

DEMOKRASI TANPA DEMOS

Refleksi 100 Ilmuwan
Sosial Politik Tentang
Kemunduran Demokrasi
di Indonesia

Editor:
Wijayanto, Aisah Putri Budiatri
Herlambang P Wiratraman

LP3ES



Editor:

Wijayanto • Aisah Putri Budiatri • Herlambang P Wiratraman

Demokrasi Tanpa *Demos*

**Refleksi 100 Ilmuwan Sosial Politik
Tentang Kemunduran Demokrasi di Indonesia**

LP3ES



Perpustakaan Nasional: Katalog Dalam Terbitan (KDT)

Demokrasi tanpa demos : refleksi 100 ilmuwan sosial politik tentang kemunduran demokrasi di Indonesia / editor, Wijayanto, Aisah Putri Budiatri dan Herlambang P. Wiratraman. – Depok : Pustaka LP3ES (Lembaga Penelitian, Pendidikan, dan Penerangan Ekonomi dan Sosial), 2021.

xl + 952 hlm. ; 23 cm.

ISBN 978-602-7984-71-4

1. Demokrasi – Indonesia. I. Wijayanto. II. Aisah Putri Budiatri. III. Herlambang P. Wiratraman

Cetakan pertama, September 2021

Penerbit LP3ES, anggota Ikapi

Jl. Pangkalan Jati No. 71

Cinere, Depok - 16513

Telp. 021-2765 4119. E-mail: lp3es@lp3es.or.id

Diterbitkan atas kerja sama dengan Universitas Diponegoro

Hak cipta © LP3ES, 2021

Asisten Editor: Gita Nindya Elsitra, Lya Anggraini

Penerjemah: Aisah Putri Budiatri, Lya Anggraini, dan Gita Nindya Elsitra

Disunting oleh: Malik Ruslan

Desain sampul: Alanbosa

Dicetak oleh: CV Dewandaru Print

Daftar Isi

| | |
|--|------|
| Kata Sambutan <i>Didik J Rachbini</i> | xiii |
| Demokrasi Tanpa <i>Demos</i>: Sebuah Pengantar <i>Wijayanto, Aisah Putri Budiatri dan Herlambang P. Wiratraman</i> | xvi |
| BAGIAN 1: AGAMA, NEGARA DAN DEMOKRASI | 1 |
| • Demokrasi, Agama, dan Negara di Indonesia Pasca-Soeharto <i>Bowo Sugiarto</i> | 3 |
| • Penodaan Agama dan Ketertiban Umum di Indonesia Kontemporer <i>Daniel Peterson</i> | 15 |
| • Islamisme dan Kemunduran Demokrasi di Indonesia: Problema dan Tantangan ke Depan <i>Luthfi Makhasin</i> | 31 |
| • Politik Penyertaan dalam Islam dan Demokrasi di Indonesia <i>Yanwar Pribadi</i> | 42 |
| • Perpecahan Politik Islam dan Kemunduran Demokrasi di Indonesia <i>Diego Fossati</i> | 54 |

- **Keluar dari Defisit Demokrasi: Persoalan Budaya dan Jati Diri** 619
Zacky Khairul Umam
- **Penundaan Abstraksi Demokrasi dan Demokrasi Keindonesiaan** 627
Musa Maliki
- **Merajut Kebhinnekaan Kita sebagai Negara-Berbangsa: Refleksi 75 Tahun Indonesia** 641
Saiful Mujani

- BAGIAN 10: POLITIK KEWARGAAN** 653
- **Covid-19 dan Kebingungan Masyarakat: Cermin Demokrasi Semu di Indonesia** 655
Citra Indah Lestari dan Lintang Ratri Rahmiaji
- **Ancaman *Constitutional Retrogression* dan Membaca Peluang *Constitutional Complaints*: Konsolidasi Demokrasi lewat Negara Hukum** 668
Mirza Satria Buana ✓
- **Mandeknya Keadilan Transisi dan Peran Masyarakat Sipil di Indonesia** 681
Sri Lestari Wahyuningroem
- **Merosotnya Ruang Publik untuk Kritik dan Protes** 699
Usman Hamid
- **Penjinakan Intelektual dan Serangan Terhadap Kebebasan Akademik** 714
Herlambang P Wiratraman
- **Warga Tanpa Hak: Mengapa Perampasan Tanah Mudah Dilakukan di Indonesia** 731
Ward Berenschot dan Ahmad Dhiaulhaq

- BAGIAN 11: PEMBANGUNAN EKONOMI, KESEJAHTERAAN DAN DEMOKRASI** 747
- **Demokrasi dan Pembangunan Ekonomi** 749
Faisal Basri

Ancaman *Constitutional Retrogression* dan Membaca Peluang *Constitutional Complaints*: Konsolidasi Demokrasi Lewat Negara Hukum

Mirza Satria Buana*

Pendahuluan

Dalam beberapa literatur politik maupun hukum, ada banyak analisis yang menggambarkan terjadinya pergeseran bandul politik-hukum di Indonesia dari demokrasi pasca otoritarian progresif menuju ke arah semi-otoritarian. Kajian yang paling kontemporer dan tajam adalah dari Powers (2018) yang menyebutkan bahwa proses demokratisasi dihalangi oleh kepentingan-kepentingan politik predatorik.¹ Pasca Pemilu 2019, kekuasaan oposisi menjadi sangat lemah, terutama ketika Ketua Partai Gerindra, Prabowo Subianto memutuskan bergabung dengan Pemerintah.² Konsekuensi dari politik 'harmoni' ini adalah hilangnya oposisi kritis sehingga tidak ada proses *checks and balances* yang berkualitas dan substantif dalam pemerintahan.

