

## Beberapa Catatan dari Limitasi atas Limitasi Pengaturan HAM dalam Konstitusi

**Rian Adhivira Prabowo**

Prodi Ilmu hukum, Universitas Nahdhatul Ulama Indonesia  
Rianadhivira@gmail.com

### ABSTRACT

*This paper explores the history and interpretation of Article 28J paragraph 2 UUD 1945. This paper argues that there is legal loophole in human rights regulation within the Constitution in regards with the non-existent of "limitation against limitation". In worst scenario, the partial adoption of human rights principle in UUD 1945 could paved a way for the authoritarian turn under the banner of democracy. This paper analyzed the "limitation against limitation" clause in the history of Indonesia Constitutions, the intrepertation of Constitutional Court to the Article 28J paragraph 2 UUD 1945, and comparison of the authoritarian regimes related to legal loophole in Constitutions*

### RIWAYAT ARTIKEL

*Article History*

Diterima 23 April 2020

Dipublikasi 30 April 2020

### KATA KUNCI

*Keywords*

*Article 28J, UUD1945, Human Rights, Limitation of rights*

## Pendahuluan

Tulisan ini mengulas satu perihal saja, yaitu untuk melihat bagaimana struktur perlindungan HAM dalam Konstitusi di Indonesia khususnya pada UUD 1945 pasca amandemen. Sebagaimana diketahui, hasil amandemen UUD 1945 memasukkan ketentuan HAM dalam Pasal 28A sampai dengan Pasal 28J. Hanya saja, ketentuan-ketentuan mengenai HAM yang terdapat dalam Pasal 28A hingga Pasal 28J tidak memberikan pengaturan yang jelas mengenai pembatasan yang dapat dilakukan atas pembatasan hak. Ketentuan Pasal 28J ayat (2) yang menyatakan sebagai berikut:

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 yang demokratis.

Masalahnya, ketentuan mengenai hak-hak asasi dalam UUD 1945 pasca amandemen berhenti pada pembatasan dan tidak terdapat ketentuan mengenai pembatasan atas pembatasan. Tidak adanya pembatasan atas pembatasan ini membuat tidak jelas rambu-rambu batas masuknya negara dalam memberlakukan pembatasan atas hak-hak. Sebagai pembanding, struktur pasal dalam UDHR menentukan jenis-jenis hak pada Pasal 1 hingga Pasal 28, kemudian mengenai kewajiban dan pembatasan atas hak tersebut dalam Pasal 29,<sup>1</sup> dan terakhir, ditutup dengan Pasal 30<sup>2</sup> yang merupakan pasal kunci untuk menjamin keutuhan hak dalam Pasal 1 s.d. Pasal 28. Jadi meskipun pembatasan diperbolehkan berdasarkan Pasal 29, namun ketentuan Pasal 30 berfungsi untuk membatasi ketentuan Pasal 29. Dengan kata lain: Pasal 29 mengatur perihal pembatasan dan Pasal 30 perihal pembatasan atas pembatasan. Pada lain pihak, ketentuan mengenai HAM memiliki kekhususan secara historis bahwa prinsip, asas, maupun ketentuan mengenai hak asasi adalah terutama ditujukan untuk membatasi negara dari perbuatan sewenang-wenang. Dalam koridor itulah sesungguhnya ketentuan Pasal 30 UDHR memiliki maknanya yang sayangnya tidak terdapat dalam UUD 1945. Demikian, tulisan ini berfokus semata pada ketentuan mengenai pembatasan dan pembatasan atas pembatasan dalam UUD. Untuk kepentingan itu, tulisan ini mengulas dimensi historis ketentuan sabuk pengaman hak-hak asasi dalam rentang konstitusi, dan dilanjutkan dengan penafsiran MK terhadap Pasal 28J ayat 2 UUD 1945, serta terakhir melihat bagaimana ketiadaan ketentuan sabuk pengaman itu dalam kaitannya dengan celah konstitusi dari beberapa pengalaman.

## Pembahasan

Perdebatan paling awal mengenai ketentuan HAM di Indonesia dapat dilacak pada BPUPKI. Muhammad Hatta -bersama Yamin-, termasuk yang pertama mengingatkan pentingnya pengaturan HAM untuk dituangkan dalam

---

<sup>1</sup> Art. 29 UDHR:

(1) Everyone has duties to the community in which alone the free and full development of his personality is possible.

(2) In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society.

(3) These rights and freedoms may in no case be exercised contrary to the purposes and principles of the United Nations.

<sup>2</sup> Art. 30 UDHR:

Nothing in this Declaration may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or to perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein.

Konstitusi. Kekhawatiran Hatta dan Yamin adalah untuk menjaga kebebasan serta mencegah adanya kesewenang-wenangan negara. Hatta bahkan secara keras menyatakan bahwa ketiadaan jaminan HAM berpotensi untuk masuk dalam keadaan yang ia sebut sebagai “kadaver discipline”.<sup>3</sup> Argumen Hatta dan Yamin ini kemudian menghasilkan kompromi terutama dalam Pasal 28 UUD 1945, yang dengan berbagai kekurangannya adalah UUD yang dibuat secara “tergesa-gesa”.

Argumen Hatta -dan Yamin- tersebut baru terwujud empat tahun kemudian melalui UUD RIS 1949 yang memberikan pengaturan lebih menyeluruh mengenai HAM. Dalam dua pasal penutup “Bagian 5 Hak2 dan Kebebasan2 Dasar Manusia” Pasal 32 ayat (1) UUD RIS menyatakan sebagai berikut:

Peraturan2 undang-undang tentang melakukan hak2 dan kebebasan2 jang diterapkan dalam bagian ini, djika perlu, akan menetapkan batas2 hak2 dan kebebasan2 itu, akan tetapi hanjalah semata-mata untuk mendjamin pengakuan dan penghormatan jang tak boleh tiada terhadap hak2 serta kebebasan2 orang lain, dan untuk memenuhi sjarat2 jang adil untuk ketenteraman kesusilaan dan kesedjahteraan umum dalam suatu persekutuan jang demokrasi.

Ketentuan mengenai pembatasan terhadap hak-hak dan kebebasan dasar sebagaimana disebutkan diatas itu dibatasi melalui Pasal 33 yang menyatakan:

Tiada suatu ketentuanpun dalam bagian ini boleh ditafsirkan pengertian, sehingga sesuatu penguasa, golongan atau orang dapat memetik hak daripadanja untuk mengusahakan sesuatu apa atau melakukan perbuatan berupa apapun jang bermaksud menghapuskan sesuatu hak atau kebebasan jang diterangkan dalamnja.

Dari ketentuan tersebut nampak adopsi dari Pasal 29 dan Pasal 30 UDHR 1948 mengenai pembatasan dan pembatasan atas pembatasan. Dua ketentuan itu kembali dipertahankan dalam UUDS 1950 yaitu melalui Pasal 33 yang menyatakan sebagai berikut:

Melakukan hak-hak dan kebebasan-kebebasan jang diterangkan dalam bagian ini hanja dapat dibatasi dengan peraturan-peraturan undang-

---

<sup>3</sup> Sekretaris Negara Republik Indonesia. Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI) 28 Mei 1945-22 Agustus 1945. Jakarta. 1995. Hlm. 262. Hatta menyatakan sebagai berikut:

Sebab dalam hukum negara sebagai sekarang ini mungkin timbul suatu keadaan “kadaver dicipline” seperti yang kita lihat di Rusia dan Jerman, inilah yang saya kuatirkan. [...] hendaklah kita memperhatikan syarat-syarat supaya negara yang kita bikin, jangan menjadi Negara Kekuasaan.

undang semata-mata untuk menjamin pengakuan dan penghormatan yang tak boleh tiada terhadap hak-hak serta kebebasan-kebebasan orang lain, dan untuk memenuhi syarat-syarat yang adil untuk ketenteraman, kesucilaan dan kesedjahteraan dalam suatu masyarakat yang demokratis.

