

# **BAB I**

## **PENDAHULUAN**

### **A. LATAR BELAKANG**

Amandemen ketiga Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD Tahun 1945) dapat dikatakan sebagai tonggak awal perubahan kekuasaan kehakiman di Indonesia. Pasal 24 Ayat (2) UUD Tahun 1945 menegaskan “*Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.*” Sebagai cabang kekuasaan kehakiman yang melaksanakan fungsi penegakan hukum terhadap pelaksanaan konstitusi dan aspek kehidupan kenegaraan, peranan Mahkamah Konstitusi menempati posisi yang cukup signifikan dalam sistem peradilan Indonesia.

Selanjutnya dalam Pasal 24C UUD Tahun 1945 diatur mengenai kewenangan dari Mahkamah Konstitusi yaitu mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-Undang (UU) terhadap Undang-Undang Dasar (UUD), memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum serta memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar. Sebagai langkah penguatan kelembagaan Mahkamah Konstitusi kemudian dibentuklah Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 sebagaimana diubah terakhir dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2014 tentang Mahkamah Konstitusi (UU MK).

Telah dikemukakan di awal bahwa salah satu kewenangan Mahkamah Konstitusi adalah mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara. Secara historis, gagasan untuk melakukan pengujian UU terhadap UUD sudah mulai muncul dalam rapat-rapat

BPUPKI pada tahun 1945 ketika menyusun UUD Tahun 1945.<sup>1</sup> Dapat diujinya suatu UU terhadap UUD berasal dari teori jenjang norma hukum Hans Kelsen, menurut teori tersebut norma hukum yang berada di bawah tidak boleh bertentangan dengan norma hukum di atasnya. Oleh karena norma hukum yang lebih tinggi merupakan sumber bagi norma hukum yang berada di bawah.<sup>2</sup> Disamping itu, pengujian UU terhadap UUD bermakna pula dalam upaya perlindungan hak asasi manusia dari kemungkinan pelanggaran hukum yang terjadi baik secara materil maupun formil pada saat UU itu dibuat dan berlaku. Perlindungan hukum oleh negara terhadap rakyatnya salah satunya dengan dibukanya jalan untuk mengajukan permohonan pengujian UU terhadap UUD Tahun 1945. Pemohon yang merasa dirugikan hak-hak konstitusionalnya dapat melakukan permohonan pengujian kepada Mahkamah Konstitusi, hal ini sejalan dengan apa yang diatur dalam Pasal 51 ayat (1) UU MK.

Dalam dinamikanya, Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Jo. Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE) telah 7 (tujuh) kali diajukan permohonan uji materiil ke Mahkamah Konstitusi (MK). Namun demikian, hanya 2 (dua) permohonan yang dikabulkan baik sebagian maupun seluruhnya. Adapun ketentuan dalam UU ITE yang telah dimohonkan kepada MK dan dikabulkan baik sebagian maupun sepenuhnya adalah Pasal 5 ayat (1) dan ayat (2), Pasal 31 ayat (4), dan Pasal 44 huruf (b).

Dalam Perkara Nomor 5/PUU-VIII/2010 Pemohon dalam permohonannya menguji materiil Pasal 31 ayat (4) UU ITE terhadap Pasal 28G ayat (1) dan Pasal 28J ayat (2) UUD Tahun 1945. Dalam permohonannya, para Pemohon mengemukakan bahwa hak konstitusionalnya telah dirugikan dan dilanggar oleh berlakunya Pasal 31 ayat (4) UU ITE terhadap UUD Tahun 1945, yaitu para Pemohon adalah warga negara Indonesia yang menggunakan beragam sarana komunikasi, termasuk namun tidak terbatas pada sarana komunikasi bergerak, e-mail,

---

<sup>1</sup> Sekretariat Negara Republik Indonesia, *Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) dan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI)*, Jakarta: 1995, hlm. 299-308.

<sup>2</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York: Russel & Russel, 2007, hlm. 112-113.

sms, dan lain lain, untuk menunjang kehidupan pribadi termasuk berkomunikasi dengan teman sekerja, sahabat, keluarga, maupun lingkungan para Pemohon secara luas. Para Pemohon merasakan bahwa ketentuan yang berkaitan dengan tata cara pelaksanaan intersepsi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 31 ayat (4) UU ITE yang mengamanatkan pengaturannya melalui suatu Peraturan Pemerintah dapat mengganggu atau mempunyai potensi kuat melanggar hak konstitusional dari para Pemohon.