*Mirza Satria Buana adalah Pengajar mata kuliah Hukum dan Hak Asasi Manusia dan Perbandingan Hukum Tata Negara di Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat. Gelar S-1 didapatkan di Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat (2005), S-2 di Program Magister Hukum Universitas Islam Indonesia (2010), dan S-3 (Ph.D) diraih dari TC Beirne School of Law, University of Queensland, Australia (2017). Penulis aktif di organisasi Serikat Pengajar Hak Asasi Indonesia (SEPAHAM).

¹Thomas Power, "Jokowi's Authoritarian Turn and Indonesia's Democratic Decline", *Bulletin of Indonesian Economic Studies* 54(3), 2018.

²Willy Masaharu & Horman Siregar, "Jokowi Offers Ministerial Positions to Bring Prabowo and Gerindra Into Fold, *Jakarta Globe*, June 7th 2019, dalam <https://jakartaglobe.id/news/jokowi-offers-ministerial-positions-to-bring-prabowo-and-gerindra-into-fold/>.

Konsekuensinya adalah sepanjang tahun 2019 bahkan sampai sekarang, proses pembentukan perundang-undangan dilakukan dengan tergesa-gesa dan minim partisipasi publik. Gejala anomali legislasi tersebut dikenal dengan sebutan legislasi terburu-buru atau *hasty law-making*.³ Legislasi terburu-buru dapat dilihat lewat proses kilat revisi Undang-Undang KPK, perubahan Undang-Undang Minerba, dan yang terakhir adalah Undang-Undang Cipta Kerja yang dibahas dan disahkan dalam kondisi darurat kesehatan Covid-19.⁴ Sedangkan Pemerintah bergeming untuk melakukan revisi Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik (ITE) yang telah banyak memakan korban masyarakat sipil. Hukum seakan memiliki dua wajah: akomodatif terhadap kepentingan pasar dan elite, namun bengis terhadap rakyat papa. Ini selaras dengan konteks Peru di zaman penguasa Oscar Benavides (1876-1945) yang menyeru: "*For my friends, anything. For my enemies, the laws.*" Gejala-gejala tersebut di atas mengkonfirmasi bahwa telah terjadi penurunan derajat demokrasi legislasi dan keroposnya pemahaman dan aktualisasi prinsip negara hukum di Indonesia. Huq & Ginsburg (2018) menyebut Proses sistematis dan berkelanjutan untuk menurunkan marwah negara hukum yang konstitusional tersebut sebagai *constitutional retrogression*.⁵

Selain carut-marut tatanan regulasi seperti disebutkan di atas, isu-isu pelanggaran atas hak-hak konstitusional warga negara juga kerap terjadi. Misal, dalam rentang waktu 2019-2020, telah terjadi beberapa kasus dan gugatan ke pengadilan. Pengadilan Negeri Palangkaraya menerima dan memberi putusan terhadap kasus dugaan Perbuatan Melawan Hukum Pemerintah terhadap kasus asap di Provinsi Kalimantan Tengah. Gugatan *Citizen Lawsuit* tersebut berhasil dimenangkan di Pengadilan Negeri,⁶ dikuatkan oleh Pengadilan Tinggi Palangkaraya,⁷ dan kembali diperkuat lagi

³Andrew Lynch, "Hasty Law-making Diminishes Law Itself", *Australian Policy Online*, 4 April 2010, dalam <https://apo.org.au/node/5317>.
⁴Norman Harsono, "House approves revised Mining Law amid outcry", *The Jakarta Post*, dalam <https://www.thejakartapost.com/news/2020/05/12/house-approves-revised-mining-law-amid-outcry.html>.
⁵Aziz Huq dan Tom Ginsburg, "How to Lose a Constitutional Democracy", *UCLA Law Review*, 65 78, 2018.
⁶Putusan Pengadilan Negeri Palangkaraya Nomor 118/Pdt.G/2016/PN PLK.
⁷Putusan Pengadilan Tinggi Palangkaraya Nomor 36/PDT/2017/PT PLK.

dalam kasasi di Mahkamah Agung.⁸ Kebijakan mematikan akses internet di Papua oleh Pemerintah juga dibawa ke pengadilan dan diputuskan oleh pengadilan bahwa kebijakan tersebut adalah kebijakan/tindakan yang berlebihan.⁹ Selain itu, kebijakan Pemerintah menaikan iuran BPJS juga ditantang di 'meja hijau', dan diputuskan oleh pengadilan sebagai perbuatan melawan hukum.¹⁰ Namun disayangkan bahwa putusan-putusan di atas tidak dipatuhi atau diabaikan oleh Pemerintah. Ini tentu adalah preseden buruk, karena Pemerintah sebagai pemegang mandat "negara hukum" seharusnya konsisten dengan mekanisme *checks and balances* dari kekuasaan kehakiman.

