teoritis dan Kerangka Konseptual

1. Kerangka Teoritis

a. Teori Hak Konstitusional

Dalam kajian mengenai hak dasar, ada tiga negara yang menjadi kiblatnya disebabkan oleh sejarah panjang negara-negara tersebut dalam mengadopsi hak dalam kehidupan bernegaranya, yaitu Amerika Serikat, Perancis dan Jerman. Amerika Serikat memproklamasikan *Declaration of Independence* pada tahun 1776 dan Perancis mengumandangkan *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* pada 1789. Kesamaan antara keduanya adalah bahwa dokumen-dokumen tersebut terlahir sebagai buah dari revolusi perlawanan atas penjajahan. Keduanya

⁷⁸ *Ibid.*, hlm. 3.

diinspirasi oleh aliran hukum kodrati (*natural law*) yang menjadi landasan filosofis untuk melegitimasi keberadaan dan perlindungan hak dasar.

Sementara di Jerman, hak dasar telah dimuat dalam konstitusi sejak zaman *Vormärz* sebelum revolusi tahun 1848. Selain itu, keberadaan hak-hak dasar dalam Konstitusi bukan berasal dari gagasan hak kodrati sebagai perlawanan dari penjajahan melainkan demi kepentingan melanggengkan dinasti yang berkuasa.⁷⁹ Perkembangan hak konstitusional ini yang menyebabkan peletakan dasar-dasar teoritis mengenai hak konstitusional di Jerman yang berbeda dengan Amerika dan Perancis yang cenderung mengarah pada universalitas akibat landasan pemikiran hak yang bersifat kodrati.

Salah satu karakter dasar peninggalan hukum era kedinastian di Jerman yang berkaitan dengan hak dasar adalah bahwa hak dasar meski dimuat dalam konstitusi tetapi dapat dibatasi oleh undang-undang. Oleh karena itu, ketentuan mengenai hak dasar berada dibawah undang-undang. Namun demikian, ketentuan mengenai hak dasar tidak bisa dihapus oleh undang-undang melainkan tetap harus melalui jalur perubahan konstitusi.⁸⁰ Dalam perkembangannya, hak konstitusional menjadi ketentuan konstitusional yang sering dipinggirkan terlebih ketika berkuasanya rezim Hitler dengan partai Nazi, atau yang biasa disebut *Reich* Ketiga.

Berlakunya Hukum Dasar (*Grundgesetz*) tahun 1949 mengubah cara pandang akan perlindungan terhadap hak dasar. Namun demikian, sejatinya Hukum Dasar tahun 1949 memiliki kemiripan dengan UUD 1945 dalam arti hanya dimaksudkan sebagai konstitusi di masa peralihan. Dalam bagian pembukaan Hukum Dasar yang disahkan tanggal 23 Mei 1949 terdapat frasa yang menyebutkan “...enacted this Basic Law of the Federal Republic of Germany to give a new order to political life for a transitional period.” Frasa ini telah diamandemen sehingga tidak lagi muncul dalam pembukaan Hukum Dasar yang berlaku saat ini. Selain itu, dari sisi penamaan juga memperlihatkan ciri sifat kesementaraannya. Hukum Dasar dipilih dengan alasan membuka kemungkinan pada dokumen yang lebih otoritatif dengan penamaan sebagai Konstitusi (*Verfassung*) yang akan menggantikan

⁷⁹ Dieter Grimm, 2016, *Constitutionalism: Past, Present, and Future*, Oxford University Press, Oxford, hlm. 162

⁸⁰ *Ibid.*, hlm. 164

Hukum Dasar dalam rangka mengatur tatanan Jerman yang bersatu.⁸¹ Namun demikian, meski impian akan Jerman bersatu pada akhirnya terwujud melalui penandatanganan Perjanjian antara Republik Federal Jerman (Jerman Barat) dan Republik Demokratik Jerman (Jerman Timur) pada tanggal 31 Agustus 1990, penamaan Hukum Dasar tetap tidak diubah.

Salah satu karakteristik yang menjadi prinsip dalam Hukum Dasar adalah perlindungan terhadap hak-hak asasi, khususnya yang disebut dengan martabat kemanusiaan (*human dignity*). Pasal 1 (1) Hukum Dasar mengatur “*Die Würde des Menschen ist unantastbar*”, martabat manusia tidak dapat diganggu gugat. Dalam yurisdiksi konstitusional Jerman, martabat manusia adalah hak yang bersifat mutlak dan termasuk dalam ketentuan yang tidak boleh diubah (*eternal rights*).⁸² Akan tetapi pendekatan Jerman terhadap hak atas martabat manusia tidak berlaku sama di tempat lain. Konstitusi India tidak mengelompokkannya sebagai hak melainkan sebagai nilai, ada juga yang tidak menyebutkannya dalam konstitusi tetapi seringkali dirujuk seperti di Kanada dan Amerika Serikat.⁸³ Dalam kaitannya dengan hak atas martabat manusia yang menjadi prinsip dasar dalam hak konstitusional Jerman, awal mulanya justru didorong oleh tekanan dari Pasukan Sekutu, khususnya Amerika Serikat, setelah Perang Dunia Kedua berakhir.⁸⁴

Pengaturan hak konstitusional dalam Hukum Dasar Jerman menunjukkan adanya peringkat, yaitu (i) yang dirumuskan dalam susunan yang bersifat langsung, sebagai contoh Pasal 3(1) yang menyebutkan “semua orang berkedudukan sama di hadapan hukum”, dan (ii) ada yang diikuti dengan prasyarat, seperti pengaturan Pasal 2(2) Hukum Dasar yang berbunyi, “Setiap orang memiliki hak untuk mengembangkan dirinya pribadi selama tidak melanggar hak orang lain atau

⁸¹ Donald P. Kommers, *The Basic Law of the Federal Republic of Germany: An Assessment After Forty Years*, dalam Peter H. Merkl, (ed.), 1989, *The Federal Republic Of Germany At Forty*, New York University Press, New York, hlm. 133

⁸² Aharon Barak, 2013, *Foreword*, dalam Erin Daly, *Dignity Rights: Courts, Constitutions, and the Worth of the Human Person*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, hlm. xi; Yaniv Roznai menyebutnya dengan istilah *unamandable provision*, lihat Yaniv Roznai, 2017, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press, Oxford, hlm. 17

⁸³ Erin Daly, 2013, *Dignity Rights: Courts, Constitutions, and the Worth of the Human Person*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, hlm. 2

⁸⁴ Edmund Spevack, “*American Pressures on the German Constitutional Tradition: Basic Rights in the West German Constitution of 1949*”, *International Journal of Politics, Culture and Society*, Vol. 10, No. 3, 1997, hlm 412-413

melawan tatanan konstitusional atau etika”.⁸⁵ Meski demikian, tiada hak konstitusional yang bersifat mutlak. Pasal 19 (1) Hukum Dasar menyatakan hak-hak dasar yang dimuat dalam Hukum Dasar dapat dibatasi oleh atau berdasarkan pada Undang-Undang.

Dalam konteks hak konstitusional yang dirumuskan dengan prasyarat masih terdapat pengelompokan lagi, yaitu (i) yang dibatasi oleh aturan Hukum Dasar; (ii) diatur penerapannya oleh Undang-Undang secara khusus; atau (iii) dibatasi oleh hukum secara umum.⁸⁶

Hukum Dasar juga secara tegas memberi jaminan akan perlindungan hak konstitusional dimana pada Pasal 1(3) menyebutkan bahwa hak-hak dasar yang disebutkan dalam konstitusi mengikat lembaga-lembaga pemegang cabang kekuasaan sebagai hukum yang berlaku secara langsung (*unmittelbar geltendes Recht*). Oleh karena itu, dalam penerapannya dibutuhkan lembaga yang diberi kewenangan untuk bisa menafsirkan hak konstitusional. Lembaga ini diperlukan sebab karakter penyusunan rumusan hak konstitusional berbeda dengan susunan norma hukum secara umum. Penyusunan norma hukum, biasanya, disusun dengan struktur sebab akibat, atau sederhananya “jika-maka”.⁸⁷ Sebagai contoh, Pasal 338 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) merumuskan norma pembunuhan dengan menyebutkan “Barang siapa [*jika*] dengan sengaja merampas nyawa orang lain, [*maka*] diancam karena pembunuhan dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun.” Bahkan, dalam rumusan norma Konstitusi juga terdapat susunan “jika-maka”, misalnya pada Pasal 20 ayat (3) UUD 1945, “(Jika) rancangan undang-undang itu tidak mendapat persetujuan bersama, [*maka*] rancangan undang-undang itu tidak boleh diajukan lagi dalam persidangan Dewan Perwakilan Rakyat masa itu.”