Dan ditutup oleh Pasal 34 yang menyatakan:

Tiada suatu ketentuanpun dalam bagian ini boleh ditafsirkan dengan pengertian, sehingga sesuatu penguasa, golongan atau orang dapat memetik hak dari padanja untuk mengusahakan sesuatu apa atau melakukan perbuatan berupa apapun yang bermaksud menghapuskan sesuatu hak atau kebebasan yang diterangkan dalamnja.

Dalam komentarnya, Supomo menyatakan Pasal 33 UUDS 1950 adalah sama maksudnya dengan Pasal 32 UUD RIS 1949 yang pada pokoknya adalah batas bagi pembentuk undang-undang untuk mengatur hak dan kebebasan agar tidak sewenang-wenang, dan bahwa pasal tersebut adalah sesuai dengan Pasal 29 ayat 2 UDHR.<sup>4</sup> Selanjutnya untuk Pasal 34 UUDS 1950, Soepomo menyatakan pasal tersebut sama dengan Pasal 33 UUD RIS 1949 dan Pasal 30 UDHR.<sup>5</sup> Dari sini nampak suasana semangat untuk menangkap nilai universal HAM pada UDHR dalam Konstitusi. Nampaknya pencatuman ketentuan hak-hak asasi dalam konstitusi ini lebih daripada efek psikologis pasca deklarasi UDHR 1948 dimana negara-negara yang baru mendapatkan kemerdekaan memasukkan ketentuan HAM. Selain itu, adopsi nilai HAM ini juga sekaligus membantah tudingan negara mantan penjajah mengenai keterbelakangan dan ketidakberadaban pada negara bekas jajahnya.<sup>6</sup>

Suasana dan semangat HAM ini pula yang muncul pada perdebatan perumusan konstitusi di Dewan Konstituante. Berdasarkan catatan Adnan Buyung Nasution, apabila Konstituante seolah berdebat tanpa ujung dalam hal penentuan bentuk negara, namun dalam pembahasan tentang HAM seluruh elemen justru menemukan titik temu.<sup>7</sup> Bahkan, tidak ada lagi perdebatan perihal HAM sebagai produk “barat” secara peyoratif.<sup>8</sup> Dalam draft Dewan Konstituante, ketentuan mengenai pembatasan dan pembatasan atas

<sup>4</sup> R. Supomo. *Undang-Undang Dasar Sementara Republik Indonesia Dengan Sekedar Tjatan dan Keterangan dibawah Tiap-Tiap Pasal*. Tjetakan Kesembilan. Noordhoff-Kolff N.V. Djakarta. 1958. Hlm 40-1.

<sup>5</sup> Ibid hlm 41.

<sup>6</sup> Kecenderungan ini dapat dilihat dalam Samuel Moyn. *The Last Utopia, Human Rights in History*. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, London. 2010. Hlm 113.

<sup>7</sup> Adnan Buyung Nasution. *Aspirasi Pemerintahan Konstitusional di Indonesia, Studi Sosio-Legal atas Konstituante 1956-1959*. Pustaka Utama Grafiti & Eka Tjipta Foundation. Cetakan Ketiga. Jakarta. 2009. Hlm 131.

<sup>8</sup> Ibid hlm 132.

pembatasan kembali muncul tanpa perubahan pada ketentuan Pasal 40 dan Pasal 41.<sup>9</sup> Sebagaimana diketahui, perdebatan Dewan Konstituante dalam merumuskan UUD baru tidak sempat selesai dan terputus setelah Presiden Soekarno mengeluarkan Dekrit Presiden 1 Juni 1959 untuk kembali kepada UUD 1945 guna mencegah diadakannya Pemilu. Sempat terputus, Pada tahun 1967 dibentuk Panitia Ad Hoc yang bertugas menyusun penjelasan pelengkap UUD 1945 dan perincian HAM dan berdasarkan Keputusan Pimpinan MPRS Nomor 24/B/1967 tanggal 6 Maret 1967 hendak dibahas pada Sidang Umum MPRS tahun 1968. Rencana tersebut urung dilanjutkan karena adanya peristiwa G30S.

Dalam selang periode ini, terdapat jeda yang cukup panjang dalam hal pembahasan HAM. Kembalinya UUD 1945 yang dibentuk secara ringkas dan terburu-buru itu menghasilkan sesuatu yang lebih mengerikan daripada Demokrasi Terpimpin, yaitu rezim yang menamakan dirinya sebagai Orde Baru.<sup>10</sup> Perbincangan HAM dan Konstitusi bisa dikatakan mengalami masa

---

<sup>9</sup> H.A. Notosoetardjo. *Proses Kembali Kepada Djiwa Proklamasi 1945*. Cetakan Kedua. Lembaga Penggali dan Penghimpun Sedjarah Revolusi Indonesia, Pencetakan Endang. Djakarta. 1964. Hlm. 217. Dengan catatan bahwa kedua pasal tersebut dicantumkan sebagai pasal terakhir dalam Bab Hak Asasi Manusia/Hak Asasi Warganegara. Hanya saja untuk ketentuan Pasal 40 terdapat perubahan diksi dalam Keputusan Panitia Persiapan Konstitusi No. 26/K/PK/1958 tentang Rumusan rantjangan pasal-pasal Undang-Undang Dasar mengenai Hak-hak Asasi Manusia dan Hak-hak serta Kewajiban Warganegara, yang akan diadakan kepada Rapat Pleno Konstituante untuk mendapat keputusan (ibid hlm 242). Dalam bagian XXVI kata "ketentuan" entah bagaimana menjadi "ketentaraan" sehingga menjadi sebagai berikut:

Melakukan hak-hak dan kebebasan-kebebasan yang diterangkan dalam bahagian ini hanya dapat dibatasi dengan peraturan-peraturan Undang-undang semata-mata untuk mendjamin pengakuan dan penghormatan yang tak boleh tidak terhadap hak-hak dan kebebasan-kebebasan orang lain dan untuk memenuhi sjarat-sjarat yang adil untuk ketentaraan kesusilaan dan kesedjahteraan dalam suatu masyarakat yang demokratis.

Perihal yang sama juga terdapat dalam lampiran buku lampiran Op Cit Adnan Buyung Nasution hlm. 559. Terhadap hal ini, penulis tidak memiliki penjelasan kecuali menduga bahwa hal itu terjadi karena kesalahan pengetikan. Dalam kolom catatan, pokok pembahasan itu seharusnya menjadi pasal penutup Hak-hak Asasi Manusia dan Hak-hak serta kewajiban Warganegara.

<sup>10</sup> Denny Indrayana. *Indonesian Constitutional Reform 1999-2002, an Evaluation of Constitution-Making in Transition*. Doctorate Thesis di Faculty of Law The University of Melbourne. 2005, hlm 83-91, termasuk juga "otoritarianisme" pada masa Demokrasi Terpimpin Presiden Soekarno. Penjelasan Denny tersebut menegaskan bahwa konteks UUD 1945 yang dibuat dalam waktu yang sempit dan masa awal kemerdekaan yang memang membutuhkan kekuasaan eksekutif lebih besar. Untuk Demokrasi Terpimpin, terdapat konteks yang cukup berbeda dibandingkan dengan otoritarianisme yang muncul pada masa Orde Baru, yang dapat dilihat lebih jauh dalam J.A.C. Mackie. *Indonesian Politics under Guided Democracy*. *Australian Outlook*. 15:3, 1961., Frederick P. Bunnell. *Guided Democracy Foreign Policy: 1960-1965 President Sukarno Moves from Non-Alignment to Confrontation*. *Indonesia* No. 2 (Oct. 1966). Meskipun Adnan Buyung Nasution tepat dalam menilai bahwa demokrasi terpimpin adalah suatu "kemunduran" apabila dibandingkan dengan demokrasi liberal 1950-1959, namun ia luput dalam memandang konstelasi politik pasca Pemilu 1955 dan 1957, serta tidak pula meramalkan mengenai Orde Baru yang baru lahir pada saat menulis disertasinya akan menjadi rezim yang penuh teror.