Walaupun pelaksanaan putusan-putusan di atas dianggap tidak efektif, kasus-kasus litigasi konkret tersebut dapat menjadi justifikasi faktual bahwa peradilan punya peran krusial menjaga marwah perlindungan hak-hak konstitusional warga negara dengan memberi akses keadilan (*access to justice*) kepada masyarakat, sekaligus menjadi penentu nasib masyarakat ketika berhadapan dengan kebijakan Pemerintah. Dengan kata lain, lembaga peradilan dapat menjadi medium konsolidasi demokrasi, dan oleh karenanya perlu untuk diperkuat secara kualitas maupun kualitas, untuk dapat memberi pemenuhan hak-hak konstitusional yang kerap ditelikung oleh kebijakan elitis Pemerintah.

Pembahasan

Untuk dapat memahami isu *constitutional retrogression* dalam konteks Indonesia, perspektif teoretik dan filosofis terhadap "negara hukum" perlu dipaparkan secara kritis. Dalam kaitan ini, dikotomi antara negara hukum "tipis" dan "tebal" dideskripsikan agar dapat memberi gambaran yang utuh dan komprehensif terhadap bangunan sistem negara hukum Indonesia.

⁸Putusan Mahkamah Agung Nomor 3555K/Pdt/2018.

⁹Lihat "Jokowi 'violates the law' for banning internet in Papua, court declares", dalam <https://www.thejakartapost.com/news/2020/06/03/jokowi-violates-the-law-for-banning-internet-in-papua-court-declares.html>.

¹⁰Baca, "Naikkan kembali iuran BPJS yang sudah dibatalkan MA, Jokowi dinilai menentang hukum", dalam <https://nasional.kompas.com/read/2020/05/13/13081031/naikkan-kembali-iuran-bpjs-yang-sudah-dibatalkan-ma-jokowi-dinilai-menentang?page=all>.

Negara Hukum “Tipis” vis-à-vis Negara Hukum “Tebal”

Dalam perspektif negara hukum “tipis” sejatinya yang lebih ditekankan adalah tugas negara dalam menjalankan wewenang atau kekuasaan hukumnya kepada masyarakat, ini yang kerap disebut sebagai *rule by law*: *power is exercised via law* (kekuasaan dijalankan lewat hukum).¹¹ Lebih lanjut tentang ‘tipis’nya peran dan tugas negara, hukum negara direduksi semata hanya soal legalitas formal (*formal legality*).¹² Pendapat ini juga disokong oleh filsuf hukum alam/kondrat baru (*neo-natural law*), semisal Fuller (1969),¹³ dan Finnis (1980).¹⁴ Namun dalam praktiknya, negara yang semata hanya memakai “legalitas formil” sebagai pijakan normatif negara kerap terkooptasi dalam jeratan politik otoritarian dan konservatif (*illiberal democracy*), hal ini pernah terjadi pada masa demokrasi terpimpin sampai pada masa Orde Baru di Indonesia.¹⁵ Hal yang serupa terjadi Singapura, negara maju yang dianggap memiliki hukum yang tegas dan dapat diprediksi sehingga mampu meningkatkan ketaatan dan ketertiban masyarakat terhadap hukum negara (*law abiding citizens*), namun negara abai terhadap hak-hak sipil dan politik warga negara.¹⁶ Ketika negara menjadi terlalu kuat, hukum mungkin dapat ditegakkan kepada rakyat, namun hukum dapat juga digunakan untuk menekan warga negara dan oposisi. Inilah dilema negara hukum “tipis” yang sangat rawan disalahgunakan oleh aktor politik sehingga menciptakan negara hukum yang berkarakter represif dan konservatif.¹⁷

Selain itu, ajaran negara hukum yang berbasis pada tradisi Eropa Kontinental (*rechtsstaat*) sebelum berakhirnya Perang Dunia II dianggap sebagai ajaran negara hukum yang “tipis” atau minimal karena menafikan prinsip kedaulatan rakyat (demokrasi)

¹¹Jørgen Høller, “The Advantages of A Thin View”, dalam Christopher May dan Adam Winchester (eds.), *Handbook on the Rule of Law* (Northampton: Edwar Edgar Publishing, 2018), hlm.29.

¹²Joseph Raz, *The Authority of Law: Essay on Law and Morality* (London: Clarendon Press, 1979), hlm.211.

¹³Lon Fuller, *The Morality of Law* (Yale: Yale University Press, 1969), hlm.39.

¹⁴John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (London: Clarendon Press, 1980), hlm.170.

¹⁵David Bourchier, *Illiberal Democracy in Indonesia: The Ideology of Family State* (London: Routledge, 2015).

¹⁶Jothie Rajah, *Authoritarian Rule of Law: Legislation, Discourse and Legitimacy in Singapore* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012).