Para Pemohon yang merasa dirugikan dengan berlakunya Pasal 31 ayat (4) UU *a quo* yaitu Anggara S.H. (Advokat/Direktur Program *Institute for Criminal Justice Reform*) sebagai Pemohon I, Supriyadi Widodo Eddyono S.H., (Advokat) sebagai Pemohon II, Wahyudi, S.H. (Peneliti) sebagai Pemohon III. Pemohon I dan Pemohon II adalah seorang advokat yang diangkat berdasarkan ketentuan UU Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat juga dilindungi hak dan kewenangannya untuk menjalankan profesinya secara bebas dan mandiri. Bahwa hak dan kewenangan yang dimiliki Pemohon I dan Pemohon II sebagai advokat tersebut ditegaskan berdasarkan Pasal 19 ayat (2) Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat, yang menyatakan, "Advokat berhak atas kerahasiaan hubungannya dengan Klien, termasuk perlindungan atas berkas dan dokumennya terhadap penyitaan atau pemeriksaan dan Perlindungan terhadap penyadapan atas komunikasi elektronik Advokat". Pemohon I dan Pemohon II sebagai advokat menggunakan beragam sarana komunikasi, yang tidak terbatas pada sarana komunikasi bergerak, termasuk e-mail, sms, dan lain-lain, untuk menunjang pekerjaan Pemohon I dan Pemohon II termasuk berkomunikasi dengan klien yang merupakan hubungan komunikasi yang tidak boleh dilakukan penyadapan. Pemohon I dan Pemohon II berpendapat ketentuan yang mengamanatkan pengaturan dan tata cara intersepsi sebagaimana diatur dalam Pasal 31 ayat (4) UU ITE akan merusak hak dan kewenangan Pemohon I dan Pemohon II sebagai seorang advokat yang harus menjalankan fungsinya secara bebas dan mandiri untuk dapat memastikan berlakunya hukum sebagaimana mestinya.

Pemohon III sebagai yang bekerja sebagai seorang Peneliti HAM dan Demokrasi menggunakan beragam sarana komunikasi untuk dapat menjalankan aktivitasnya dengan baik dan menghasilkan karya-karya riset yang dapat dipertanggungjawabkan keilmiahannya. Pemohon III sebagai seorang peneliti mengharuskan Pemohon III untuk berhubungan dan/atau mencari beragam sumber baik langsung ataupun tidak langsung untuk kelancaran pekerjaan dari Pemohon III. Sumber-sumber ini dapat juga berupa sumber-sumber yang sedang menjadi musuh pemerintah atau dari buku - buku yang dilarang beredar oleh Pemerintah. Bahwa proses hubungan ini membutuhkan komunikasi melalui beragam sarana komunikasi untuk dapat mencari, memperoleh, mendapatkan, memiliki, menyimpan, meneruskan, dan sebagainya untuk memperoleh bahan yang diperlukan untuk menuntaskan penelitian yang dilakukan oleh Pemohon III yang kemudian dipublikasikan ke masyarakat luas. Pemohon III merasa dengan pengaturan tata cara intersepsi (penyadapan) yang hanya diatur dalam Peraturan Pemerintah dapat mengganggu setidaknya-tidaknya punya potensi mengganggu hak dan kewenangan konstitusional Pemohon III yang dijamin dalam UUD Tahun 1945.

Dengan berlakunya ketentuan Pasal 31 ayat (4) UU ITE yang mengatur tentang tata cara intersepsi atau penyadapan mempunyai potensi besar untuk merusak perlindungan hak dan/atau kewenangan konstitusional dari para Pemohon terhadap hak atas keamanan diri pribadi (hak atas privasi/*rights of privacy*). Hak atas keamanan diri pribadi dapat dielaborasi termasuk namun tidak terbatas pada perlindungan atas rumah dan/atau tempat tinggal para Pemohon yang tidak boleh dimasuki tanpa izin dan/atau secara sewenang-wenang tanpa perintah atau melalui otoritas dari badan-badan kekuasaan kehakiman. Hak atas keamanan diri pribadi juga termasuk namun tidak terbatas pada keamanan dan/atau kerahasiaan atas hubungan korespondensi atau surat menyurat, yang dalam hal ini juga dapat diperluas pada hubungan komunikasi antara para Pemohon dengan pihak lain atau yang komunikasi yang bersifat pribadi dan berlangsung secara dua arah. Pembatasan atau penghadangan melalui tindakan intersepsi atau penyadapan terhadap alat-alat komunikasi dari para Pemohon dapat dikategorikan sebagai tindakan melawan hukum dan