*hiatus* yang panjang dengan sedikit pengecualian lewat jargon “keterbukaan” dan dibentuknya Komnas HAM pada tahun 1993. Barulah di penghujung kekuasaan Orde Baru keluar TAP MPR No. XVII/MPR/1998 sebagai kelanjutan dari pembahasan piagam HAM Indonesia yang tertunda pada dekade 1960an. Dalam TAP *a quo*, untuk pertamakalinya dalam pengaturan HAM hanya tercantum mengenai pembatasan tanpa disertai dengan klausula pembatasan atas pembatasan, yaitu yang terdapat dalam Pasal 34 yang menyatakan:

Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.

Dan Pasal 36 yang menyatakan:

Di dalam menjalankan hak dan kebebasannya setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan-pembatasan yang ditetapkan oleh 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, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat yang demokratis.

Uniknya, UU 39/1999 tentang HAM kembali memuat pembatasan dan pembatasan atas pembatasan. Dalam Bab VI Kewajiban Dasar Manusia Pasal 70 UU *a quo* menyatakan sebagai berikut:

Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan oleh Undang-undang dengan maksud untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

Dalam Bab VI Pembatasan dan Larangan Pasal 73 UU *a quo* menyatakan:

Hak dan kebebasan yang diatur dalam Undang-Undang ini hanya dapat dibatasi oleh dan berdasarkan undang-undang, semata-mata untuk menjamin pengakuan dan penghormatan terhadap hak asasi manusia serta kebebasan orang lain, kesusilaan, ketertiban umum, dan kepentingan bangsa.

Dan ketentuan mengenai pembatasan atas pembatasan tercantum Pasal 74 UU *a quo* yang menyatakan:

Tidak satu ketentuanpun dalam Undang-Undang ini boleh diartikan bahwa Pemerintah, partai, golongan atau pihak manapun dibenarkan

mengurangi, merusak, atau menghapuskan hak asasi manusia atau kebebasan dasar yang diatur dalam Undang-Undang ini.

Pasangan antara pembatasan dari pemegang hak dengan pembatasan atas pembatasan yang ditujukan terutama untuk negara ini terputus pada perdebatan pada saat perubahan kedua UUD 1945. Sekalipun pada sidang pembahasan perubahan kedua nampak kesadaran mengenai mudharat dari negara kekuasaan,<sup>11</sup> namun perdebatan lebih condong pada apa yang barat dan bukan barat dalam HAM<sup>12</sup> yang sedikit banyak turut mempengaruhi perumusan pasal. Satu pengecualian adalah pendapat dari Syarief Muhammad Alaydarus (F-KB) yang menyatakan perihal perlunya memasukkan kembali ketentuan HAM yang pernah tercantum dalam konstitusi sebelumnya<sup>13</sup> serta mengusulkan untuk memasukkan pembatasan atas pembatasan dengan rumusan sebagai berikut:

“Tidak sesuatu pun dalam bab ini boleh diartikan sebagai pemberian kewenangan kepada pemerintah, individu, ataupun kelompok masyarakat untuk melakukan kegiatan yang bertujuan mengurangi salah satu hak yang termaktub dalam bab ini”<sup>14</sup>

Sayangnya, usulan ini tidak dilanjutkan dan pembahasan menjadi lebih menitikberatkan pada pembatasan semata dan meninggalkan bagian pembatasan atas pembatasan yang diusulkan oleh Alaydarus. Lebih jauh lagi, dalam klausul pembatasan ini untuk pertama kalinya muncul frasa “agama” yang sempat memancing perdebatan cukup panjang<sup>15</sup> dimana frasa tersebut tidak terdapat dalam konstruksi pembatasan dalam UUD sebelumnya. Pada akhirnya, usulan mengenai pembatasan atas pembatasan ditinggalkan sama sekali sehingga “*bill of rights*” yang tercantum dalam Pasal 28A sampai dengan 28H dipungkasi oleh pembatasan yang terdapat dalam Pasal 28J ayat 2 UUD 1945. Pembahasan dalam rapat perubahan kedua UUD 1945 nampaknya lebih berfokus dengan kekhawatiran pada “pemegang hak” bilamana hak-hak itu

---

<sup>11</sup> Diutarakan salah satunya oleh Philipus M. Hardjon, (230) dan Harjono yang menyatakan bahwa Negara hukum adalah satu nafas dengan *rechstaat* dan dibatasi oleh HAM (269) yang kemudian disepakati oleh Hamdan Zoelva (270).

<sup>12</sup> Diutarakan salah satunya oleh Slamet Effendy Yusuf dalam Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi. Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Latar Belakang, Proses, dan Hasil Pembahasan 1999-2002. Buku VIII Warga Negara dan Penduduk, Hak Asasi Manusia dan Agama. 2010. Hlm 234.

<sup>13</sup> Ibid Hlm 285

<sup>14</sup> Ibid Hlm 292.

<sup>15</sup> Ibid Hlm 348.

dipergunakan secara “kebablasan”<sup>16</sup> daripada kekhawatiran pada negara untuk menyalahi penggunaan pembatasan tersebut. Luputnya -atau sengajanya- ketentuan mengenai pembatasan atas pembatasan ini menjadi tidak *match* dengan tujuan sedari awal dari HAM yang ditujukan terutama untuk mengendalikan negara yang dapat berubah menjadi monster. Ketiadaan pembatasan atas pembatasan berarti tidak ada “sabuk pengaman” untuk sejauh apa negara dapat masuk dalam menghapuskan hak-hak yang tercantum dalam konstitusi.

Konsekuensinya lagi, ketiadaan ketentuan mengenai pembatasan atas pembatasan berarti menjadikan Pasal 28J ayat 2 sebagai pasal penutup yang memungkasi ketentuan mengenai hak-hak asasi dalam pasal sebelumnya. Demikian pula dengan komentar Jimly Asshidiqie yang pada pokoknya menyatakan semua jenis hak asasi manusia yang tertera dalam konstitusi dapat dibatasi sejauh pembatasan tersebut melalui undang-undang, dan dibikin 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.<sup>17</sup>

Pertanyaan lebih jauh dari tidak lengkapnya pencantuman HAM di UUD 1945 pasca amendemen bila dibandingkan dengan konstitusi sebelumnya adalah untuk menjelaskan mengenai kenapa. Kemungkinan pertama, tidak masuknya ketentuan pembatasan negara untuk melakukan pembatasan dapat diletakkan dalam situasi masa transisi dimana perumusan UUD berjalan tanpa kejelasan arah dan kejelasan desain.<sup>18</sup> Kemungkinan kedua, ketiadaan sabuk pengaman dalam UUD 1945 pasca amendemen adalah memang pilihan sadar sedari awal dari para perumus untuk lebih condong kepada kontrol kuat dengan dalih untuk menjaga persatuan. Kemungkinan kedua ini dapat dipandang sebagai bentuk lebih halus dari pendekatan *Kemalisme* Presiden Soekarno pada masa Demokrasi Terpimpin. Kedua kemungkinan tersebut memiliki ujung yang sama yaitu tidak tertambalnya kelemahan UUD 1945

---

<sup>16</sup> Beberapa diantaranya diutarakan oleh Muchtar Adam (dalam Ibid hlm 313), Imam Addaraqutni (Ibid hlm 314), Rosyad Soleh (ibid hlm 316-7), Patrialis Akbar (ibid hlm 346).