Akan tetapi, susunan norma hak konstitusional berbeda dengan norma hukum biasanya. Tidak ada hubungan sebab-akibat sehingga tidak ada susunan “jika-maka” dalam rumusan hak konstitusional. Rumusan norma hak konstitusional umumnya memuat pernyataan akan 3 (tiga) hal, yaitu (i) perilaku tertentu,

⁸⁵ Donald P. Kommers, “*German Constitutionalism: A Prolegomenon*”, Emory Law Journal, Vol. 40, 1991, hlm. 857.

⁸⁶ *Ibid.*, hlm. 857-858

⁸⁷ Dieter Grimm, 2016, *Op. Cit.*, hlm. 168

contohnya hak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi; (ii) keadaan tertentu, contohnya hak atas status kewarganegaraan; atau (iii) lembaga sosial tertentu agar bebas, contohnya hak memeluk agama dan beribadat menurut agamanya serta memilih pendidikan dan pengajaran.⁸⁸ Pada saat yang sama, konstitusi juga mengatur pembatasan hak-hak tersebut dengan rumusan pembatasan yang bersifat umum, seperti yang dirumuskan dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, yaitu "... 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." Oleh karena itu, teori hak konstitusional dan metode penafsiran konstitusi memainkan peranan penting.

Cendekiawan Jerman yang terpandang dalam mengemukakan teori-teori tentang hak-hak dasar adalah Ernst-Wolfgang Böckenförde. Kumpulan tulisannya telah diterjemahkan dalam bahasa Inggris dan diterbitkan dalam sebuah buku dengan judul *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*. Salah satu artikel dalam buku tersebut memuat tulisan Böckenförde yang menjelaskan mengenai teori dan penafsiran hak dasar. Dalam pandangannya, ada 5 (lima) teori besar yang menjadi arus utama dalam penafsiran hak-hak dasar, dimana masing-masing teori dapat berdiri sendiri atau dikombinasikan, yaitu (1) teori liberal (*liberal theory*); (2) teori kelembagaan (*institutional theory*); (3) teori nilai (*value theory*); (4) teori demokrasi fungsional (*democratic functional theory*); dan (5) teori negara kesejahteraan (*welfare-state theory*).⁸⁹

Lebih lanjut, Böckenförde mengajukan persoalan setelah pembahasan mengenai 5 (lima) teori besar dalam hak-hak dasar dan penafsirannya. Yang menjadi persoalan selanjutnya adalah dari kelima teori tersebut, apakah lembaga yang memiliki kewenangan melakukan penafsiran konstitusi, dalam hal ini peradilan konstitusi, bisa memilih secara bebas satu diantara teori-teori tersebut, ataukah aturan dalam Konstitusi telah memiliki kecenderungan, tersirat maupun tersurat, untuk menggunakan salah satu diantara teori-teori tersebut. Mengacu pada

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Ernst-Wolfgang Böckenförde, 2017, *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, (Terjemahan Mirjam Kunkler dan Tine Stein), Oxford University Press, Oxford, hlm. 269

praktik Mahkamah Konstitusi Jerman, Böckenförde sampai pada kesimpulan bahwa diantara teori hak-hak dasar tersebut dapat dipilih secara bebas.⁹⁰ Akan tetapi, kesimpulan ini juga bukan tanpa catatan. Bila dibiarkan telalu bebas tanpa kendali maka variasi dan kombinasi penggunaan teori hak-hak dasar yang digunakan oleh lembaga peradilan sebagai dasar memutus juga akan berkembang menjadi sangat banyak. Oleh sebab itu, meskipun pada dasarnya teori-teori yang digunakan dapat dipilih secara bebas namun penting juga untuk menemukan teori hak dasar yang sesuai dengan Konstitusi. Atau menggunakan bahasa Böckenförde, dalam konteks praktik di Jerman,

“It is therefore imperative, not just for pragmatic reasons,... but also for reasons of constitutional theory, that we ask which theory of the fundamental rights is in accord with the Basic Law?”⁹¹

Seolah menjawab tantangan Böckenförde, Robert Alexy menerbitkan buku yang telah diterjemahkan ke Bahasa Inggris berjudul *A Theory of Constitutional Rights*. Meskipun diberi judul yang bersifat umum, namun Robert Alexy sendiri menekankan bahwa ruang lingkup pembahasan dalam buku ini memiliki cakupan yang bersifat spesifik yaitu bahwa teori hak konstitusional yang dibangun dalam tulisannya adalah hak konstitusional yang ada pada *Basic Law*. Alexy menegaskan bahwa teori hak konstitusional dalam bukunya tidak diartikan dengan teori hak konstitusional dalam sudut pandang filosofis maupun melihatnya dari sejarah hukum. Begitu pula, tidak diartikan bahwa pembahasannya mencakup hak konstitusional yang tercantum pada konstitusi di negara-negara lain.⁹²

Alexy mendalilkan bahwa membangun teori hak konstitusional harus secara terintegrasi dengan didasarkan pada, yang disebutnya dengan, teori struktur (*structural theory*).⁹³ Yang dimaksudkan dengan teori struktur adalah menyelidiki struktur dari konsep hak konstitusional dan pengaruhnya dalam sistem hukum. Alexy mengatakan bahwa

“A structural theory, which is part of an integrated theory, is primarily analytical. It is primarily, and not purely, analytical, because it investigates structures such as constitutional rights concepts, the influence of constitutional rights on the legal system, and

⁹⁰ *Ibid*, hlm. 285-286

⁹¹ *Ibid.*, hlm. 287

⁹² Robert Alexy, 2010, *A Theory of Constitutional Rights*, (Terjemahan Julian Rivers), Oxford University Press, Oxford, hlm. 5

⁹³ *Ibid*, hlm. 13

constitutional justification with reference to the practical function of integrated theory."⁹⁴

Dalam pembahasan mengenai hak konstitusional, Alexy berangkat dari konsepsi hak konstitusional sebagai norma. Dalam kerangka teori struktur, hak konstitusional sebagai norma musti dibedakan antara aturan (*rules*) dan asas (*principles*). Menurut Alexy, perdebatan yang lebih kerap muncul adalah perbedaan antara norma hukum (*norms*) dengan asas (*principles*). Akan tetapi, dalam pandangannya, norma hukum itu bisa merupakan aturan atau asas, termasuk juga dalam konteks hak konstitusional.⁹⁵ Cara membedakan antara aturan ataukah asas adalah dengan melihat dari definisinya masing-masing.

Alexy menawarkan definisi bahwa yang dimaksud dengan asas adalah sesuatu yang dalam rangka pemenuhannya dilakukan secara optimal pada derajat tertentu tergantung pada faktor-faktor yang mempengaruhinya. Sebagai contoh, hak atas pendidikan. Pemenuhan hak atas pendidikan tidak serta merta berarti bahwa setiap warga negara memperoleh pendidikan secara gratis hingga tingkat pendidikan tinggi. Hak atas pendidikan menjadi asas, sebab dalam pemenuhannya ada derajat-derajat tertentu yang dapat diukur pemenuhannya. Misalnya pada satu waktu di sebuah negara, pemerintah hanya sanggup memenuhi hak pendidikan warga negara dengan memberi akses berupa membangun sekolah dan menyediakan guru. Kemudian lama kelamaan seiring dengan perkembangan masyarakat dan meningkatnya kemampuan negara, maka hak atas pendidikan di negara itu ditingkatkan melalui kebijakan penyediaan pendidikan dasar secara cuma-cuma. Inilah yang dimaksud oleh Alexy sebagai pengertian dari asas, yaitu adanya syarat optimalisasi (*optimization requirements*).⁹⁶

Sebaliknya yang disebut dengan aturan (*rules*) adalah norma yang hanya tersedia pilihan antara dipenuhi atau tidak. Misalnya, hak untuk tidak disiksa. Hak konstitusional ini merupakan aturan yang tidak bisa ditawar menawar dalam pemenuhannya. Tidak ada bentuk prasyarat optimalisasi dalam pemenuhan hak untuk tidak disiksa. Setiap warga negara berhak untuk tidak mengalami segala bentuk penyiksaan, baik kecil maupun besar. Tidak ada toleransi atas pemenuhan

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*, hlm. 45

⁹⁶ *Ibid.*, hlm. 47

hak yang termasuk sebagai aturan (*rules*).

Selain membedakan antara aturan (*rules*) dan asas (*principles*), Alexy juga mendalilkan akan perbedaan antara norma (*norms*) dan ketentuan pasal (*provisions*), khususnya dalam konteks hak konstitusional. Alexy, kemudian, mengajukan argumentasi bahwa ketentuan pasal mengenai hak konstitusional (*constitutional rights provisions*) harus dibedakan dengan normanya (*constitutional rights norms*). Jawaban sederhana dari perbedaan antara hak konstitusional sebagai ketentuan pasal dan norma adalah

*“...constitutional rights norms are those norms which are expressed by provision relating to constitutional rights, and constitutional rights provisions are those statement, and only those statements, contained in the text of the Basic Law”.*⁹⁷

Namun, jawaban sederhana tersebut justru menimbulkan persoalan yaitu bahwa ketentuan dalam UUD tidak seluruhnya mengatur mengenai hak konstitusional sehingga dibutuhkan kriteria yang memisahkan antara aturan yang mengandung hak konstitusional dengan yang tidak menjamin hak konstitusional secara tersirat. Selain itu, definisi bahwa norma hak konstitusional adalah yang sebagaimana dimuat dalam ketentuan pasal dalam UUD juga perlu dikritisi.