¹⁷Martin Krygier, “The Rule of Law: Pasts, Presents, and Two Possible Futures”, *Annual Review of Law and Social Science*, 12, 2016, hlm. 209-210.

dalam proses pembangunan negara hukum. Paradigma hukum tersebut dapat dilacak dari pemikiran Habermas (1997) yang sedari awal tidak mencantumkan demokrasi dalam definisi negara hukum, dengan alasan bahwa keduanya merupakan entitas yang berbeda namun saling membutuhkan (*mutually constitutive*).¹⁸ Hal yang sama juga dilakukan oleh Schmitt (1928) juga mendikotomi antara “demokrasi” dengan “negara hukum”, dengan menerangkan demokrasi adalah aspek “politik” dari konstitusi, sedangkan “negara hukum” adalah instrumen untuk menjinakkan tirani mayoritas dalam demokrasi. Hilangnya marwah demokrasi dari negara hukum, menjadi justifikasi akademik dari Schmitt untuk mendukung rezim Nazi di Jerman.¹⁹ Namun dalam perkembangan pasca Perang Dunia II, Eropa Barat telah sepenuhnya menerima prinsip demokrasi dan HAM Internasional ke dalam “negara hukum”.²⁰ Sejatinnya, hadirnya persetujuan rakyat atas segala tindak-tanduk kebijakan negara adalah merupakan prinsip penting dalam ajaran negara hukum.²¹

Guna menjawab tantangan sosial-politik tersebut, negara hukum “mempertebal” ajaran normatifnya dengan menambahkan ajaran konstitusionalisme. Negara hukum menjadi bersifat “tebal”, di mana idealnya hukum ditegakkan guna membatasi tindak-tanduk politik dan kekuasaan negara. Agar hukum mampu “menjinakkan politik”, maka konstitusi haruslah berjangkar pada prinsip pemisahan kekuasaan yang merupakan ajaran untuk membatasi kekuasaan Pemerintah. Sejatinnya, doktrin pemisahan kekuasaan adalah manifestasi supremasi hukum (*rule of law*).²² Mekanisme pemisahan kekuasaan berkelindan dengan penghormatan terhadap HAM karena pemisahan kekuasaan tersebut menghindari kekuasaan mencederai hak-hak konstitusional warga negara, baik yang bersifat

¹⁸Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (London: John Wiley & Sons, 1997).

¹⁹Adriaan Bedner, “An Elementary Approach to the Rule of Law”, *The Hague Journal on Rule of Law*, 2 (1), 2010, hlm.48-74.

²⁰Adriaan Bedner, “The Promise of a Thick View”, dalam Christopher May dan Adam Winchester (eds.), *Handbook on the Rule of Law* (Northampton: Edward Edgar Publishing, 2018), hlm.38.

²¹Jørgen Høller dan S.E. Skaaning, *The Rule of Law: Definitions, Measures, Patterns, and Causes* (London: Palgrave Macmillan, 2004).

²²Albert V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, (8th ed, 1915) (Indianapolis: Reprinted, Liberty Fund, 1983), hlm.120.

'negatif' (hak sipil dan politik) maupun 'positif' (hak ekonomi, sosial dan budaya).

Dalam konteks pemenuhan terhadap Hak Asasi Manusia (HAM), Pemerintah—baik dalam arti luas maupun sempit—adalah pemangku kewajiban (*duty bearer*) dalam perlindungan dan pemenuhan HAM, dalam pengertian Pemerintah memiliki kewajiban untuk memastikan terlindungi dan terpenuhinya hak-hak (konstitusional) warga negara. Namun dalam perspektif politik, tidak dapat dinafikan suatu fakta bahwa, cabang kekuasaan eksekutif dan legislatif adalah institusi politik, yang tentu penuh kepentingan dan ambisi politik. Sehingga baik dalam teori maupun praktik, eksekutif dan legislatif tidaklah dapat dipisahkan secara paripurna,²³ karena keduanya lahir dalam rahim politik yang dinamis dan juga cenderung oportunistik-predatorik.

Peradilan Konstitusi dan Marwah Negara Hukum

Secara teoretik maupun praktik, hanya lembaga pengadilan (*judicial institution*) yang dianggap sebagai cabang kekuasaan yang harus netral dan merdeka dari kepentingan politik. Walaupun dalam beberapa praktik ketatanegaraan di negara-negara lain, hakim adalah jabatan yang dipilih secara politis, dan hakim juga kerap 'main mata' dengan politik. Anomali ini disebut sebagai *politicizing law*.²⁴ Namun kekuasaan kehakiman masih dianggap sebagai *the lesser evil* dibanding cabang-cabang kekuasaan politik lain, dan karena itulah kewenangan pengujian undang-undang untuk melakukan koreksi terhadap kebijakan dan produk legislasi Pemerintah diberikan kepada pengadilan. Lembaga peradilan lewat kewenangan *judicial review* dianggap mampu menjawab tantangan degradasi moral politik dalam wujud perundang-undangan dan kebijakan-kebijakan pejabat negara yang kontroversial bagi masyarakat. Perspektif ini dikenal dengan sebutan *judicialization of politics*, di mana peradilan dianggap mampu memperbaiki dan meluruskan anasir-anasir politik kekuasaan di suatu negara.²⁵

²³Ratnapala, Suri, *Australian Constitutional Law: Foundation and Theory* (Oxford University Press, 2003), hlm.12.