juga bertentangan dengan hak asasi manusia yang dijamin dalam UUD Tahun 1945 beserta perubahan- perubahannya.

Setiap tindakan dari aparat penegak hukum yang dapat dikategorikan sebagai "upaya paksa" hanya boleh dilakukan berdasarkan Undang-Undang dan harus diatur tata cara atau hukum acaranya melalui Undang-Undang yang secara khusus mengatur hukum acara/hukum formil terhadap penegakkan hukum materil. Para Pemohon berpendapat ketentuan tata cara atau hukum acara tentang intersepsi atau penyadapan masuk dalam kategori upaya paksa dan karena itu harus diatur melalui Undang-Undang yang secara khusus mengatur tentang hukum acara penyadapan. Para Pemohon berpendapat, bahwa pengaturan pembatasan dan/atau penghadangan dan/atau pencabutan hak dari setiap individu haruslah diatur dan ditetapkan oleh Undang-Undang. Ketentuan Pasal 31 ayat (4) UU ITE yang mengamanatkan pengaturan intersepsi (penyadapan) melalui Peraturan Pemerintah jelas bertentangan dengan UUD Tahun 1945 dan mempunyai potensi besar untuk disalahgunakan dan/atau terjadinya kesewenang-wenangan.

Berdasarkan penilaian atas fakta hukum dan persidangan, MK membuat amar putusan sebagai berikut:

- (1) Mengabulkan permohonan para Pemohon untuk seluruhnya;
- (2) Menyatakan Pasal 31 ayat (4) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 58, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4843) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- (3) Menyatakan Pasal 31 ayat (4) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 58, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4843) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;
- (4) Memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya.

Dalam Perkara Nomor 20/PUU-XIV/2016, Pemohon dalam permohonannya menguji materiil Pasal 5 ayat (1) dan ayat (2) dan Pasal 44 huruf (b) UU ITE terhadap Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal

28G ayat (1) UUD Tahun 1945. Pemohon yang merasa dirugikan dengan berlakunya Pasal 5 ayat (1) dan ayat (2) dan Pasal 44 huruf (b) UU *a quo* yaitu Drs. Setya Novanto (Anggota DPR RI). Dalam permohonannya, pemohon mengemukakan bahwa hak konstitusionalnya telah dirugikan dan dilanggar oleh berlakunya Pasal 5 ayat (1) dan ayat (2) dan Pasal 44 huruf (b) UU ITE terhadap UUD Tahun 1945, yaitu timbulnya dugaan terjadinya tindak pidana korupsi permufakatan jahat atau percobaan melakukan tindak pidana korupsi dalam perpanjangan kontrak PT. Freeport Indonesia yang bermula dari beredarnya rekaman pembicaraan yang diduga merupakan suara pembicaraan antara Pemohon dengan Sdr. Ma'roef Sjamsudin (Direktur Utama PT. Freeport Indonesia) dan Muhammad Riza Chalid yang dilakukan dalam ruangan tertutup di salah satu ruangan hotel Ritz Carlton yang terletak di kawasan Pacific Place, SCBD, Jakarta Pusat, pembicaraan mana diakui oleh Sdr. Ma'roef Sjamsudin direkam secara sembunyi-sembunyi tanpa sepengetahuan dan persetujuan pihak lain yang ada dalam rekaman tersebut dan dilaporkan kepada Sdr. Sudirman Said (menteri Energi Dan Sumber Daya Mineral).