Berkaitan dengan pernyataan terakhir, Alexy mengajukan gagasan yang disebutnya dengan norma hak konstitusional turunan (*derivative constitutional rights norms*). Gagasan ini berkaitan dengan pendekatan teori yang diadopsi oleh Alexy yaitu teori struktur. Norma hak konstitusional, secara struktural, dikelompokkan antara hak-hak yang termuat dalam naskah konstitusi dan hak-hak yang muncul sebagai turunan dari hak yang termuat itu. Kriteria dan validitas hak turunan itu berasal dari penafsiran atas teks yang termuat dalam konstitusi. Alexy menjelaskan

*“... a derivative norm is valid and is a constitutional rights norm when it is possible to provide correct constitutional justification for its ordering under a directly established norm”.*⁹⁸

Mahkamah Konstitusi Indonesia dalam beberapa putusan juga menyatakan suatu hak yang tidak disebut secara gamblang dalam teks UUD 1945 sebagai hak konstitusional. Dalam putusan pengujian UU mengenai Sumber Daya Air,

⁹⁷ *Ibid.*, hlm. 30

⁹⁸ *Ibid.*, hlm. 36

pertimbangan majelis hakim menyatakan bahwa

“... secara konstitusional landasan pengaturan air adalah Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 dan Pasal 28H UUD 1945 yang memberikan dasar bagi diakuinya hak atas air sebagai bagian dari hak hidup sejahtera lahir dan batin yang artinya menjadi substansi dari hak asasi manusia.”⁹⁹

Hak atas air tidak disebutkan secara tegas dalam UUD 1945, akan tetapi majelis hakim MK membangun justifikasi bahwa hak atas air adalah hak konstitusional yang merupakan bagian dari hak hidup sejahtera lahir dan batin (Pasal 28 H ayat (1) UUD 1945) dan ketentuan Pasal 33 ayat (3) UUD 1945.

Selain hak atas air, MK juga pernah memutus dimana dalam pertimbangan hukumnya menyatakan hak atas bantuan hukum sebagai hak konstitusional meski tidak disebut dalam UUD 1945. MK menyatakan

“...hak untuk mendapatkan bantuan hukum, sebagai bagian dari hak asasi manusia, harus dianggap sebagai hak konstitusional warga negara, kendatipun undang-undang dasar tidak secara eksplisit mengatur atau menyatakannya.”¹⁰⁰

Justifikasi yang menjadi dasar pertimbangan MK menyatakan hak atas bantuan hukum merupakan hak konstitusional adalah pernyataan konstitusional bahwa Indonesia adalah negara hukum (Pasal 1 ayat (3) UUD 1945).

Dengan menggunakan dasar rujukan yang sama, Pasal 1 ayat (3) UUD 1945, MK juga menegaskan bahwa hak untuk mendapatkan proses hukum yang sesuai aturan (*due process of law*) dan hak atas praduga tak bersalah (*presumption of innocence*) merupakan hak konstitusional. Dalam Putusan pengujian UU mengenai Komisi Pemberantasan Korupsi MK mempertimbangkan

“bahwa *due process of law* dan *presumption of innocence* merupakan prinsip utama dari negara hukum yang demokratis, ... Prinsip tersebut diakui sebagai hak asasi manusia yang fundamental yang harus dilindungi. Secara implisit hak tersebut diakui dan dapat dikonstruksikan sebagai bagian dari hak asasi manusia dan hak konstitusional yang dijamin dan dilindungi oleh UUD 1945 karenanya harus memperoleh penghormatan, perlindungan, dan pemenuhan secara efektif.”¹⁰¹

Satu hak lain yang tidak disebutkan dalam UUD 1945 tetapi dinyatakan sebagai hak konstitusional adalah hak untuk memilih dan dipilih. MK dalam

⁹⁹ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan Nomor 008/PUU-III/2005, hlm. 488

¹⁰⁰ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 006/PUU-II/2004, hlm. 29

¹⁰¹ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 133/PUU-VII/2009, hlm. 66-69

Putusan perkara yang menguji keabsahan syarat bagi hak mantan anggota Partai Komunis Indonesia (PKI) untuk mencalonkan diri sebagai anggota legislatif mempertimbangkan

“...bahwa hak konstitusional warga negara untuk memilih dan dipilih (*right to vote and right to be candidate*) adalah hak yang dijamin oleh konstitusi, undang-undang maupun konvensi internasional, maka pembatasan penyimpangan, peniadaan dan penghapusan akan hak dimaksud merupakan pelanggaran terhadap hak asasi dari warga negara.”¹⁰²

Beberapa contoh Putusan yang dinukilkan diatas dimana MK menyatakan hak-hak yang tidak disebutkan dalam UUD 1945 sebagai hak konstitusional membutuhkan justifikasi teoritik. Teori hak konstitusional, khususnya gagasan Alexy mengenai norma hak konstitusional turunan dapat menjadi referensi. Hal ini juga menunjukkan bahwa mereplikasi teori hak konstitusional yang digagas Robert Alexy menjadi hal yang berselarasan sebagai kerangka teoritik dalam penelitian ini.

b. Teori Penafsiran Konstitusi

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), kata “penafsiran” dimasukkan sebagai kata benda (nomina) yang berarti “proses, cara, perbuatan menafsirkan; upaya untuk menjelaskan arti sesuatu yang kurang jelas”. Namun dari penjelasan atas kata tersebut tersirat juga bahwa penafsiran mengandung maksud sebagai sebuah kata kerja. Kata dasarnya, “tafsir” berasal dari bahasa Arab dengan akar kata *al fashr* yang berarti menyingkap sesuatu yang tertutup. Tafsir, secara spesifik, pun mengarah pada upaya untuk mencari penjelasan atas ayat-ayat dalam kitab suci Al Quran agar dapat dipahami.

Tafsir adalah terjemahan Bahasa Indonesia untuk kata *interpret* yang merupakan bahasa Inggris. *Black's Law Dictionary* menjelaskan kata *interpret* dengan menyatakan sebagai kegiatan “... *to construe; to seek out the meaning of language; to translate orally from one tongue to another*”. Sementara, *interpretation* dalam kamus yang sama diartikan sebagai “*the art or process of discovering and expounding the meaning of a statute, will, contract, or other written document*”. Akar kata ini berasal dari bahasa Latin “*interpretari*” dimana

¹⁰² Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 011-017/PUU-I/2003, hlm. 35

bahasa Perancis dan Jerman juga menggunakan kata yang kurang lebih sama. Dalam bahasa Jerman dikenal juga istilah lain yaitu “*auslegung*”, tetapi Frederich Carl von Savigny lebih memilih menggunakan kata *interpretation* dibanding *auslegung* untuk memformulasikan 4 (empat) metode hukum menganalisa penjelasan makna kata dalam norma hukum, yaitu (1) harfiah; (2) sejarah hukum; (3) konteks sistematis berdasarkan sistem hukum yang berlaku; dan (4) maksud atau tujuan dari pembentukan norma tersebut.¹⁰³

Dalam bahasa Indonesia, kata “tafsir” lebih memiliki makna yang sesuai dibanding dengan kata “terjemah” untuk mengartikan kata *interpretation*. Tafsir tidak sekedar menerjemahkan secara harfiah tetapi mengandung maksud upaya mencari tahu penjelasan dibalik kata-kata. Secara umum, Ronald Dworkin menjelaskan bahwa penafsiran dilakukan dalam upaya (1) memahami sesuatu apakah itu pernyataan, tingkah laku, maupun teks dengan cara-cara tertentu; dan (2) untuk menerangkan obyek yang ditafsirkan secara tepat sesuai dengan adanya obyek itu dan bukan dalam pandangan subyektif dari penafsir.¹⁰⁴