²⁴Björn Dressel (ed.), *The Judicialization of Politics in Asia* (Routledge Law in Asia, 2012).

²⁵Ran Hirschl, 'The Judicialization of Politics,' dalam Robert E. Goodin (ed.), *The Oxford Handbook of Political Science*, (Oxford: Oxford University Press, 2018), hlm.1.

Dalam konteks historis, terutama di Inggris dengan tradisi *common law*, teori dan praktik *judicial review* dengan tradisi melindungi HAM. Jauh sebelum kasus *Marbury vs. Madison* di Amerika Serikat, di Inggris pada masa doktrin *judge made law* begitu kuat, praktik *judicial review* telah lama dikenal dan dipraktikkan, misal dalam kasus *Dr. Bonham*, undang-undang parlemen (*Act of Parliament*) dapat dibatalkan oleh suatu putusan peradilan dengan alasan bertentangan dengan *common law*.²⁶ Yang membedakan kasus *Dr. Bonham* dengan *Marbury vs. Madison* hanyalah pada menggunakan konstitusi tertulis, sedangkan peradilan di Inggris hanya menggunakan *living law* tidak tertulis *common law*. Makna *judicial review* lebih luas karena batu uji yang digunakan untuk menilai dan menafsirkan undang-undang tidak selalu berupa konstitusi tertulis, namun dalam *constitutional review*, batu uji yang digunakan jelas adalah konstitusi tertulis.

Perlu ditekankan kembali bahwa kedua praktik *judicial review* baik di Inggris maupun di Amerika Serikat berjangkar pada tujuan yang sama: untuk melindungi hak-hak konstitusional warga negara. Salah satu caranya adalah dengan memastikan bahwa hukum (konstitusi) harus menjadi panglima dalam negara.²⁷ Dengan kata lain, dalam akar sejarah dan filosofis *common law*, HAM adalah alasan filosofis yang terutama dari *judicial review*. Kasus-kasus yang dibawa ke hadapan pengadilan adalah kasus-kasus litigasi konkret yang berpotensi kuat melanggar hak-hak konstitusional warga negara (*cases and controversies*). Itu sebabnya *judicial review* di *common law* bersifat konkret (*concrete review*). Hal yang berbeda dalam tradisi ketatanegaraan di *civil law*, karena *judicial review* diletakkan sebagai mekanisme penafsiran hukum konstitusi terhadap perundang-undangan, sehingga proses pengujian perundang-undangan memiliki mekanisme sendiri dan terlepas dari kontroversi litigasi dari masyarakat yang terdampak langsung oleh perundang-undangan tersebut.²⁸ Proses penafsiran terhadap nilai

²⁶*Dr. Bonham's Case* (1610) 8 Co. Rep. 114.

²⁷James Meernik dan Joseph Ignagni, "Judicial Review and Coordinate Construction of the Constitution", *American Journal of Political Science*, 41(2), 1997, hlm.450.

²⁸Alec Stone Sweet, "The Politics of Constitutional Review in France and Europe", *J-COM* 5(1), 2007, hlm.89.

konstitusi dimulai dari argumen yang abstrak (*abstract review*). Selain itu, penafsiran hakim juga tidak boleh terlalu bebas dan membentuk norma baru; hakim hanya diperbolehkan menjadi *negative legislator* yang melakukan koreksi terhadap norma, dan tidak boleh menjadi *positive legislator*. Dikotomi konseptual ini berjangkar dari pendapat Kelsen, walaupun sebenarnya dikotomi tersebut bersifat deskriptif, tidak preskriptif. Karena sebenarnya Kelsen tidak memberi penilaian normatif terhadap kedua konsepsi tersebut.²⁹

Dalam perspektif perbandingan hukum, dikotomi *common law* dan *civil law* tidak selalu bersifat ketat, dalam artian keduanya saling meminjam nilai-nilai konstitusional yang baik (*constitutional borrowing*). Sebagai contoh, Mahkamah Konstitusi Federal Jerman, Mahkamah Konstitusi Italia dan Mahkamah Konstitusi Spanyol mengadopsi mekanisme pengujian undang-undang yang berjangkar pada kasus-kasus konkret dan kontroversial lewat mekanisme *constitutional complaints*. Penulis berargumen bahwa mekanisme *constitutional complaints* dianggap perlu untuk memberi jaminan konstitusional yang lebih efektif kepada masyarakat, terutama dalam konteks negara pasca otoritarian seperti Indonesia.