Kalaupun suara dalam rekaman tersebut adalah benar suara Pemohon, menurut Pemohon, secara hukum hasil rekaman tersebut harus dianggap sebagai rekaman yang tidak sah (*illegal*) karena dilakukan oleh orang yang tidak berwenang dan dengan cara yang tidak sah. Sdr. Ma'roef Sjamsudin bukanlah seorang penegak hukum dan tidak pernah diperintah oleh penegak hukum untuk melakukan perekaman tersebut serta dilakukan secara sembunyi-sembunyi tanpa persetujuan Pemohon atau para pihak yang ada dalam pembicaraan tersebut padahal pembicaraan tersebut dilakukan dalam dalam ruang yang tertutup dan tidak bersifat publik. Tindakan Sdr. Ma'roef Sjamsudin yang merekam secara tidak sah (*illegal*) jelas-jelas melanggar konstitusi. Hal ini sebagaimana ditegaskan oleh Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 006/PUU-I/2003, dalam pertimbangan hukumnya disebut oleh karena penyadapan dan perekaman pembicaraan merupakan pembatasan hak asasi manusia, di mana pembatasan demikian hanya dapat dilakukan dengan undang-undang, sebagaimana ditentukan oleh Pasal 28J ayat (2) UUD Tahun 1945. Perekaman yang dilakukan oleh saudara Ma'roef Sjamsudin tidak bisa

disamakan dengan rekaman CCTV yang dilakukan di ruang publik sehingga bersifat publik maupun rekaman media televisi yang dilakukan berdasarkan kekuatan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Karena pembicaraan yang dilakukan itu bersifat pribadi dalam ruang yang tertutup, maka semestinya segala bentuk perekaman itu haruslah dengan persetujuan atau setidaknya diberitahukan kepada para pihak yang terlibat dalam pembicaraan tersebut. Tanpa adanya persetujuan atau pemberitahuan, maka hasil rekamannya haruslah dianggap tidak sah (*illegal*) karena kedudukannya sama dengan penyadapan yang dilakukan secara *illegal*.

Mundurnya Pemohon sebagai Ketua DPR RI ternyata tidak secara otomatis menghentikan polemik yang ditimbulkan oleh beredarnya rekaman tidak sah (*illegal*) tersebut karena Kejaksaan Agung Republik Indonesia, dengan mendasarkan pada rekaman yang tidak sah dimaksud, kemudian melakukan penyelidikan dengan dugaan terjadinya tindak pidana korupsi permufakatan jahat atau percobaan melakukan tindak pidana korupsi dalam perpanjangan kontrak PT. Freeport Indonesia sebagaimana dimaksud oleh Pasal 15 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi *juncto* Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (UU Tipikor) sebagaimana Surat Perintah Penyelidikan Direktur Penyidikan Jaksa Agung Muda Tindak Pidana Khusus Nomor Print-133/F.2/Fd.1/11/2015, tanggal 30 Nopember 2015, Nomor Print-134/F.2/Fd.1/12/2015, tanggal 02 Desember 2015, Nomor Print-135/F.2/Fd.1/01/2016, tanggal 4 Januari 2016 dan telah memanggil Pemohon sebanyak 3 (tiga) kali untuk dimintai keterangan namun dalam surat-surat panggilan tersebut tidak dijelaskan status pemanggilan Pemohon dimintai keterangan itu sebagai apa, apakah sebagai saksi, sebagai terlapor atau yang lainnya.

Pemohon menganggap penyelidikan dan pemanggilan terhadap Pemohon seharusnya tidak perlu terjadi karena dilakukan semata-mata hanya didasarkan pada hasil rekaman yang tidak sah (*illegal*). Proses penyelidikan dan pemanggilan yang didasarkan atas alat bukti yang tidak sah (*illegal*) jelas melanggar prinsip *due process of law* yang merupakan

refleksi dari prinsip negara hukum yang dianut oleh Negara Republik Indonesia sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (3) UUD Tahun 1945 dan juga melanggar prinsip pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil sebagaimana diatur dalam Pasal 28D ayat (1) serta melanggar hak privasi (*a reasonable expectation of privacy*) Pemohon yang dijamin dalam Pasal 28G ayat (1) UUD Tahun 1945.