Penelitian ini menggunakan teori penafsiran untuk mencari tahu lebih dalam makna tersembunyi dibalik kata-kata yang memuat jaminan atas hak dalam dokumen hukum. Yang dimaksudkan dokumen hukum, dalam konteks penelitian ini sesuai dengan topik yang diangkat adalah secara khusus yang termuat dalam Konstitusi atau UUD. Aharon Barak pernah menulis bahwa memberi tafsir atas konstitusi adalah sama dengan menafsirkan dokumen hukum lainnya.¹⁰⁵ Letak perbedaannya adalah pada bobot perkaranya, sebagaimana teori yang diungkapkan oleh Ronald Dworkin bahwa urusan konstitusi termasuk sebagai perkara susah (*hard cases*).¹⁰⁶ Teori Dworkin membedakan antara yang disebut dengan perkara mudah (*easy cases*) dan perkara susah (*hard cases*). Letak perbedaan antara keduanya adalah pada proses penafsirannya. Pada perkara mudah proses penafsiran atas sengketa hukum dilakukan dengan cara sederhana dan menghasilkan satu

¹⁰³ Hans Paul Prüm, “*The Didactic Turn of German Legal Methodology*”, *Jurisprudence*, Vol. 18 No. 4, 2011, hlm 1240

¹⁰⁴ Ronald Dworkin, 1986, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, hlm. 54

¹⁰⁵ Aharon Barak, “*Hermeneutics and Constitutional Interpretation*”, *Cardozo Law Review*, Vol. 14, 1992-1993, hlm 767

¹⁰⁶ Ronald Dworkin, 1978, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Harvard, hlm. 81

jawaban. Sementara, pada perkara susah proses penafsiran dilakukan dengan rumit dan tidak menghasilkan satu jawaban yang benar. Perkara konstitusional masuk dalam kategori perkara susah. Penafsiran konstitusi berarti upaya untuk menerjemahkan norma yang termuat dalam konstitusi. HLA Hart mengelompokkan norma konstitusi itu sebagai teks yang memuat norma bersifat terbuka (*open texture norms*).¹⁰⁷

Formulasi yang disampaikan Aharon Barak dalam upaya penafsiran adalah membedakan antara teks dengan makna harfiah,

*“...one should not give to the text a legal meaning that is not supported by its literal meaning. The literal meaning, or rather the zone of literal meanings, marks the boundary between interpreting an existing text and creating a new one. We must distinguish between text and meaning. As interpreters we can change our understanding of the meaning of the text, but we can't change the text. Legal interpretation is a process of choice of meaning that must be confined to the zone of literal meaning.”*¹⁰⁸

Dalam kaitannya dengan kewenangan *judicial review* yang dipegang oleh Pengadilan, penafsiran menduduki peran strategis karena esensi dari pengujian adalah melakukan penafsiran atas teks hukum. Keith Whittington mendalilkan bahwa *“interpretation is the touchstone of judicial authority”*.¹⁰⁹ Dalam bahasa Sudikno Mertokusumo, penafsiran bisa dilakukan oleh siapa saja, tetapi penafsiran oleh hakim memiliki wibawa tersendiri karena dimuat dalam Putusan.¹¹⁰ Mertokusumo juga menegaskan bahwa penafsiran merupakan bagian dari metode penemuan hukum.¹¹¹

Dalam lingkungan akademik di Amerika Serikat, para cendekiawan berupaya untuk membuat kekhususan dalam penafsiran konstitusi. Kent Greenawalt membedakan antara penafsiran konstitusi dengan penafsiran Undang-Undang (*statutory interpretation*). Letak perbedaan antara keduanya, menurut Greenawalt terletak pada

“... the authority of constitutional and statutory provisions, the political

¹⁰⁷ H.L.A Hart, 2012, *The Concept of Law*, third edition, Oxford University Press, Oxford, h. 124-136

¹⁰⁸ Aharon Barak, *Op. Cit.*, hlm 768

¹⁰⁹ Keith E. Whittington, 1992, *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent and Judicial Review*, University Press of Kansas, Kansas, hlm 2.

¹¹⁰ Sudikno Mertokusumo, 2014, *Penemuan Hukum: Sebuah Pengantar*, Cahya Atma Pusaka, Yogyakarta, hlm. 73

¹¹¹ *Ibid.*

legitimacy of the bodies enacting them, the generality of the textual language, the age of the provisions, and the ease with which political bodies can override what the courts decide.”¹¹²

Sementara, di Eropa dengan merujuk pada sistem hukum *Romano-Germanic*¹¹³ metode penafsiran yang digunakan tidak membedakan penafsiran konstitusi dari penafsiran hukum lainnya.

Dalam sebuah pidato, Charles Evan Hughes, Ketua MA Amerika Serikat (1930 - 1941), pernah berujar “*we are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is*”.¹¹⁴ Pernyataan ini menunjukkan betapa besarnya kewenangan yang dimiliki oleh seorang hakim ketika berupaya untuk menafsirkan konstitusi. Oleh sebab itu, teori penafsiran konstitusi menjadi panduan bagi hakim untuk secara metodologi telah sesuai dalam melakukan proses penafsiran. Namun demikian, tersedia beragam pilihan metode penafsiran. Pada faktanya, tidak ada kewajiban bagi seorang hakim untuk tetap setia pada satu metode penafsiran sepanjang karirnya. Robert Post berpendapat,

*“constitutional interpretation depends instead upon a relational concept of constitutional authority, judges can legitimately select a specific interpretative theory in light of the circumstances of a particular case”.*¹¹⁵

Phillip Bobbit menawarkan tipologi bahwa, setidaknya, ada 5 (lima) kelompok penafsiran konstitusi yang disebutnya sebagai *constitutional arguments*, yaitu (1) sejarah; (2) tekstual; (3) doktrinal; (4) kewaspadaan – *prudential*; dan (5) sistematis.¹¹⁶ Bobbit, sejatinya menambahkan satu lagi jenis penafsiran yang diakuinya akan menjadi sangat kontroversial, yaitu etika. Yang dimaksudkannya dengan metode penafsiran etis adalah yang digali dari nilai-nilai yang tumbuh di masyarakat sendiri, dalam konteks ini masyarakat Amerika,

“...by ethical argument I mean constitutional argument whose force relies on a characterization of American institutions and the role within

¹¹² Kent Greenawalt, *Constitutional and Statutory Interpretation* dalam Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma, dan Scott J. Shapiro (eds), 2002, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, hlm. 272

¹¹³ Rene David dan John E.C Brierley, 1985, *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law*, Steven and Sons, London, hlm. 22

¹¹⁴ Kutipan pidatonya ketika masih menjabat sebagai Gubernur New York yang disampaikan di Elmira, New York, pada 3 Mei 1907

¹¹⁵ Robert Post, “*Theories of Constitutional Interpretation*”, *Representations*, Vol. 30, 1990, hlm. 35

¹¹⁶ Phillip Chase Bobbit, 1992, *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*, Oxford University Press, New York, hlm. 7

*them of the American people.”*¹¹⁷

Berdasarkan pengelompokan yang dilakukan Bobbit, kajian untuk meneliti penafsiran konstitusi di Amerika Serikat berkembang. Salah satunya yang dilakukan oleh R. Randall Kelso. Dalam pandangannya, sumber untuk mencari makna konstitusi berdasarkan metode yang dilakukan Bobbit dapat dipecah menjadi 3 (tiga). *Pertama*, sumber yang berasal dari aslinya yaitu teks, sistematika dan sejarah. *Kedua*, dalam menafsirkan konstitusi dapat melihat berdasarkan sumber dari tindakan yang dilakukan setelah teks konstitusi itu sendiri, yaitu berdasarkan putusan pengadilan maupun praktik legislasi dan pemerintahan. *Terakhir*, sumber yang dijadikan pertimbangan adalah yang disebutnya dalam kelompok pertimbangan non-interpretatif seperti dinamika masyarakat maupun pertimbangan politis.¹¹⁸

Setiap negara dapat mengembangkan ciri khasnya sendiri dalam melakukan penafsiran hukum, termasuk penafsiran konstitusi. Sebagai contoh Polandia yang mengembangkan pola penafsiran hukumnya sendiri, yaitu “teori turunan dari penafsiran hukum” (*derivational theory of legal interpretation*).¹¹⁹ Pada dasarnya, metode penafsiran ini dilandaskan pada perbedaan antara teks aturan (*provision*), misalnya bunyi pasal atau ayat, dengan norma (*norms*). Proses penafsiran dilakukan dalam rangka menemukan norma dari bunyi Pasal itu dengan metode-metode baku dan tahapan-tahapan yang terperinci.

Di Indonesia, pengaruh sistem hukum *Romano-Germanic* sebagai warisan dari zaman kolonial Belanda masih besar sehingga pembedaan maupun perbedaan metode penafsiran konstitusi atas penafsiran dokumen hukum lainnya tidak populer diperbincangkan di kalangan akademik. Dengan terbentuknya MK maka wacana mengenai penafsiran hukum dan khususnya penafsiran konstitusi mulai mendapat perhatian di kalangan cendekiawan hukum Indonesia.¹²⁰

¹¹⁷ *Ibid.*, hlm 94

¹¹⁸ R. Randall Kelso, “*Styles of Constitutional Interpretation and the Four Main Approaches to Constitutional Interpretation in American Legal History*”, Valparaiso University Law Review, Vol. 29, No. 1, 1994, hlm. 128.