Peran *Constitutional Complaints* dalam Konsolidasi Demokrasi

Menurut Palguna, dalam rentang waktu pendirian Mahkamah Konstitusi di Indonesia (2005–sekarang), sebenarnya secara praktikal, Mahkamah Konstitusi sudah banyak melakukan praktik *constitutional complaints* yang dilakukan lewat mekanisme formal pengujian suatu undang-undang.³⁰ Ada beberapa alasan kenapa adopsi *constitutional complaint* secara formal mengalami kendala. Pertama, secara kelembagaan, teori pembentukan Mahkamah Konstitusi dan pengujian undang-undang adalah model Kelsenian yang bifurkasi: dipisah antara Mahkamah Agung dengan Mahkamah Konstitusi; dan sekaligus bersifat sentralistik karena hanya lembaga

²⁹Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution [The Jurisdictional Protection of the Constitution]*, 44 R.D.P. 197, 1928.

³⁰Gede Dewa Palguna, "Constitutional Complaint and the Protection of Citizens' Constitutional Rights", *Constitutional Review* 3(1), 2017.

peradilan pusat/nasional saja yang memiliki kewenangan melakukan pengujian perundang-undangan. Misal, pengujian undang-undang terhadap konstitusi dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi; dan pengujian peraturan perundang-undang di bawah undang-undang dilakukan oleh Mahkamah Agung. Lewat *setting* di atas, tidak ada jalur atau koneksi antara proses adjudikasi/litigasi dengan pengujian undang-undang. Namun sebagaimana telah dijelaskan di atas, sistem bifurkasi juga dilakukan di Mahkamah Federal Jerman, dan dapat dimodifikasi dengan menggabung mekanisme *abstract review* dengan *concrete review*.

Kedua, adopsi *constitutional complaints* menysasar setidaknya dua isu konstitusional: (1) menyoal implementasi kebijakan perundang-undangan yang dijalankan oleh pejabat terkait, eksekusi atau tidak dieksekusinya suatu kebijakan dapat berdampak konkret terhadap hak-hak konstitusional warga negara; dan (2) menyoal adanya pelaksanaan atau tidak adanya pelaksanaan dari putusan-putusan peradilan oleh pejabat/pengambil kebijakan negara, yang mengakibatkan tercederainya hak-hak konstitusional warga negara. Kedua objek perkara ini dianggap sebagai kejahatan konstitusional terselubung yang kerap terjadi terutama dalam *setting* penurunan marwah demokrasi saat ini. Untuk objek pertama, dapat diselesaikan lewat mekanisme litigasi/adjudikasi ke peradilan umum dan administrasi. Namun pelaporan dan putusan peradilan umum kerap diabaikan oleh Pemerintah. Inilah urgensi objek isu kedua, di mana *constitutional complaints* diharapkan dapat memaksa Pemerintah untuk menaati putusan-putusan peradilan.

Mempertanyakan (*question*) dan mengadukan (*complaint*) putusan-putusan pengadilan atas pelaksanaannya atau tidak dilaksanakannya berpotensi melawan beberapa doktrin/asas hukum, misal *nebis in idem*, yang berarti satu tindakan tidak bisa diadili untuk kedua kalinya, maupun *res judicata*, di mana putusan pengadilan dianggap benar sampai dibuktikan (lewat mekanisme banding) sebaliknya. Namun asas-asas hukum juga memiliki pengecualian, terutama apabila disandingkan dengan prinsip-prinsip hak asasi manusia yang bersifat *habeas corpus* terkait hak dan kebebasan individual warga negara ketika berhadapan dengan sistem hukum negara. Dikenal juga prinsip *jus cogen* HAM yang bersifat universal dan

mengikat negara walaupun negara tersebut tidak melakukan ratifikasi terhadap kovenan dan konvensi HAM Internasional. Ditambah dengan alasan filosofis bahwa pemenuhan dan penegakan HAM adalah jangkar utama dari prinsip negara hukum (*rule of law*) dan konstitusionalisme. Ini secara normatif-filosofis ditegaskan dalam Pasal 1 Ayat (2) dan (3) Undang-Undang Dasar 1945: "Indonesia adalah negara hukum".

Pengadopsian mekanisme *constitutional complaints* harus juga diikuti dengan perubahan paradigma negara hukum, dari *old constitutionalism* menuju *new constitutionalism*. Dalam paradigma *new constitutionalism*, paham kekuasaan parlemen (*parliamentary sovereignty*) yang mendaku lembaga parlemen/badan legislatif sebagai pembuat hukum mutlak, telah ditinggalkan. Dalam *new constitutionalism*, cabang kekuasaan kehakiman diberi wewenang dan kepercayaan untuk melakukan terobosan hukum dan menafsirkan hukum tidak hanya untuk menjawab isu abstrak dalam perundang-undangan, namun juga menjawab permasalahan pelik hukum yang konkret di masyarakat, lewat mekanisme litigasi konstitusional. Hakim dan kekuasaan kehakiman, secara umum, bukanlah 'budak' parlemen/legislatif, namun sebagai penjaga nilai-nilai konstitusi negara. Praktik *judicial activism* yang berorientasi pada pembangunan sistem hukum berbasis HAM yang diikuti dengan akuntabilitas lembaga pengadilan (*principled instrumentalist court*) menjadi suatu keniscayaan dalam paradigma *new constitutionalism* tersebut (Buana, 2020).³¹