Berdasarkan penilaian atas fakta hukum dan persidangan, MK membuat amar putusan sebagai berikut:

- (1) Mengabulkan permohonan Pemohon untuk sebagian;
- (2) Frasa “Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik” dalam Pasal 5 ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 44 huruf b UU ITE bertentangan dengan UUD Tahun 1945 sepanjang tidak dimaknai khususnya frasa “Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik” sebagai alat bukti dilakukan dalam rangka penegakan hukum atas permintaan kepolisian, kejaksaan, dan/atau institusi penegak hukum lainnya yang ditetapkan berdasarkan undang-undang sebagaimana ditentukan dalam Pasal 31 ayat (3) UU ITE;
- (3) Frasa “Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik” dalam Pasal 5 ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 44 huruf b UU ITE tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai khususnya frasa “Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik” sebagai alat bukti dilakukan dalam rangka penegakan hukum atas permintaan kepolisian, kejaksaan, dan/atau institusi penegak hukum lainnya yang ditetapkan berdasarkan undang-undang sebagaimana ditentukan dalam Pasal 31 ayat (3) UU ITE;
- (4) Menolak permohonan Pemohon untuk selain dan selebihnya.
- (5) Memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya.

## **B. Permasalahan**

Dari uraian di atas, dirumuskan permasalahan sebagai berikut:

1. Bagaimana mengisi kekosongan hukum sebagai implikasi terhadap pasal dan ayat UU ITE yang dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat oleh MK?

2. Apa akibat hukum terhadap pasal dan ayat UU ITE yang dinyatakan MK sebagai konstitusionalitas/inkonstitusionalitas bersyarat?
3. Apakah terjadi disharmoni norma dalam suatu UU jika suatu pasal dan ayat dalam UU ITE yang dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat oleh MK berimplikasi terhadap norma pasal ayat lain yang tidak diujikan?

### **C. Tujuan Kegiatan**

Berdasarkan permasalahan di atas, kegiatan ini bertujuan untuk:

1. Untuk mengisi kekosongan hukum akibat dari pasal, ayat UU yang dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat oleh MK.
2. Untuk memperjelas norma UU yang dinyatakan MK secara konstitusional/inkonstitusional bersyarat.
3. Untuk mengharmonisasi pengaturan sebagai akibat dari pasal, ayat yang dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat oleh MK.

### **D. Kegunaan Kegiatan**

Kegiatan ini berguna untuk:

1. Sebagai data pendukung penyusunan Naskah Akademik dan memberi masukan bagi Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) dalam penyusunan RUU.
2. Sebagai bahan untuk menetapkan suatu RUU dalam Program Legislasi Nasional (prolegnas) kumulatif terbuka.

### **E. Metode**

Berdasarkan identifikasi masalah sebagaimana diuraikan di muka, maka penelitian ini masuk dalam penelitian hukum yang normatif, untuk itu penelitian ini mempergunakan metode penelitian normatif<sup>3</sup>. Metode yang digunakan dalam penelitian ini dipilih untuk dapat memberikan uraian analisa atas berbagai Putusan MK tentang pengujian pasal-pasal dalam Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Jo. Undang-Undang Nomor 119 Tahun 2016 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik.

---

<sup>3</sup> Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji (2001), *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, edisi 1, cet.v, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, hlm. 13-15

Penelitian ini bersifat *deskriptif analitis* yakni akan menggambarkan secara keseluruhan obyek yang diteliti secara sistematis dengan menganalisis data-data yang diperoleh. Dalam penelitian ini digunakan bahan pustaka yang berupa data sekunder sebagai sumber utamanya. Data sekunder mencakup: (1) bahan hukum primer, yaitu bahan-bahan hukum yang mengikat, mulai dari Undang-undang Dasar dan peraturan terkait lainnya; (2) bahan hukum sekunder, yaitu yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer; (3) bahan hukum tertier, yaitu yang memberikan petunjuk bahan hukum primer dan sekunder, seperti kamus, buku saku, agenda resmi, dan sebagainya<sup>4</sup>.

Teknik pengumpulan data dilakukan melalui studi kepustakaan, yang diperoleh melalui penelusuran manual maupun elektronik berupa peraturan perundang-undangan, buku-buku, jurnal serta koran atau majalah, dan juga data internet yang terkait. Seluruh data yang berhasil dikumpulkan kemudian disortir dan diklasifikasikan, kemudian disusun melalui susunan yang komperhensif. Proses analisis diawali dari premis-premis yang berupa norma hukum positif yang diketahui dan berakhir pada analisis dengan menggunakan asas-asas hukum, doktrin-doktrin serta teori-teori.