¹¹⁹ Olgierd Bogucki, “*The Derivational Theory of Legal Interpretation in Polish Legal Theory*”, International Journal for the Semiotics of Law, Vol. 33, No. 3, 2020, hlm. 617-619.

¹²⁰ Sebuah penelitian mengenai penafsiran konstitusi yang dilakukan oleh MK, sebagai salah satu contoh, menyimpulkan bahwa dalam periode 2003-2008 dan 2009-2013 tidak semua pertimbangan hukum dalam putusan perkara pengujian UU pada periode itu memberi penafsiran atas ketentuan UUD 1945 yang menjadi batu ujinya, lihat M. Ali Safa’at, Aan Eko Widiarto dan

2. Kerangka Konseptual

a. Hak dan Hak Konstitusional

Hak memiliki kedudukan yang penting dalam ilmu hukum. Tujuan keberadaan hukum adalah untuk menyatukan dan memadukan kepentingan-kepentingan yang potensial bertubrukan di masyarakat. Dalam rangka menyatukan dan memadukan kepentingan itu hukum hadir dengan memberi perlindungan di satu pihak sekaligus membatasi kepentingan di pihak lain. Untuk melindungi kepentingan satu pihak, secara tidak langsung, hukum juga mengalokasikan kekuasaan pada pihak tersebut. Pengalokasian kekuasaan itu yang dimaksudkan dengan hak. Oleh sebab itu, Satjipto Rahardjo berpandangan tidak setiap kekuasaan dalam masyarakat masuk dalam lingkup hak melainkan hanya kekuasaan tertentu yang diberikan oleh hukum saja yang disebut hak.¹²¹

Pandangan Satjipto Rahardjo sepiantas membuka perdebatan mengenai apakah berarti hak itu hanya yang termuat dalam aturan hukum saja? Jawabannya tentu kembali mengenai bagaimana seseorang melihat hukum. Kalangan positivis tentunya akan menjawab dengan tegas bahwa hak itu memang berasal dari aturan hukum. Tetapi untuk kalangan hukum kodrati maka keberadaan hak yang ditentukan oleh hukum berasal dari kodrat kemanusiaannya sehingga hak-hak itu, khususnya hak-hak dasar, melekat pada dirinya.

Uraian Satjipto Rahardjo mengenai konsep hak menjadi lebih menarik. Dengan merujuk pada pendapat P.J. Fitzgerald, hak sebagaimana diulas sebelumnya adalah dalam arti sempit. Sejatinya pengertian hak tidak sebatas itu, ada 4 (empat) pengertian hak, yaitu (1) hak dalam arti sempit (*claim-right*); (2) kemerdekaan (*privilege/liberty*); (3) kekuasaan (*power*); dan (4) kekebalan (*immunity*).¹²² Keempat pengertian hak ini merujuk pada penggolongan yang diajukan oleh Wesley Hohfeld. Lebih lanjut, dalam kajian mengenai hak, pendapat Hohfeld kerap menjadi rujukan karena secara sistematis menunjukkan hubungan

Fajar Laksono Suroso, "Pola Penafsiran Konstitusi dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Periode 2003 - 2008 dan 2009 - 2013", *Jurnal Konstitusi*, Vol. 14, No. 2, 2017, hlm. 260

¹²¹ Satjipto Rahardjo, 2006, *Ilmu Hukum*, cet. 6, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 53

¹²² P. J Fitzgerald, *On Jurisprudence* sebagaimana dikutip oleh Satjipto Rahardjo pada *Ibid*, hlm 56; Judith Jarvis Thomson, 1990, *The Realm of Rights*, Harvard University Press, Cambridge, hlm 40

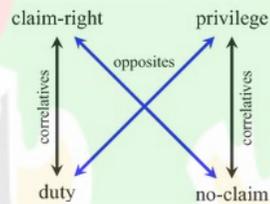
keterkaitan (*correlatives*) dan pertentangan (*opposites*) dalam definisi hak yang meliputi empat kelompok di atas.¹²³ Hohfeld menyusun hubungan tersebut dalam artikelnya sebagaimana diterjemahkan dibawah ini (Tabel 1.3).

Tabel 1.3 Hubungan Konsep-Konsep Dasar dalam Hukum Menurut Hohfeld

pertentangan	hak	kemerdekaan	kekuasaan	kekebalan
	ketiadaan hak	kewajiban	ketidakkakapan	pertanggungjawaban
keterkaitan	hak	kemerdekaan	kekuasaan	kekebalan
	kewajiban	ketiadaan hak	pertanggungjawaban	ketidakkakapan

Untuk memudahkan membaca, susunan hubungan tersebut disempurnakan dalam bentuk diagram. Dalam hubungan pertentangan, hak berlawanan dengan ketiadaan hak (*no-right*) tetapi berkaitan dengan kewajiban. Dalam lingkup yang sama, kemerdekaan berlawanan dengan kewajiban tetapi berkaitan dengan ketiadaan hak. Untuk kaitannya dengan korelasi ini (Bagan 1.1).

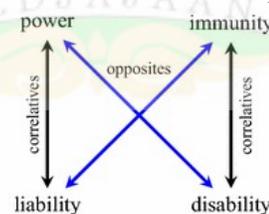
Bagan 1.1 Hubungan keterkaitan dan perlawanan hak-kewajiban dan kemerdekaan-ketiadaan hak¹²⁴



Sumber: Reka Markovich, 2017

Sementara, berkenaan dengan kekuasaan bertentangan dengan ketidakkakapan dan berkaitan dengan pertanggungjawaban. Kekebalan memiliki perlawanan dengan pertanggungjawaban dan berkaitan dengan ketidakkakapan (Bagan 1.2).

Bagan 1.2 Hubungan keterkaitan dan perlawanan kekuasaan-pertanggungjawaban dan kekebalan-ketidakkakapan¹²⁵



¹²³ Wesley Hohfeld, 1919, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, Yale University Press, New Haven, hlm 36

¹²⁴ Dikutip dari Reka Markovich, *Deontic Logic and Formalizing Rights. Actions, Agents And Relations In The Hohfeldian Theory And Its Formalization*, dalam *the ICAIL Doctoral Consortium Report 2017*, <https://link.springer.com/article/10.1007/s10506-018-9220-6#Sec12> dikunjungi pada 1 Juli 2021

¹²⁵ *Ibid.*

Sumber: Reka Markovich, 2017

Bila pengertian hak ini dikaitkan dengan hak sebagaimana tercantum dalam UUD 1945 maka tidak semua kelompok hak tersebut dimiliki oleh setiap warga negara yang kemudian dijamin perlindungannya oleh Konstitusi. Pengertian hak dalam arti sempit dimiliki oleh setiap warga negara Indonesia. Pasal 28A sampai dengan 28J UUD 1945 memuat pengaturan hak dalam arti sempit yang berkorelasi dengan kewajiban bagi pihak lain.

Pengertian hak sebagai sebuah kemerdekaan adalah dalam arti hak yang dimiliki satu pihak tidak menimbulkan kewajiban bagi pihak lainnya. Sebagai contoh, adanya larangan untuk memasuki pekarangan tanpa seizin pemilik. Seseorang telah mendapatkan izin pemilik untuk memasuki pekarangan tersebut. Dengan demikian, orang itu memiliki hak berupa kemerdekaan untuk memasuki pekarangan tanpa menimbulkan kewajiban terhadap pihak manapun. Diksi “kemerdekaan” dalam Pasal 28 UUD 1945 tidaklah memenuhi pengertian yang sama. Kemerdekaan berserikat dan berkumpul bagi warga negara tetap menimbulkan kewajiban bagi negara untuk melindunginya, atau paling tidak untuk mengaturnya dalam UU. Oleh sebab itu, pengertian hak yang tercantum sebagai hak konstitusional mengacu pada pengertian hak dalam arti sempit yang menimbulkan kewajiban bagi pihak lainnya.

b. Pengujian Undang-Undang

Salah satu kewenangan MK yang tercantum di Konstitusi adalah menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, sebagaimana dimuat dalam Pasal 24C ayat (1) UUD 1945. Gagasan mengenai kewenangan pengadilan untuk melakukan pengujian undang-undang telah dikemukakan jauh sebelum Perubahan UUD, bahkan telah diperdebatkan dalam perumusan UUD pada sidang BPUPK.¹²⁶ Muhammad Yamin menjadi pelopor yang mengemukakan ide untuk menyematkan kewenangan itu ke Pengadilan yang disebutnya dengan “Balai Agung”,

“Balai Agung janganlah saja melaksanakan bagian kehakiman, tetapi hendaklah menjadi badan yang membanding, apakah undang-undang yang dibuat oleh Dewan Perwakilan, tidak melanggar Undang-Undang Dasar Republik atau bertentangan dengan hukum adat yang diakui,

¹²⁶ Jimly Asshiddiqie, 2007, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, Bhuana Ilmu Populer, Jakarta, hlm. 581

ataukah tidak bertentangan dengan syari'at agama Islam.”¹²⁷

Istilah yang digunakan oleh Yamin adalah “membanding” dan bukan “menguji”. Dalam konteks saat ini, istilah “membanding” menjadi tidak sesuai sebab perbandingan berarti mencari selisih atau kesamaan antara beberapa hal memiliki kedudukan yang kurang lebih setara. Oleh karena itu, istilah pengujian pada saat ini lebih mengena dengan maksud dari kewenangan yang diemban Pengadilan sebab menguji berarti menilai produk hukum dalam jenjang yang lebih rendah.