<sup>17</sup> Jimly Asshiddiqie. *Komentar atas Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*. Sinar Grafika. 2013. Jakarta. Hlm. 127. Meskipun sesungguhnya terdapat dua pendapat mengenai apakah pasal tersebut berlaku untuk seluruh hak atau dengan pengecualian yang tertera dalam pasal 28I ayat (1). Telah terdapat putusan MK mengenai hal ini yang akan dibahas dalam bagian selanjutnya.

<sup>18</sup> Op Cit Denny Indrayana hlm 248. Diluar kekurangan itu Denny mengklarifikasi Kekacauan ini juga diantara lain dikarenakan dinamisnya situasi politik pada masa itu dan situasi khusus yang muncul di Indonesia. Khusus untuk HAM, Denny menyatakan bahwa ketentuan Pasal 28A-J adalah suatu pencapaian tersendiri, terlepas dari isu non-retroaktif dalam Pasal 28I yang diduga dimasukkan untuk melindungi aktor dari rezim sebelumnya untuk dituntut pidana (hlm. 288).

sebelum amandemen akan ketergantungan pada *goodwill* dari aktor alih-alih sistem. Kebergantungan dari aktor ini menghasilkan tidak jelasnya jaminan hak-hak yang terdapat dalam Pasal 28A s.d. Pasal 28I, serta pada derajat tertentu mengafirmasi argumen Fernida mengenai makin luruhnya praktik jaminan HAM dalam reformasi setelah konsolidasi politik para aktor rezim sebelumnya.<sup>19</sup> Terakhir, tidak utuhnya ketentuan Pasal 28J ayat 2 UUD 1945 juga berpengaruh pada keterbatasan “ruang gerak” MK dalam melakukan penafsiran sebagaimana dijelaskan dalam bagian berikut.

Salah satu preseden awal dan penting adalah Putusan MK No. Putusan Nomor 11-17/PUU-I/2003 perihal hak pilih eks-tapol PKI. Dalam putusan tersebut, MK menyatakan dalam pertimbangannya bahwa pembatasan yang tertera dalam Pasal 60 huruf g UU 12/2003 adalah bersifat politis dan bernuansa “penghukuman politik” secara kolektif.<sup>20</sup> MK juga menyatakan bahwa setiap pelarangan yang berkenaan dengan hak dan kebebasan harus didasarkan pada putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap. Lebih jauh lagi, MK juga meletakkan Pasal a quo dalam konteks rekonsiliasi nasional untuk “menuju masa depan yang lebih demokratis dan berkeadilan”,<sup>21</sup> juga bahwa meskipun tetap berlakunya TAP MPRS XXV/MPRS/1966 namun setiap eks-tapol tetaplah harus diperlakukan sama tanpa diskriminasi.<sup>22</sup> Pokok argumen dalam putusan a quo menjadi rujukan dalam Putusan 1-2/PUU-XII/2014 mengenai Perppu MK perihal stigmatisasi.<sup>23</sup> Begitupula dalam Putusan 33/PUU-XIII/2015 mengenai syarat calon Pilkada untuk petahana yang mana MK menyatakan pengaturan tersebut dibuat semata dengan maksud untuk mencegah kelompok orang tertentu dalam menggunakan hak konstitusionalnya.<sup>24</sup> Serta Putusan 42/PUU-XIII/2015 mengenai calon kepala daerah mantan terpidana dimana MK menekankan perihal “hukuman tambahan” melalui UU yang justru bersifat diskriminatif.<sup>25</sup>

Dalam UUD 1945 pasca amandemen, terdapat dua ketentuan yang seolah saling bertumbukan yaitu Pasal 28I ayat 1 perihal “hak yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun” dengan pembatasan yang terdapat dalam Pasal 28J ayat 2. Terhadap hal ini, terdapat putusan MK salah satunya Putusan Nomor 013/PUU-I/2003 tentang asas retroaktif dalam tindak pidana

---

<sup>19</sup> Indria Fernida. *Calling for truth about mass killings of 1965/6, Civil Society Initiatives in revealing the truth of mass killings of 1965/6 under transitional justice framework in Indonesia*. Master Tesis di Faculty of Law, University of Oslo, 2014. Hlm 20-4.

<sup>20</sup> Putusan MK Nomor 11-17/PUU-I/2003 hlm 35.

<sup>21</sup> Putusan MK Nomor 11-17/PUU-I/2003 hlm 37.

<sup>22</sup> Putusan MK Nomor 11-17/PUU-I/2003 hlm 37.

<sup>23</sup> Putusan MK Nomor 1-2/PUU-XII/2014 hlm 116.

<sup>24</sup> Putusan MK Nomor 33/PUU-XIII/2015 hlm 149-150.

<sup>25</sup> Putusan MK Nomor 42/PUU-XIII/2015 hlm 69-70.

terorisme. Dalam putusan ini MK tidak secara tegas menyatakan hubungan antara kedua pasal. Pada satu sisi MK menyatakan bahwa segala hak dapat dibatasi kecuali ditentukan sebaliknya oleh UUD, bahwa berdasarkan Pasal 28J ayat 2 maka pembatasan dapat diberlakukan, namun tidak kepada ketentuan Pasal 28I ayat 1.<sup>26</sup> Meskipun mengakui *non-derogable rights* dalam Pasal 28I ayat 1, namun pada bagian pertimbangan lain MK juga menyatakan bahwa ketentuan retroaktif hanya dapat diberlakukan pada *extraordinary crime* yaitu pelanggaran HAM berat.<sup>27</sup> Jadi seberapa absolutkah sebenarnya ketentuan Pasal 28J ayat 2 sehubungan dengan Pasal 28I ayat 1?<sup>28</sup> Sikap MK yang lebih jelas terdapat dalam Putusan 65/PUU-II/2004 tentang asas non-retroaktif Pengadilan HAM. Dalam putusan *a quo*, MK menyatakan dalam pertimbangannya bahwa Pasal 28I ayat 1 tidak dapat dibaca berdiri sendiri melainkan harus bersama dengan Pasal 28J ayat 2.<sup>29</sup> Dari struktur

<sup>26</sup> Putusan MK Nomor 013/PUU-I/2003 hlm 42, MK menyatakan:

“[...] Negara tidaklah dapat menegasi UUD, karena jika demikian halnya, niscaya konstitusi telah menyayat-nyayat dagingnya sendiri (*de constitutie snijdt zijn eigen vlees*). Dengan mengacu pula kepada pendapat ahli Dr. Maria Farida Indrati, S.H., M.H. maka ketentuan Pasal 28 J ayat (2) UUD 1945 yang berisi kemungkinan untuk melakukan pembatasan hak asasi manusia tidak dapat diberlakukan terhadap Pasal 28I ayat (1), karena adanya anak kalimat (frasa) “dalam keadaan apapun”

<sup>27</sup> Putusan MK Nomor 013/PUU-I/2003 hlm 43-4.

<sup>28</sup> Sebagai catatan, dalam pertimbangan putusan ini MK juga menitikberatkan pada kaidah pengaturan dalam UU yang seharusnya bersifat umum dan abstrak.