Penutup

Dengan mengadopsi mekanisme *constitutional complaint*, mau tidak mau hakim dan kekuasaan kehakiman secara umum harus berubah menjemput zaman. *Constitutional complaints* menyediakan jejaring antara proses litigasi/adjudikasi di peradilan-peradilan di bawah Mahkamah Agung dan proses *judicial review* di Mahkamah Konstitusi. Di sinilah kemudian muncul urgensi mekanisme *judicial review* (untuk undang-undang dan peraturan dibawah

³¹Mirza Satria Buana, "Legal-Political Paradigm of Indonesian Constitutional Court: Defending a Principled Instrumentalist Court", *Constitutional Review* 6(1), 2020.

undang-undang) hanya dilakukan oleh satu lembaga saja, yaitu di Mahkamah Konstitusi. Namun ke depannya perlu dipikirkan mekanisme *judicial review* yang dapat ditarik dari isu sengketa-sengketa litigasi yang bercorak pelanggaran HAM lewat mekanisme *constitutional complaint* dan *constitutional question*.

Idealnya, semua cabang-cabang kekuasaan kehakiman—tidak semata Mahkamah Konstitusi—harus berorientasi pada nilai-nilai Konstitusi. Inilah yang disebut sebagai litigasi konstitusional (*constitutional litigation*): setiap sengketa-sengketa litigasi, baik dalam kasus administratif, pidana, maupun perdata/privat harus memahami dan menggunakan nilai-nilai konstitusi dalam setiap putusannya. Hukum Konstitusi adalah jantung hukum bagi semua pranata-pranata hukum dalam negara. Inilah yang disebut Kelsen sebagai koherensi tertib konstitusi dalam bernegara (*a coherent legal order*). Pada akhirnya, pengadopsian mekanisme *constitutional complaints* harus melibatkan pengadopsian mekanisme *concrete review* yang berguna untuk membangun jejaring antara cabang-cabang kekuasaan kehakiman lain, untuk bersama-sama membangun pemahaman nilai-nilai konstitusi: penghormatan, penegakan, dan pemenuhan HAM. Inilah juga yang kerap disebut sebagai ikhtiar membangun konsitusionalisasi terhadap perlindungan HAM di lapangan kekuasaan kehakiman (*constitutionalization of human rights*).

Bibliografi

- Bedner, Adriaan. 2010. "An Elementary Approach to the Rule of Law". *The Hague Journal on Rule of Law*, 2(1).
- Bedner, Adriaan. 2018. "The Promise of a Thick View". Dalam Christopher May dan Adam Winchester (eds.), *Handbook on the Rule of Law*. Northampton: Edwar Edgar Publishing.
- Bourchier, David. 2015. *Illiberal Democracy in Indonesia: The Ideology of Family State*. London: Routledge.
- Buana, Mirza S. 2020. "Legal-Political Paradigm of Indonesian Constitutional Court: Defending a Principled Instrumentalist Court". *Constitutional Review* 6(1).

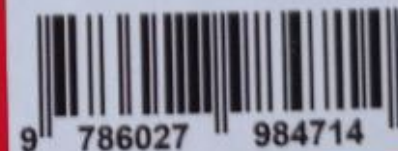
- Dicey, Albert V. 1983 (1915). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8th ed, 1915). Indianapolis: Reprinted, Liberty Fund.
- Dr Bonham's Case (1610) 8 Co. Rep. 114.
- Dressel, Björn. 2012. *The Judicialization of Politics in Asia*. Routledge Law in Asia.
- Finnis, John. 1980. *Natural Law and Natural Rights*. London: Clarendon Press.
- Firdaus, Febriana. 2020 (4 Mei). "Indonesians Fear Democracy is the Next Pandemic Victim". *Foreign Policy*. Dalam <https://foreignpolicy.com/2020/05/04/indonesia-coronavirus-pandemic-democracy-omnibus-law/>.
- Fuller, Lon. 1969. *The Morality of Law*. Yale: Yale University Press.
- Greenpeace Southeast Asia. 2019 (23 Juli). "President Jokowi must accept fires verdict and show he is serious about ending forest fires and people's suffering". Dalam <https://www.greenpeace.org/southeastasia/press/2830/president-jokowi-must-accept-fires-verdict-and-show-he-is-serious-about-ending-forest-fires-and-peoples-suffering/>.
- Habermas, Jurgen. 1997. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. London: John Wiley & Sons.
- Harsono, Norman. 2020. "House Approves Revised Mining Law Amid Outcry". Dalam <https://www.thejakartapost.com/news/2020/05/12/house-approves-revised-mining-law-amid-outcry.html>.
- Hirschl, Ran. 2018. "The Judicialization of Politics". Dalam Robert E. Goodin (ed.), *The Oxford Handbook of Political Science*. Oxford: Oxford University Press.
- Høller, Jørgen & S.E. Skaaning. 2004. *The Rule of Law: Definitions, Measures, Patterns, and Causes*. London: Palgrave Macmillan.
- Høller, Jørgen. 2018. "The Advantages of a Thin View". Dalam Christopher May dan Adam Winchester (eds.), *Handbook on the Rule of Law*. Northampton: Edwar Edgar Publishing.
- Huq, Aziz & Tom Ginsburg. 2018. "How to Lose a Constitutional Democracy". *UCLA Law Review*, 65 78.
- Kelsen, Hans. 1928. *La Garantie Juridictionnelle de la Constitution [The Jurisdictional Protection of the Constitution]*, 44 R.D.P. 197.
- Kompas. 2020 (13 Mei). "Naikkan kembali iuran BPJS yang sudah dibatalkan MA, Jokowi dinilai menentang hukum". Dalam <https://nasional.kompas.com/read/2020/05/13/13081031/naikkan-kembali-iuran-bpjs-yang-sudah-dibatalkan-ma-jokowi-dinilai-menentang?page=all>.