Rancang bangun ketatanegaraan, khususnya dalam cabang kekuasaan kehakiman di Indonesia, tidak memusatkan kewenangan melakukan pengujian pada satu lembaga. Sesuai dengan desain yang dirancang oleh pengubah UUD 1945, kewenangan melakukan pengujian dibelah antara pengujian UU di MK dan pengujian peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang di MA, sebagaimana diatur dalam Pasal 24A ayat (1) UUD 1945. Kritik atas pemisahan lembaga yang diberikan kewenangan untuk melakukan pengujian telah banyak dilayangkan diiringi dengan usulan agar pengujian dilakukan dalam “satu atap”.¹²⁸

Selain menguji UU, dalam yurisprudensi putusan MK telah mempertimbangkan bahwa Peraturan Pemerintah Pengganti UU (Perpu) juga masuk dalam kewenangan pengujian. Penalaran yang dibangun MK adalah bahwa

“Oleh karena dapat menimbulkan norma hukum yang kekuatan mengikatnya sama dengan Undang-Undang maka terhadap norma yang terdapat dalam Perppu tersebut Mahkamah dapat menguji apakah bertentangan secara materiil dengan UUD 1945.”¹²⁹

Karakteristik pengujian norma dalam UU bersifat abstrak. Namun demikian, dalam hubungannya dengan penilaian kedudukan hukum pemohon maka

¹²⁷ Saafroedin Bahar dan Nannie Hudawati, (eds.), 1998, *Op. Cit.* hlm 324; Bandingkan dengan RMAB Kusuma, (ed.), 2009, *Op. Cit.* hlm. 385.

¹²⁸ Taufiqurahman Syahuri dkk., 2014, *Problematika Pengujian Peraturan perundang-undangan, Badan Pembinaan Hukum Nasional*, Penelitian yang dilakukan di Badan Pembinaan Hukum Nasional pada Desember 2014, sebagaimana dimuat dalam https://www.bphn.go.id/data/documents/lap.akhir_pengkajian_konstitusi_pengujian_uu.pdf dikunjungi pada 2 Juli 2021; Ni'matul Huda, *Pengujian Peraturan Perundang-undangan di Bawah Satu Atap Mahkamah Konstitusi* dalam Dri Utari Christina dan Ismail Hasani, (ed.), 2013, *Masa Depan Mahkamah Konstitusi RI: Naskah Konferensi Mahkamah Konstitusi dan Pemajuan Hak Konstitusional Warga*, Setara Institute, Jakarta; Gautama Budi Arundhati et.al., (eds.), “Penataan Regulasi di Indonesia”, Prosiding Konferensi Hukum Tata Negara ke-4, yang diselenggarakan di Universitas Jember 10-13 November 2017.

¹²⁹ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 138/PUU-VII/2009, hlm 21.

karakter abstrak dari pengujian norma kerap bercampur aduk dengan kasus konkret yang harus dialami oleh pemohon dalam hal pembuktian adanya kerugian konstitusional yang dideritanya. Untuk dapat memenuhi syarat sebagai pemohon dalam perkara pengujian UU, pihak tidak hanya harus membuktikan diri masuk dalam klasifikasi sebagai perorangan, masyarakat hukum adat, badan hukum atau lembaga negara, sebagaimana diatur pada Pasal 51 ayat (1) UU MK. Lebih dari itu, para pihak harus membuktikan anggapannya bahwa ada kerugian konstitusional yang dideritanya.

MK membuat ukuran dalam hal kriteria kerugian konstitusional. Dalam putusan 006/PUU-III/2005 yang kemudian disempurnakan dengan Putusan 11/PUU-V/2007, MK membuat 5 (lima) rumusan kriteria kerugian konstitusional¹³⁰ dimana salah satunya adalah bahwa pemohon harus dapat membuktikan hak konstitusionalnya yang dirugikan. Pada praktiknya, banyak pemohon yang mendalilkan kerugian konstitusional berkelindan dengan penggunaan hak konstitusional sebagai batu uji dalam pengujian norma. Dampaknya, karakter pengujian UU yang bersifat abstrak bercampur baur dengan penilaian kerugian konstitusional yang sering didalilkan dengan adanya kerugian yang berdasar pada kasus konkret yang dialami Pemohon.

Tumpang tindihnya karakter *judicial review* yang bersifat abstrak dengan penilaian kedudukan hukum pemohon berdasarkan kasus konkret yang sekaligus juga sering dijadikan batu uji oleh pemohon sesungguhnya telah menjadi perdebatan sejak dulu. Kelsen memberi penjelasan dengan melihatnya dari sudut pandang dinamis (*nomodynamic*) bahwa pembuatan norma hukum individual oleh pengadilan harus ditentukan oleh satu atau lebih norma yang bersifat umum terlebih dahulu. Pengadilan memutus berdasarkan norma umum yang memberikan kewenangan kepadanya untuk memutus atau dapat juga pembentuk UU memberi

¹³⁰ Kelima syarat yang disebutkan pada Putusan 006/PUU-III/2005 adalah: a) ada hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon; b) hak dan/atau kewenangan tersebut dirugikan karena berlakunya Undang-Undang yang diuji; c) kerugian harus bersifat spesifik dan aktual atau potensial akan terjadi; d) ada hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dengan Undang-Undang yang diuji; e) kerugian tidak akan atau tidak lagi terjadi bila permohonan dikabulkan. Putusan 11/PUU-V/2007, MK menambahkan frasa “yang bersifat kumulatif” dalam menilai kelima syarat kerugian konstitusional. Lihat diskusinya pada Bisariyadi, “Membedah Doktrin Kerugian Konstitusional”, Jurnal Konstitusi, Vol. 14, No. 1, Maret 2017, hlm. 23-24.

kewenangan untuk memutus perkara konkret berdasarkan diskresinya.¹³¹ Pendapat Kelsen, sebagaimana dikutip oleh Asshiddiqie dan Safaat tersebut, mengacu pada pemikiran Plato mengenai negara ideal yang disebutnya dengan *royal judges* dengan kekuasaan hampir tidak terbatas.¹³²

G. Metode Penelitian

1. Tipe Penelitian

Penelitian pada hakikatnya adalah upaya pencarian. Dalam proses pencarian ada dua kemampuan yang harus dimiliki seseorang, yaitu memperoleh informasi dan memahami cara atau metode pencarian.¹³³ Di dunia ilmu hukum ada pengotakan antara hukum yang terbentuk secara formal sebagai norma positif dan hukum yang terbiarkan bebas sebagai *nomos* sosial. Pengelompokan ini berdampak pada perbedaan model penelitian hukum antara penelitian hukum normatif dan penelitian hukum empiris. Yang dimaksud dengan penelitian hukum normatif adalah yang khusus meneliti hukum sebagaimana tertulis dalam naskah atau dokumen hukum. Sementara penelitian hukum empiris meneliti hukum sebagaimana dalam wujudnya sebagai *nomos*, dengan melakukan pengamatan di masyarakat.¹³⁴

Penyebutan istilah pembedangan metode penelitian yang terkadung masyhur di tengah kalangan akademisi hukum Indonesia dikritisi oleh Wignyosoebroto. Dalam pandangannya pembedangan dan penyebutan istilah yang tepat adalah penelitian hukum doktrinal dan non-doktrinal. Penelitian ini mengikuti pola pengelompokan sebagaimana diajukan oleh Wignyosoebroto dan menggolongkan penelitian ini sebagai penelitian dengan menggunakan metode penelitian doktrinal yang dianut kaum positivis. Salah satu kegiatan utama dalam metode penelitian ini adalah melakukan inventarisasi bahan-bahan hukum primer

¹³¹ Pendapat Hans Kelsen sebagaimana dikutip dalam Jimly Asshiddiqie dan M. Ali Safa'at, 2006, *Teori Hans Kelsen tentang Hukum*, Sekjen dan Kepaniteraan MKRI, Jakarta, hlm 128

¹³² Hans Kelsen, 2006, *General Theory of Law and State*, Transaction Publishers, New Brunswick, hlm 144.