<sup>29</sup> Putusan MK Nomor 65/PUU/II/2004 hlm 51, MK menyatakan:

Menimbang bahwa ketentuan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945, menyatakan bahwa hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut merupakan hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun. Meskipun rumusan harfiah demikian menimbulkan kesan seolah-olah bahwa hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut bersifat mutlak, namun sesuai dengan sejarah penyusunannya, Pasal 28I ayat (1) tidak boleh dibaca secara berdiri sendiri melainkan harus dibaca bersama-sama dengan Pasal 28J ayat (2). Dengan demikian maka akan tampak bahwa, secara sistematis, hak asasi manusia – termasuk hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut – tidaklah bersifat mutlak, karena dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dan wajib tunduk pada pembatasan yang ditentukan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin penegakan dan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain serta untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis sebagaimana diatur dalam Pasal 28J ayat (2).

Putusan MK Nomor 65/PUU/II/2004 Hlm 54, MK menyatakan:

Menimbang bahwa kendatipun Mahkamah berpendapat pengesampingan asas non-retroaktif dapat dibenarkan, bukanlah maksud Mahkamah untuk menyatakan bahwa pengesampingan demikian setiap saat dapat dilakukan tanpa pembatasan. UUD 1945 sendiri, Pasal 28J ayat (2), sebagaimana telah diuraikan di atas, telah menegaskan pembatasan dimaksud, yakni bahwa asas non-retroaktif hanya dapat disimpangi semata-mata demi menjamin pengakuan dan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan demi

pertimbangannya, terlihat kemiripan dari konstruksi pertimbangan Putusan 65/PUU-II/2004 terhadap konstruksi argumen dalam *dissenting opinion* yang terdapat dalam Putusan Nomor 013/PUU-I/2003. Untuk selanjutnya MK berpegang pada argumen yang menyatakan tunduknya ketentuan HAM kepada Pasal 28J ayat 2. Sekedar catatan, perihal mengenai pengecualian pada hak yang tertera dalam Pasal 28I ayat 1 perihal asas retroaktif kembali muncul Putusan 29/PUU-V/2007.<sup>30</sup>

Putusan Nomor 11-17/PUU-I/2003 beserta dengan 013/PUU-I/2003 MK dalam melakukan penafsiran memberikan titik berat pada konteks HAM. Putusan 11-17/PUU-I/2003 dalam konteks rekonsiliasi, dan Putusan 013/PUU-I/2003 dalam hal mempertahankan asas retroaktif dalam Pengadilan HAM. Pada Putusan 013/PUU-I/2003 MK mengakui *non-derogable rights* sembari memberikan pengecualian untuk Pelanggaran HAM Berat khususnya perkara masa lalu. Perubahan sikap MK dalam hal *non-derogable rights* ketentuan Pasal 28I ayat 1 pada putusan-putusan selanjutnya pun dapat dipahami sebagai dalam konteks yang demikian itu<sup>31</sup> yang pada perkembangan selanjutnya -dengan beberapa pengecualian tertentu- menjadi lebih kepada sifat kewenangan pembatasan negara.

Lebih jauh, bagaimanakah kedudukan Pasal 28J ayat 2 terhadap ketentuan HAM dalam Konstitusi? Perihal tersebut tercantum secara lebih tegas dalam Putusan 2-3/PUU-V/2007 perihal Pidana Mati. Dalam putusan *a quo* MK menyatakan bahwa berdasarkan penafsiran sistematis, ketentuan hak asasi manusia yang diatur dalam Pasal 28A sampai dengan Pasal 28I adalah tunduk terhadap ketentuan Pasal 28J.<sup>32</sup> Menariknya, dalam pertimbangan

---

memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis;

<sup>30</sup> Putusan MK Nomor 29/PUU-V/2007 hlm 223, MK menyatakan:

Bahwa dengan demikian, baik secara internasional/universal maupun secara nasional, HAM seseorang dalam hal tertentu dapat dibatasi. Bahkan untuk HAM yang dikategorikan sebagai *non-derogable rights* pun, misalnya hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut (*non-retroactive*) dapat dikesampingkan untuk pelanggaran HAM berat (*gross violence of human rights*) seperti kejahatan kemanusiaan dan genosida. Juga dalam HAM mengenai hak untuk hidup seperti yang tercantum dalam Pasal 28I ayat (1) dapat dibatasi oleh Pasal 28J ayat (2) UUD 1945;

<sup>31</sup> Dapat dipahami bahwa MK dihadapkan pada pilihan apakah mengakui *non-derogable rights* Pasal 28I ayat 1 dengan mengorbankan ketentuan retroaktif ataukah menggunakan ketentuan Pasal 28J ayat 2 yang mengatasi ketentuan *non-derogable* tapi mempertahankan asas retroaktif yang dipakai untuk menyelesaikan pelanggaran HAM Berat masa lalu. Sebagaimana diulas, MK pada awalnya mengatakan 28J ayat 2 tidak dapat dipergunakan terhadap Pasal 28I ayat 1 seraya memberi pengecualian khusus untuk mempertahankan asas retroaktif. Selanjutnya MK meninggalkan sikap tersebut dan mengambil sikap Pasal 28J ayat 2 sebagai pasal pamungkas.

<sup>32</sup> Putusan MK Nomor 2-3/PUU-V/2007 hlm. 412-3, MK menyatakan:

[...] tampak bahwa dilihat dari perspektif original intent pembentuk UUD 1945, seluruh hak asasi manusia yang tercantum dalam Bab XA UUD 1945 keberlakuannya dapat dibatasi. Original intent

Putusan *a quo* beberapa rujukan kaidah hukum oleh MK antara lain Putusan 65/PUU-II/2004 mengenai hubungan antara Pasal 28I ayat 1 dan Pasal 28J ayat 2, ketentuan dalam Pasal 29 ayat 2 UDHR, Pasal 32 ayat 1 Konstitusi RIS 1949, dan Pasal 33 UUDS 1950. Perujukan terhadap kaidah hukum tersebut oleh MK pada pokoknya adalah untuk menegaskan argumen bahwa pengaturan mengenai hak asasi adalah dapat dibatasi. Hanya saja, MK dalam putusan *a quo* tidak secara memuat secara komplit kaidah hukum dalam peraturan yang dirujuknya. Perihal tersebut nampak jelas dalam pernyataan MK yang menyatakan “[...] sejalan dengan sistematika pengaturan dalam Universal Declaration of Human Rights yang menempatkan pasal tentang pembatasan sebagai pasal penutup, yaitu Pasal 29 ayat (2) [...]”.<sup>33</sup> Dengan menyatakan Pasal 29 ayat 2 UDHR sebagai penutup, MK keliru dalam melihat bahwa ketentuan penutup dari UDHR adalah Pasal 30 yang lebih menitikberatkan pada pembatasan atas pembatasan demi menjaga keutuhan hak dalam pasal-pasal sebelumnya. Secara lebih tegas lagi, MK menyatakan dalam Putusan 56/PUU-XV/2017 perihal Penodaan Agama dengan menyatakan bahwa Pasal 28A-J haruslah tunduk terhadap Pasal 28J sebagai “Pasal Kunci”.<sup>34</sup> Kedudukan Pasal 28J ayat 2 ini juga tertuang dalam pertimbangan Putusan 2-3/PUU-V/2007 mengenai hukuman mati, Putusan No. 7/PUU-VII/2009 mengenai Pasal 160 KUHP, Putusan No. 42/PUU-VII/2010 mengenai LPSK, dan Putusan No. 52/PUU-X/2012 mengenai ambang batas parlemen.<sup>35</sup> Terlebih, mengenai pembatasan ini MK dalam Putusan No. 14/PUU-VI/2008 mengenai Penghinaan Presiden menyatakan dalam pertimbangannya bahwa tanpa ketentuan Pasal 28J ayat (2) sekalipun sudah harus dapat diandaikan bahwa dalam setiap hak melekat adanya pembatasan untuk kehidupan bersama. Bahwa kebebasan yang dimaksudkan bukanlah kebebasan “dengan sesuka hatinya”.<sup>36</sup>

---

pembentuk UUD 1945 yang menyatakan bahwa hak asasi manusia dapat dibatasi juga diperkuat dengan penempatan Pasal 28J sebagai pasal penutup dari seluruh ketentuan yang mengatur tentang hak asasi manusia dalam Bab XA UUD 1945 tersebut. Jadi, secara penafsiran sistematis (*sistematische interpretatie*), hak asasi manusia yang diatur dalam Pasal 28A sampai dengan pasal 28I UUD 1945 tunduk pada pembatasan yang diatur dalam Pasal 28J UUD 1945[...].