- Krygier, Martin. 2016. "The Rule of Law: Pasts, Presents, and Two Possible Futures". *Annual Review of Law and Social Science*, 12.
- Masaharu, Willy & Horman Siregar. 2019 (7 Juni). "Jokowi Offers Ministerial Positions to Bring Prabowo and Gerindra Into Fold". Dalam <https://jakartaglobe.id/news/jokowi-offers-ministerial-positions-to-bring-prabowo-and-gerindra-into-fold/>.
- Meernik, James & Joseph Ignagni. 1997. "Judicial Review and Coordinate Construction of the Constitution". *American Journal of Political Science*, 41(2).
- Palguna, I Gede Dewa. 2017. "Constitutional Complaint and the Protection of Citizens' Constitutional Rights". *Constitutional Review* 3(1).
- Power, Thomas. 2018. "Jokowi's Authoritarian Turn and Indonesia's Democratic Decline". *Bulletin of Indonesian Economic Studies* 54(3).
- Rajah, Jothie. 2012. *Authoritarian Rule of Law: Legislation, Discourse and Legitimacy in Singapore*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ratnapala, Suri. 2003. *Australian Constitutional Law: Foundation and Theory*. Oxford University Press.
- Raz, Joseph. 1979. *The Authority of Law: Essay on Law and Morality*. London: Clarendon Press.
- Sweet, Alec S. 2007. "The Politics of Constitutional Review in France and Europe". *I-CON* 5 (1).
- The Jakarta Post*. 2020 (3 Juni). "Jokowi 'violates the law' for banning internet in Papua: court declares". Dalam <https://www.thejakartapost.com/news/2020/06/03/jokowi-violates-the-law-for-banning-internet-in-papua-court-declares.html>.

de awal buku ini lahir pada penghujung tahun 2020 saat kami menggagas perlunya mengundang ilmuwan sosial politik dari seluruh dunia untuk menulis refleksi bersama atas situasi demokrasi di Indonesia dalam rangka ulang tahun ke-50 LP3ES yang jatuh pada 19 Agustus 2021. Forum itu kemudian kami beri nama Forum 100 Ilmuwan Sosial Politik. Di forum itu, 3-4 orang ilmuwan sosial politik dari berbagai negara di dunia hadir minggu, untuk berbicara di *webinar* LP3ES tentang berbagai tema, antara akhir Oktober 2020 hingga awal Juni 2021. Tercatat, ada 135 ilmuwan sosial politik (92 laki-laki dan 43 perempuan) yang bergabung bersama kami, baik berbicara dalam *webinar*, mengirimkan tulisan, ataupun berbicara dan mengirimkan tulisan sekaligus. Dari 135 ilmuwan tersebut, 77 orang (58 laki-laki dan 19 perempuan) diantaranya menuliskan refleksi kritis dan mempercayakan kepada kami untuk diterbitkan di dalam buku ini. Mereka tidak hanya ilmuwan sosial politik dari Indonesia, namun juga 19 *Indonesianist* dari berbagai negara: Kanada, Australia, Norwegia, Jerman, Tiongkok, Singapura, Inggris, Amerika, Belanda, Perancis dan Jepang.

Kami percaya para penulis itu hadir dengan satu niat tulus dan sederhana: memberikan kontribusi bagi kemajuan demokrasi di Indonesia. Dan barangkali, seperti halnya kami, mereka juga percaya bahwa satu generasi baru Indonesia yang dapat menjawab tuntutan zaman sudah saatnya untuk dilahirkan. Satu siklus dua puluh tahunan yang dimulai dari kelahiran Sumpah Pemuda 1928, Proklamasi Kemerdekaan 1945, pergerakan mahasiswa tahun 1965, Reformasi 1998, dan siapa tahu: 2021! Satu generasi yang lebih bercorak kosmopolitan, yang berisi orang-orang Indonesia ataupun bukan, yang berbagi nasib menyaksikan pandemi yang belum tentu 100 tahun sekali terjadi, yang benaknya prihatin memikirkan kemunduran Indonesia dan bersama-sama melakukan refleksi dalam buku ini! Semoga niat itu sampai ke langit lalu kembali turun ke bumi menjadi butiran-butiran air hujan yang menjadi penanda: *generasi baru akan segera lahir!*

ISBN 978-602-7984-71-4



18+

Harga P. Jawa Rp. 290.000