¹³³ Soetandyo Wignyosoebroto, 2002, *Mempelajari dan Memahami Hukum sebagai Realitas sosial: Metodologi Penelitian Hukum dalam Hukum: Paradigma, Metode dan Masalah*, Elsam dan Huma, Jakarta, hlm. 59.

¹³⁴ *Ibid.*, hlm. 63

kemudian mengorganisasinya ke dalam suatu koleksi yang memudahkan penelusurannya kembali.

Selain bahan-bahan hukum primer juga penting untuk mengumpulkan bahan-bahan hukum sekunder berupa karya akademik. Tujuan mengumpulkan bahan hukum sekunder adalah, mengacu pada pendapat Wignyosoebroto, untuk (i) meningkatkan mutu interpretasi atas hukum positif yang berlaku dan (ii) mengembangkan hukum sebagai suatu sistem normatif yang komprehensif dan tuntas.¹³⁵ Oleh karena itu, demi memperkaya kualitas pembahasan dan mengembangkan hukum penelitian ini juga akan merujuk pada karya-karya akademik sebagai bahan hukum sekunder.

2. Pendekatan Masalah

Ada 4 (empat) pendekatan yang menjadi titik perhatian dalam upaya menyelesaikan permasalahan dalam penelitian ini, yaitu pendekatan konsep (*conceptual*), sejarah (*historical*), kasus (*cases*), analisis (*analytical*) dan perbandingan (*comparative*). Pendekatan konsep diambil dalam upaya memahami mengenai istilah dan gagasan yang terkandung dalam istilah-istilah hukum tersebut. Dalam penelitian ini akan dijumpai banyak sekali konsep-konsep hukum yang terkait dengan hak konstitusional dan konstitusi itu sendiri, khususnya yang terkandung dalam UUD 1945. Konsep-konsep umum dalam bidang hukum yang akan banyak dijumpai diantaranya adalah hak, hak konstitusional, hak asasi, hak asasi manusia, norma, prinsip, pembatasan hak, proporsionalitas dan masih banyak lagi. Sedangkan konsep-konsep yang disebut khusus adalah meskipun istilah ini menjadi umum dijumpai tetapi ada kekhasan yang perlu dimaknai sesuai dengan konteksnya. Sebagai contoh konsep mengenai negara hukum, demokrasi dan konstitusionalisme. Konsep ini memiliki pengertian yang umum tetapi juga dapat dimaknai secara khusus dalam konteks yang disesuaikan dengan sistem ketatanegaraan Indonesia. Negara hukum sering dipadankan dengan istilah *rechtstaat* atau *rule of law*. Namun demikian, penafsiran yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi dapat saja memberi batasan akan negara hukum yang sesuai dengan konteks Indonesia.

¹³⁵ *Ibid.*, hlm. 67

Pendekatan sejarah, secara khusus, akan dilakukan dalam pembahasan mengenai latar belakang perumusan dan penyusunan piagam hak asasi manusia sebagaimana dimuat dalam Ketetapan MPR Nomor XVII/MPR/1998. Pendekatan ini adalah yang paling tepat digunakan dalam upaya menggali sumber-sumber yang valid dalam rangka mengungkap maksud dan tujuan penyusunan piagam hak asasi manusia tersebut.

Pembahasan penelitian ini akan banyak menelaah putusan-putusan MK, khususnya dalam perkara pengujian UU. Telaahan yang dilakukan, utamanya adalah atas pertimbangan hukum dan penalaran (*reasoning*) majelis hakim dalam memutus perkara. Penalaran tersebut dikaitkan dengan keberadaan hak konstitusional. Pada lingkup ini, pendekatan kasus akan beririsan dengan pendekatan analisis yang juga menjadi perhatian dalam penelitian ini. Fokus penelitian ini tidak terbatas oleh jumlah putusan. Oleh karena itu, tantangan dalam penelitian ini adalah memberi analisa sekaligus melakukan sistematisasi dan kategorisasi terhadap putusan-putusan tersebut.

Selain itu, penelitian ini juga akan menggunakan pendekatan perbandingan hukum. Penggunaan metode perbandingan dalam penelitian ini tiada lain hanya dimaksudkan untuk mendeskripsikan dan alat agar praktik yang berlaku juga ternyata dilakukan di tempat lain.¹³⁶ Sebagai bahan pembanding penelitian ini merujuk pada praktik negara-negara lain, secara lebih khusus, adalah praktik di Jerman dan Amerika Serikat dalam melihat penafsiran hak konstitusional yang dilakukan oleh Pengadilan di masing-masing negara tersebut. Jerman diambil sebagai pembanding sebab penelitian ini pun banyak merujuk pada teori dan penelitian yang dilakukan oleh Robert Alexy dalam melihat penafsiran yang dilakukan oleh *Bundesverfassungsgerichts*. Sementara, alasan untuk melihat praktik di Amerika Serikat dikarenakan asal muasal sejarah *judicial review* lebih panjang dibandingkan perkembangannya di Eropa Kontinental. Selain itu, sistem dan tradisi hukum yang berbeda dengan Indonesia juga membuat Amerika Serikat menjadi pembanding yang tepat untuk melihat dari perspektif yang berbeda.

¹³⁶ Roger P. Alford, "In Search of a Theory for Constitutional Comparativism", *UCLA Law Review*, Vol 52, 2005, hlm. 639-714; Gabor Halmai, "Constitutional Interpretation in a Globalized World", *Journal of Parliamentary and Political Law*, Vol, 6, 2012, hlm. 273.

3. Sifat Penelitian

Secara umum, penelitian dalam ilmu hukum memiliki karakter yang khas, yaitu sifatnya yang normatif, praktis dan preskriptif.¹³⁷ Peter Mahmud Marzuki menjelaskan bahwa sifat ilmu hukum praktis itu sebagai ilmu terapan yang menetapkan standar prosedur, ketentuan-ketentuan, rambu-rambu dalam melaksanakan aktivitas hukum. Sementara, dalam konteks sifatnya yang preskriptif ilmu hukum mempelajari tujuan hukum, nilai-nilai keadilan, validitas aturan hukum, konsep-konsep hukum, dan norma-norma hukum.¹³⁸

Oleh sebab itu, penelitian ini sejalan dengan tipe penelitiannya sebagai penelitian doktrinal maka sifatnya pun adalah seperti disimpulkan Terry Hutchinson yang dikutip oleh Marzuki,

*“... research which provides a systematic exposition of the rules governing a particular legal category, analyses the relationship between rules, explain areas of difficulty and, perhaps, predicts future development.”*¹³⁹

4. Jenis dan Sumber Bahan

Yang paling utama, dalam upaya memahami hak konstitusional yang termuat dalam UUD 1945 (Pasca Perubahan) adalah putusan-putusan MK dalam perkara pengujian UU. Putusan dalam perkara pengujian UU menjadi bahan hukum primer dalam penelitian ini.

Adapun batasan dalam penelitian ini adalah putusan-putusan dalam perkara pengujian UU yang diputus pada periode antara 2003 – 2019. Putusan perkara pengujian UU tahun 2019 digunakan sebagai batasan dengan dasar argumentasi bahwa penelitian ini dimulai akhir tahun 2019. Meski demikian, putusan-putusan dalam perkara yang didaftarkan oleh Kepaniteraan MK setelah tahun 2019 tidak ditutup kemungkinan untuk tetap disinggung dibahas dalam penelitian ini.

Penelitian ini sendiri terinspirasi dari kajian Robert Alexy yang menyusun teori hak konstitusional dalam lingkup yurisdiksi ketatanegaraan di negara Jerman.

¹³⁷ Philipus M. Hadjon dan Tatiek Sri Djatmiati, 2005, *Argumentasi Hukum*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, hlm.1

¹³⁸ Peter Mahmud Marzuki, 2011, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, hlm 22.

¹³⁹ *Ibid.*, hlm. 32.

Kajian Alexy berlandaskan pada putusan-putusan Mahkamah Konstitusi Jerman yang memberi penafsiran atas hak-hak warga negara yang termuat dalam *Basic Law* Jerman. Oleh karena itu, kajian-kajian yang dihasilkan oleh para ahli dan cendekiawan hukum serupa dengan penelitian Robert Alexy yang menitikberatkan pada konsep hak konstitusional akan menjadi bahan hukum sekunder dalam penelitian ini.

5. Teknik Pengumpulan Bahan

Teknik pengumpulan bahan hukum dalam rangka penyusunan penelitian sekaligus pembahasan atas permasalahan pada penelitian ini adalah studi kepustakaan. Yang dimaksudkan dengan studi kepustakaan adalah pengumpulan bahan hukum berupa dokumen tertulis dengan menitikberatkan pada teknik *content analysis*. Teknik ini berguna untuk mengkaji naskah-naskah hukum yang dalam konteks penelitian ini utamanya adalah Putusan MK.