<sup>33</sup> Loc cit. Rujukan terhadap Pasal 29 ayat 2 UDHR juga terdapat dalam pertimbangan Putusan MK No. 19/PUU-V/2007 mengenai penyadapan KPK hlm 37-8, dan Putusan No. 29/PUU-V/2007 mengenai sensor film.

<sup>34</sup> Putusan 56/PUU-XV/2017 hlm 424-5. Dalam simpulannya MK juga menyatakan bahwa rezim HAM di Indonesia tidaklah bersifat tidak terbatas melainkan dibatasi oleh UU. Indonesia tidak menganut asas kemutlakan HAM (hlm 426).

<sup>35</sup> Putusan MK Nomor 2-3/PUU-V/2007 hlm 412-3, Putusan MK Nomor 7/PUU-VII/2009 hlm 66, Putusan MK Nomor 42/PUU-VIII/2010 hlm 85-6, Putusan MK Nomor 52/PUU-X/2012 hlm 87.

<sup>36</sup> Putusan MK Nomor 14/PUU-VI/2008 hlm 278-9.

MK tidak semata-mata menyatakan bahwa segala pembatasan adalah diperbolehkan. Dalam Putusan No. 34/PUU-XI/2013 mengenai PK dalam KUHAP MK menyatakan bahwa keadilan adalah bertalian dengan kebebasan dan kehidupan manusia yang merupakan hak asasi paling mendasar. Bahwa pencarian kebenaran materiil pidana adalah tidak berhubungan dengan ketentuan dalam Pasal 28J ayat 2 UUD 1945.<sup>37</sup> Argumen perihal hubungan rambu-rambu dalam Pasal 28J ayat 2 dengan relevansi pembatasan juga terdapat dalam Putusan 82/PUU-XI/2013 mengenai UU Ormas. Dalam putusan a quo, meskipun MK menyatakan bahwa pembatasan terhadap hak asasi adalah dimungkinkan namun MK juga memberikan penekanan mengenai ruang kebebasan warga negara sehingga pembentukan pembatasan tidaklah boleh bersifat eksekutif.<sup>38</sup>

Berdasarkan uraian ini dapat dikatakan pada satu sisi MK membenarkan pembatasan sebagai rezim HAM Indonesia yang tidak bersifat mutlak, namun pada sisi lain MK juga memberikan rambu-rambu mengenai bagaimana pembatasan itu dapat diberlakukan. Berdasarkan pada preseden yang telah dijelaskan sebelumnya, pembatasan menurut MK harus memenuhi beberapa unsur antara lain: mengacu pada bunyi pasal 28J ayat 2 yaitu (i) berdasarkan undang-undang untuk menghindarkan penyalahgunaan wewenang;<sup>39</sup> (ii) dilakukan semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain; (iii) dilakukan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai

<sup>37</sup> Putusan MK Nomor 34/PUU-XI/2013 hlm 87-8, MK menyatakan:

pembatasan yang dimaksud oleh Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 tersebut tidak dapat diterapkan untuk membatasi pengajuan PK hanya satu kali karena pengajuan PK dalam perkara pidana sangat terkait dengan hak asasi manusia yang paling mendasar yaitu menyangkut kebebasan dan kehidupan manusia. Lagi pula, pengajuan PK tidak terkait dengan jaminan pengakuan, serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan tidak terkait pula dengan pemenuhan tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam masyarakat yang demokratis;

<sup>38</sup> Putusan MK Nomor 82/PUU-XI/2013 hlm 120-1, MK menyatakan:

[...] Pengaturan ini sekaligus sebagai pembatasan agar kebebasan berserikat yang dimiliki warga negara tidak melanggar hak dan kebebasan warga negara lain. Di sisi lain, pembentuk Undang-Undang yang merepresentasikan kekuasaan negara dalam menyusun Undang-Undang juga tidak boleh semena-mena, terlebih bahwa Undang-Undang yang disusunnya mengatur mengenai keberadaan dan kebebasan warga negara yang dijamin dalam konstitusi. Negara juga harus memberi ruang kepada masyarakat untuk mengatur dirinya sendiri sepanjang tidak bertentangan dengan UUD 1945 dan peraturan perundang-undangan yang dibuat oleh negara;

[...] Menurut Mahkamah pengaturan dalam Undang-Undang adalah merupakan pembatasan, tetapi sepanjang pembatasan tersebut tidak eksekutif dan masih dalam rangka dengan maksud semata-mata untuk menghormati hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum maka pembatasan tersebut dapat dibenarkan.

<sup>39</sup> Lihat juga Putusan MK Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006 hlm 276, Putusan MK Nomor 006/PUU-I/2003 hlm 104, Putusan MK Nomor 5/PUU-VIII/2010 hlm 69.

agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis. Diluar daripada ketentuan sebagaimana tertera dalam bunyi Pasal *a quo*, MK juga menyatakan bahwa suatu pembatasan haruslah memenuhi kaidah; (iv) disertai dengan alasan-alasan kuat, masuk akal, proporsional, tidak berlebihan; (v) tidak mengandung nuansa hukuman politik pada kelompok tertentu; (vi) relevansi pembatasan dengan Pasal 28J ayat 2; dan (vii) tidak bersifat eksekutif.

Pertanyaan lebih jauhnya, apakah rambu pagar pembatas dari MK ini telah mencukupi untuk menjaga keutuhan hak? Dari preseden yang ada, nampak bahwa sikap MK baik dalam hal penafsiran sistematis, original intent, teleologis maupun dalam hal melakukan komparasi dengan UDHR sekalipun,<sup>40</sup> MK menunjukkan sikap untuk lebih condong kepada pembatasan. Tentu, hal ini juga tidak dapat dilepaskan dari konstruksi struktur pasal yang membuat MK menjadi demikian. Titik berangkat dari justifikasi atas pembatasan tersebut adalah perubahan sikap MK dalam keterkaitan antara Pasal 28I ayat 1 dengan 28J ayat 2 mengenai eksistensi *non-derogable rights* dalam Putusan Nomor 013/PUU-I/2003 yang kemudian secara konsisten sepenuhnya ditanggalkan dalam putusan-putusan selanjutnya. Terlihat bahwa putusan-putusan yang berpijak dengan Pasal 28J ayat 2 adalah bersandar kepada logika yang dibangun dalam *dissenting opinion* dari putusan *a quo*.<sup>41</sup>

Pada bagian sebelumnya, telah diterangkan bagaimana perumusan Pasal 28I dan Pasal 28J, khususnya Pasal 28J ayat 2 merupakan perumusan norma yang “baru” dalam konstitusi di Indonesia. Kebaruan tersebut mengacu pada beberapa aspek, pertama, untuk pertama kalinya dalam Konstitusi Indonesia kata “agama” masuk sebagai salah satu unsur dalam pembatasan hak-hak, yang jelas tidak terdapat dalam Pasal 32 ayat 1 UUD RIS 1949, Pasal 33 UUDS 1950, maupun Pasal 40 draft Konstitusi Dewan Konstituante. Kedua dan yang paling penting adalah UUD 1945 tidak memuat ketentuan mengenai pembatasan atas pembatasan yang sebelumnya terdapat dalam Pasal 33 UUD RIS 1949, Pasal 34 UUDS 1950, dan Pasal 41 draft Dewan Konstituante. Bahkan apabila dikatakan bahwa Pasal 28 J ayat 2 adalah diperbandingkan dengan Pasal 29 UDHR, maka perbandingan tersebut juga tidaklah komplis karena tidak menyertakan ayat 3 dari ketentuan Pasal 29 UDHR. Selanjutnya

<sup>40</sup> Untuk penafsiran sistematis dan original intent lihat dalam catatan kaki nomor 33, Penafsiran teleologis lihat dalam catatan kaki nomor 35 dan 37, Perbandingan dengan UDHR dalam catatan kaki nomor 34.

<sup>41</sup> Dalam putusan tersebut, empat hakim mengajukan *dissenting opinion*. Putusan-putusan MK selanjutnya tentang Pasal 28J ayat 2 dan hubungannya dengan *non-derogable rights* mengacu pada argumen *dissenting opinion* tersebut. Sebagai catatan, pendapat Maria Farida sebagai ahli yang dikutip dalam pertimbangan Putusan Nomor 013/PUU-I/2003 mengenai kedudukan Pasal 28J ayat 2 ini sejalan dengan *dissenting opinion* dari H. Achmad Roestandi, Laica Marzuki, dan Maruarar Siahaan dalam Putusan MK Nomor 2-3/PUU-V/2007.

dalam perspektif MK, melalui penggunaan dalam pertimbangan dalam sejumlah putusannya menunjukkan “cara baca” dari Pasal 28J ayat 2 yang sebelumnya, ketentuan sabuk pengaman ini diperlukan terutama sehubungan dengan kaidah HAM itu sendiri yaitu untuk mencegah negara menjadi monster. Dalam konteks keadilan transisional pasca rezim otoriter maka ketiadaan norma yang mengatur pembatasan atas pembatasan ini menimbulkan kekhawatiran perihal pembatasan atas kekuasaan negara dalam melakukan pengaturan atas hak-hak asasi manusia. Padahal, pembatasan atas kekuasaan eksekutif negara ini seharusnya menjadi satu bagian integral yang tidak terpisahkan dengan ketentuan mengenai bentuk dan kedaulatan negara, khususnya Pasal 1 ayat 2 dan ayat 3 UUD 1945 yang pada pokoknya menyatakan bahwa kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut UUD dan bahwa Indonesia adalah negara hukum. Sementara itu, ketentuan yang menyatakan “berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar” dan “negara hukum” pada akhirnya tunduk pada ketentuan Pasal 28I ayat 5 dan terutama Pasal 28J ayat 2 UUD 1945. Hal ini persis sebagaimana juga diungkapkan oleh Harjono dalam pembahasan perubahan kedua UUD 1945 bahwa “[...] *tidak ada satu negarapun yang menyatakan betapapun dia totaliter menyatakan tidak berdasar atas hukum [...]*”.<sup>42</sup> Jadi dapat dikatakan bahwa meskipun pada satu sisi terdapat kesadaran akan esensi dari *rechstaat* dan penolakan terhadap *machtstaat*, namun pada sisi lain desain konstitusi dalam Pasal 28J ayat 2 justru membuka “celah” bagi negara untuk masuk terlalu dalam membatasi hak-hak asasi yang tertuang dalam pasal-pasal sebelumnya.

Kekhawatiran akan “celah konstitusional” sebagaimana disebutkan bertumpu pada beberapa pengalaman yang diterangkan sebagai berikut.<sup>43</sup> *Pertama* adalah celah konstitusional yang terdapat dalam pengalaman Republik Weimar sebagaimana diutarakan oleh Carl Schmitt. Dalam perspektif Schmitt, pemerintahan diktator pada Weimar adalah diperbolehkan berdasarkan pada ketentuan Pasal 48 Konstitusi Weimar yang memungkinkan Presiden untuk bertindak secara tidak terbatas atas nama keadaan genting negara yang sekaligus memisahkan -dalam skema Schmitt- antara “*Commisarial Dictatorship*” dan “*Sovereign Dictatorship*”.<sup>44</sup> Pada kenyataannya,

---

<sup>42</sup> Op Cit Naskah Komprehensif hlm 269.

<sup>43</sup> Walaupun Diktator juga muncul tidak semata-mata dikarenakan adanya celah konstitusional melainkan juga kepada kekuatan daya paksa. Tulisan ini lebih berfokus pada pencegahan dan penciptaan sistem jaminan hak melalui struktur pasal normatifnya.

<sup>44</sup> Perbedaan antar keduanya secara ringkas adalah antara “diktator sementara/diktator konstitusional” untuk memulihkan keadaan genting dan diktator yang bengis yang hendak seluruhnya mengganti tatanan baru. Lihat dalam William E. Scheuerman. *States of Emergency*

pemisahan antara keduanya menjadi sia-sia. Nazi memanfaatkan kebakaran misterius di Reichstag beberapa saat sebelum Pemilu tahun 1933 dengan kelompok komunis menjadi kambing hitam untuk mengaktifkan Ketentuan Pasal 48 Konstitusi Weimar. Dari aktivasi keadaan genting tersebut Hitler naik tampuk kekuasaan, dan sisanya adalah sejarah.<sup>45</sup> *Kedua*, menilik pada negara-negara yang memiliki pengalaman kelam rezim otoriter umumnya memasukkan fitur pengaman dalam konstitusinya.<sup>46</sup> Timor Timur misalnya, menyatakan pada Pasal 23 bahwa seluruh penafsiran akan hak-hak asasi yang terdapat dalam konstitusinya harus dibaca selaras dengan UDHR.<sup>47</sup> Demikian pula dengan ketentuan pembatasnya yang menyatakan bahwa pembatasan hanya dapat dilakukan dengan hukum semata-mata untuk melindungi hak-hak dan untuk kondisi yang tertera dalam konstitusi.<sup>48</sup> Konstitusi Timor Timur juga memberikan batasan dalam hal keadaan darurat negara baik dalam hal kondisi pengaktifan keadaan darurat, kejelasan akan jangka waktu, dan hak-hak yang tidak dapat disimpangi bahkan dalam keadaan darurat.<sup>49</sup> Salah satu

---

dalam Jens Meierhenrich & Oliver Simons (eds). *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*. Oxford University Press. New York. 2016. Hlm 553.

<sup>45</sup> Lihat dalam Ulrich K. Preus. *Carl Schmitt and The Weimar Constitution* dalam *ibid* hlm 482.

<sup>46</sup> Persis sebagaimana pula sikap positif Dewan Konstituante terhadap HAM yang berangkat dari pengalaman kekejian pada masa kolonial-penjajahan. Op Cit Adnan Buyung Nasution. *Aspirasi Pemerintahan...* hlm. 133.

<sup>47</sup> Section 23 Constitution of East Timor:

Fundamental rights enshrined in the Constitution shall not exclude any other rights provided for by the law and shall be interpreted in accordance with the Universal Declaration of Human Rights.

<sup>48</sup> Section 24 Constitution of East Timor:

1. Restriction of rights, freedoms, and guarantees can only be imposed by law in order to safeguard other constitutionally protected rights or interests and in cases clearly provided for by the Constitution.
2. Laws restricting rights, freedoms and guarantees have necessarily a general and abstract nature and may not reduce the extent and scope of the essential contents of constitutional provisions and shall not have a retroactive effect.