6. Analisis

Kegiatan ilmiah yang dilakukan oleh ilmu hukum atau dogmatika hukum mencakup kegiatan menginventarisasi, memaparkan, menginterpretasi dan mensistematisasi juga mengevaluasi keseluruhan hukum positif yang berlaku di suatu masyarakat atau tertentu.¹⁴⁰

Pembahasan dalam penelitian ini dibagi dalam 3 (tiga) bagian. Dalam rangka menjawab isu pertama mengenai asal muasal serta alasan pemuatan hak-hak konstitusional yang diadopsi dalam Perubahan UUD 1945 maka perlu dilakukan penelusuran terhadap naskah-naskah hukum terkait. Hak-hak konstitusional yang dimuat dalam Perubahan UUD 1945 banyak dipengaruhi oleh Ketetapan MPR Nomor XVII/MPR/1998. Oleh karenanya, pencarian informasi harus dimulai dari risalah-risalah rapat atau sidang MPR yang melakukan pembahasan mengenai penyusunan Ketetapan MPR tersebut. Selain itu bahan-bahan hukum sekunder berupa karya tulis akademik, dari yang deskriptif hingga komentar penuh kritik,

¹⁴⁰ Bernard Arief Sidharta, "Penelitian Hukum Normatif: Analisis Penelitian Filosofikal dan Dogmatikal", dalam Sulistyowati Irianto dan Shidarta (eds.), 2009, *Metode Penelitian Hukum: Konstelasi dan Refleksi*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, hlm. 142

juga dibutuhkan dalam rangka memperkaya pengetahuan dan penemuan jawaban atas isu penyusunan piagam hak asasi manusia yang dimuat dalam Ketetapan MPR Nomor XVII/MPR/1998.

Bagian pembahasan penelitian dalam isu kedua dan ketiga memiliki irisan dalam metode penelitian yang akan dilakukan. Isu dalam kedua bagian ini pada intinya adalah melakukan kajian sekaligus sistematisasi terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi yang memberi tafsir atas hak konstitusional baik pada bagian pembuktian kedudukan hukum pemohon maupun pada pertimbangan dalam pokok perkara. Oleh karena itu, kegiatan yang akan dilakukan mengikuti pendapat Bernard Arief Sidharta adalah dengan menginventarisasi, memaparkan, menginterpretasi dan mensistematisasi juga mengevaluasi Putusan-Putusan Mahkamah Konstitusi.

Kegiatan awal yang perlu dilakukan adalah melakukan inventarisasi Putusan Mahkamah Konstitusi. Inventarisasi ini sekaligus juga melakukan beberapa tahapan penyaringan, yaitu

- a. tahap penyaringan pertama, dari semua Putusan Mahkamah Konstitusi yang digunakan hanyalah putusan dalam perkara pengujian UU;
- b. tahap penyaringan kedua, putusan pengujian UU hanya diambil putusan yang dikeluarkan dalam kurun waktu antara 2003 – 2019;
- c. tahap penyaringan ketiga, putusan dengan permohonan yang diajukan oleh lembaga negara dikecualikan dari inventarisasi;
- d. tahap penyaringan keempat, putusan pengujian UU dibedakan berdasarkan amar putusan. Putusan dengan amar “ditolak” dan “dikabulkan” menjadi fokus perhatian.

Setelah melakukan inventarisasi, kegiatan berikutnya adalah melakukan sistematisasi dengan mengelompokkan putusan-putusan yang menjadi perhatian penelitian ke dalam pembidangan berdasarkan batu uji yang mengacu pada hak-hak konstitusional. Bahan hukum sekunder berupa karya tulis akademik dalam konteks penelitian ini adalah teori hak konstitusional yang digagas oleh Robert Alexy menjadi rujukan utama dalam melakukan evaluasi terhadap putusan-putusan Mahkamah Konstitusi terkait.

H. Sistematika Penulisan

Dalam rangka memahami hak konstitusional yang telah ditafsirkan MK, susunan penelitian ini dibagi menjadi 5 (lima) bagian. *Bagian Pertama* berisi tentang latar belakang, rumusan masalah, tujuan, manfaat, dan metode penelitian. Ditambah bagian yang mengulas mengenai teori hak konstitusional dan penafsiran konstitusi sebagai kerangka teoritisnya dan pembahasan mengenai hak, konstitusionalisme dan pengujian UU sebagai kerangka konseptualnya.

Bagian Kedua pembahasan penelitian ini akan menelusuri asal muasal pemuatan hak konstitusional dalam UUD 1945 (Pasca Perubahan). Sebagaimana telah dibahas secara sekilas sebelumnya pada bagian latar belakang, materi muatan hak konstitusional memiliki kemiripan dengan isi dari piagam hak asasi manusia yang dimuat dalam Lampiran Tap Piagam HAM. Oleh sebab itu, mengetahui isi serta pembedaan hak asasi manusia dalam Tap Piagam HAM menjadi penting sebagai latar belakang untuk memahami hak-hak konstitusional sebagaimana tercantum dalam Perubahan UUD 1945. Hal ini berbeda dengan penelitian lain sebelumnya, seperti pada pembahasan di atas, yang menitikberatkan pada perbandingan hak-hak konstitusional dalam UUD yang pernah berlaku di Indonesia.

Putusan MK, dalam kaitannya dengan hak konstitusional, dapat dilihat dari dua sisi, yaitu berkaitan dengan kedudukan hukum pemohon dan berkaitan dengan pokok perkara. Oleh karenanya, bagian pembahasan selanjutnya dalam penelitian ini dibagi berdasarkan pembedaan tersebut.

Bagian Ketiga akan membahas mengenai kedudukan hak konstitusional sebagai prasyarat untuk menilai kedudukan hukum pemohon. Keberadaan penilaian hak konstitusional menyebabkan pertimbangan dan penafsiran atas hak konstitusional pada bagian pokok perkara menjadi sangat terbatas. Oleh sebab itu, pada bagian ini juga akan membahas secara konseptual pembedaan antara hak dan kepentingan. Selain pembahasan secara konseptual, pada bagian ini juga akan mengkaji mengenai subjek hukum yang dapat menjadi Pemohon terkait dengan kepentingan-kepentingan yang menjadi landasannya untuk dapat mengajukan diri sebagai Pemohon.

Bagian Keempat penelitian ini akan menelusuri, melakukan pengelompokan dan menganalisa putusan MK yang memberi tafsir atas

keberadaan hak konstitusional Pemohon. Ukuran pertama adalah pemohon harus dapat membuktikan keberadaan hak konstitusional yang dimiliki pemohon. Oleh sebab itu, pembahasan dalam bagian ini menitikberatkan mengenai tafsir MK atas keberadaan hak konstitusional tersebut. Apakah MK terikat pada hak-hak yang hanya disebutkan dalam konstitusi, yang dikenal dengan istilah *enumerated rights*. Ataukah MK memberi tafsir untuk memberikan perlindungan terhadap hak-hak yang tidak disebutkan secara tersurat dalam UUD 1945? Permasalahan berikutnya adalah bagaimana MK mengonstruksikan argumentasinya dalam pemberian status hak konstitusional terhadap hak-hak yang tidak dimuat dalam UUD 1945? Pertanyaan ini menjadi dasar untuk melakukan pembahasan secara khusus dalam bagian kedua ini. Putusan MK yang memberi tafsir tentang perlindungan hak konstitusional sebagaimana termuat dalam materi pertimbangan hukum majelis hakim. Ruang lingkup pembahasan dalam bagian ini dapat menjadi sangat luas. Oleh karenanya, penting untuk terlebih dahulu melakukan pembedangan hak konstitusional. Sebagai contoh pembedangan antara hak negatif dengan hak positif. Penelusuran putusan MK yang memberi tafsiran atas hak konstitusional didasari oleh pembedangan hak-hak tersebut. Selain itu dari metode penafsirannya juga dapat ditelusuri pengaruh dari hukum hak asasi manusia internasional dalam putusan-putusan tersebut. Seberapa besar pengaruh dari hukum internasional dalam penafsiran hak konstitusional serta dalam hak konstitusional apa saja MK mempertimbangkan untuk melakukan perbandingan hukum. Disamping penafsiran atas hak konstitusional juga dapat ditelusuri apakah MK pernah memberi tafsir mengenai kewajiban dasar warga negara yang diatur dalam konstitusi serta tafsir pengaturan mengenai penerapan pembatasan terhadap hak-hak konstitusional. Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 menentukan kewajiban untuk tunduk pada pembatasan yang ditetapkan dengan UU dalam rangka menghormati hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum. Pembahasan dalam bagian ini akan menelusuri apakah MK pernah memberi tafsir terkait dengan unsur-unsur pembatasan hak konstitusional.

Bagian Kelima adalah bagian terakhir yang merupakan penutup penelitian terdiri atas kesimpulan dan saran.