<sup>49</sup> Section 25 Constitution of East Timor:

1. Suspension of the exercise of fundamental rights, freedoms and guarantees shall only take place if a state of siege or a state of emergency has been declared as provided by the Constitution.
2. A state of siege or a state of emergency shall only be declared in case of effective or impending aggression by a foreign force, of serious disturbance or threat of serious disturbance to the democratic constitutional order, or of public disaster.
3. A declaration of a state of siege of emergency shall be substantiated, specifying rights, freedoms and guarantees the exercise of which is to be suspended,
4. A suspension shall not last for more than thirty days, without prejudice of possible justified renewal, when strictly necessary, for equal periods of time.
5. In no case shall a declaration of a state of siege affect the right to life, physical integrity, citizenship, non retroactivity of the criminal law, defence in a criminal case and freedom of conscience and religion, the right not to be subjected to torture, slavery or servitude, the right not

tilikan lain yang layak untuk diajukan disini adalah pengalaman dari Afrika Selatan pasca-apartheid. Konstitusi Afrika Selatan menyatakan bahwa seluruh ketentuan *bill of rights* adalah tunduk pada pembatasan yang tercantum dalam Pasal 36. Ketentuan dalam Pasal *a quo* menyebutkan bahwa pembatasan atas hak-hak hanya dapat dilakukan apabila semata-mata berdasar pada martabat manusia, kesetaraan dan kebebasan, serta memperhatikan faktor-faktor yang terdapat dalam Pasal 36 ayat 1 dimana diluar itu, tidak dapat diberlakukan pembatasan atas hak asasi manusia.<sup>50</sup> Lebih jauh lagi, Konstitusi Afrika Selatan juga mencantumkan secara detail antara *derogable* dan *non-derogable rights* dalam situasi *states of emergency* sebagaimana yang terdapat dalam Pasal 37 Konstitusi Afrika Selatan. Baik Timor Timur maupun Afrika Selatan berangkat dari titik yang sama, yaitu pengalaman atas rezim otoriter pada masa sebelumnya dimana pembatasan atas kekuasaan negara itu dilakukan sebagai ikhtiar untuk menghindarkan terulangnya peristiwa serupa. Persis dari situlah “lubang” yang tidak terdapat dalam Konstitusi Indonesia yang sekaligus merupakan alasan *ketiga*, yaitu kelemahan inheren yang terdapat dalam UUD 1945 sebelum amandemen. Kekuasaan eksekutif yang terlalu besar, sistem *check and balances* yang lemah, banyaknya pengaturan melalui undang-undang, beberapa ketentuan yang ambigu, dan terakhir, terlalu bertumpu pada aktor alih-alih sistem yang berakibat pada rezim otoriter Orde Baru.<sup>51</sup> Segegap kelemahan itu pula yang membuat rezim Orde Baru menjadi demikian dominan dan menguasai setiap lini kekuasaan. Ketiadaan fitur pengaman hak dalam konstitusi sebagaimana telah dijelaskan, mengulang kelemahan perihal kebergantungan pada aktor alih-alih jaminan yang pasti dalam Konstitusi.

## Penutup

---

to be subjected to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, and the guarantee of non-discrimination.

6. Authorities shall restore constitutional normality as soon as possible.

<sup>50</sup> Art. 36 Constitution of South Africa

(1) The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including-

a the nature of the right;

b the importance of the purpose of the limitation;

c the nature and extent of the limitation;

d the relation between the limitation and its purpose; and

e less restrictive means to achieve the purpose.

(2) Except as provided in subsection (1) or in any other provision of the Constitution, no law may limit any right entrenched in the Bill of Rights.

<sup>51</sup> Op Cit Denny Indrayana. Hlm 92.

Dari uraian yang telah disampaikan, bagian penutup ini memberikan penekanan ulang masing-masing sebagai berikut. Pertama, ketentuan dalam UUD 1945 pasca amandemen hanya memberikan pengaturan secara parsial saja yang ditujukan kepada rights holder sebagaimana ditekankan dalam Pasal 28J ayat 2 dan tidak kepada duty bearer sebagaimana ditekankan kepada Pasal 30 UDHR. Ketentuan dalam UUD 1945 pasca amandemen juga menghasilkan untuk pertama kali tidak adanya pembatasan atas pembatasan yang sebelumnya terdapat baik dalam UUD RIS 1949, UUDS 1950, maupun draft konstitusi Dewan Konstituante. Kedua, dari preseden yang terdapat dalam sejumlah Putusan MK menunjukkan celah tersebut tidak sepenuhnya dapat ditutup, antara lain karena dalam pertimbangannya MK lebih menitikberatkan pada pembatasan. Ketiga, berkaca dari pengalaman sebelum amandemen UUD 1945, ketiadaan pembatasan atas pembatasan ini memberi celah konstitusi sehingga berpotensi menjadi “pintu masuk” bagi negara/penguasa untuk melakukan pembatasan terlalu jauh yang menyimpangi hak-hak yang tercantum. Terakhir meski bukan yang paling akhir, pentingnya sabuk pengaman sebagaimana diuraikan dalam tulisan ini harus diletakkan dalam konteks penjagaan atas hak asasi itu sendiri. Bahwa hak asasi sesungguhnya memiliki titik berat untuk membatasi negara/penguasa dan bukan sebaliknya.

## Referensi

- Asshiddiqie, Jimly. *Komentar atas Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*. Sinar Grafika. 2013.
- Bunnell, Frederick P. Guided Democracy Foreign Policy: 1960-1965 President Sukarno Moves from Non-Alignment to Confrontation. *Indonesia* No. 2 (Oct. 1966).
- Fernida, Indria. *Calling for truth about mass killings of 1965/6, Civil Society Initiatives in revealing the truth of mass killings of 1965/6 under transitional justice framework in Indonesia*. Master Tesis di Faculty of Law, University of Oslo, 2014.
- Indrayana, Denny. *Indonesian Constitutional Reform 1999-2002, an Evaluation of Constitution-Making in Transition*. Doctorate Thesis di Faculty of Law The University of Melbourne. 2005.
- Mackie, J.A.C.. Indonesian Politics under Guided Democracy. *Australian Outlook*. 15:3, 1961.

- Moyn, Samuel. *The Last Utopia, Human Rights in History*. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, London. 2010
- Nasution, Adnan Buyung. *Aspirasi Pemerintahan Konstitusional di Indonesia, Studi Sosio-Legal atas Konstituante 1956-1959*. Pustaka Utama Grafiti & Eka Tjipta Foundation. Cetakan Ketiga. Jakarta. 2009.
- Notosoetardjo, H.A.. *Proses Kembali Kepada Djiwa Proklamasi 1945*. Cetakan Kedua. Lembaga Penggali dan Penghimpun Sedjarah Revolusi Indonesia, Pencetakan Endang. Djakarta. 1964.
- Preus, Ulrich K.. Carl Schmitt and The Weimar Constitution dalam Jens Meierhenrich & Oliver Simons (eds). *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*. Oxford University Press. New York. 2016.
- Scheuerman, William E.. States of Emergency dalam Jens Meierhenrich & Oliver Simons (eds). *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*. Oxford University Press. New York. 2016.
- Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi. *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonsia Tahun 1945 Latar Belakang, Proses, dan Hasil Pembahasan 1999-2002. Buku VIII Warga Negara dan Penduduk, Hak Asasi Manusia dan Agama*. Jakarta. 2010.
- Sekretariat Negara Republik Indonesia. *Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI) 28 Mei 1945 - 22 Agustus 1945*. Jakarta. 1995.
- Supomo. *Undang-Undang Dasar Sementara Republik Indonesia Dengan Sekedar Tjataan dan Keterangan dibawah Tiap-Tiap Pasal*. Tjetakan Kesembilan. Noordhoff-Kolff N.V. Djakarta. 1958.