---

<sup>4</sup> Soerjono Soekanto (1982), *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta: Universitas Indonesia Press, hlm. 52.

## **BAB II**

### **KERANGKA TEORI**

#### **A. Konstitusionalitas Undang-Undang**

Pengujian undang-undang terhadap UUD Tahun 1945 yang menjadi kewenangan MK merupakan wujud prinsip atau asas konstitusionalitas undang-undang (*constitutionality of law*) yang menjamin bahwa undang-undang yang dibuat oleh pembentuk undang-undang itu tidak bertentangan dengan UUD Tahun 1945. Kewenangan pengujian undang-undang menimbulkan sebuah kewenangan yang *mutatis mutandis* (dengan sendirinya) ada, yaitu kewenangan menafsirkan konstitusi. Apabila dalam konstitusi tidak terdapat ketentuan yang eksplisit mengenai kewenangan menafsir konstitusi kepada lembaga negara yang diberikan kewenangan *constitutional review*, maka harus dipahami bahwa kewenangan menafsirkan konstitusi menyertai kewenangan *constitutional review* tersebut. Oleh sebab itu, sering dinyatakan bahwa Constitutional Court itu

merupakan “*the guardian of constitution and the sole interpreting of constitution*”, disebut sebagai penjaga konstitusi berdasarkan kewenangan dalam memutuskan apakah sebuah produk perundang-undangan telah sesuai dengan konstitusi atau tidak.<sup>5</sup>

Kewenangan menafsirkan itu sesungguhnya timbul dari sebuah tafsir Pasal 24C UUD Tahun 1945 bahwa “*MK menguji undang-undang terhadap UUD*” sebagai ketentuan pemberian kewenangan *constitutional review* kepada MK, ketentuan tersebut tidak mengandung kewenangan MK untuk melakukan penafsiran terhadap konstitusi, namun sangatlah tidak mungkin dapat melakukan penilaian pertentangan norma sebuah undang-undang apabila tidak menggunakan penafsiran konstitusi, dalam hal ini MK sebagai penafsir sah terhadap undang-undang dasar atau konstitusi (*the legitimate interpreter of the constitution*).

Berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD Tahun 1945, salah satu kewenangan dari Mahkamah Konstitusi adalah mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Pengujian undang-undang terhadap UUD Tahun 1945 yang menjadi kewenangan Mahkamah Konstitusi tersebut merupakan wujud dari prinsip atau asas konstitusionalitas undang-undang (*constitutionality of law*) yang menjamin bahwa undang-undang yang dibuat oleh pembentuk undang-undang itu tidak bertentangan dengan UUD Tahun 1945.

Menurut Sri Soemantri, dalam praktiknya dikenal adanya dua macam hak menguji yaitu<sup>6</sup>:

a. Hak menguji formil (*formale toetsingsrecht*);

Hak menguji formil adalah wewenang untuk menilai, apakah suatu produk legislatif seperti undang-undang misalnya terjelma melalui cara-cara (*procedur*) sebagaimana telah ditentukan/diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku ataukah tidak. Dalam pengujian formal ini tampak jelas bahwa yang dinilai atau diuji adalah tatacara (*procedur*) pembentukan suatu undang-undang, apakah sesuai ataukah

---

<sup>5</sup> Dikutip dari Tanto Lailam, Jurnal Media Hukum Vol. 21 No. 1 Juni 2014, Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta.

<sup>6</sup> Sri Soemantri, *Hak Uji Material Di Indonesia*, Bandung; Alumni, 1997, Hal. 6-11.

tidak dengan yang telah ditentukan/digariskan dalam peraturan perundang-undangan.

b. Hak menguji material (*materiele toetsingsrecht*).

Hak menguji material adalah suatu wewenang untuk menyelidiki dan kemudian menilai, apakah suatu peraturan perundang-undangan isinya sesuai atau bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi derajatnya serta apakah suatu kekuasaan tertentu (*verordenende macht*) berhak mengeluarkan suatu peraturan tertentu. Hak menguji material ini berkenaan dengan isi dari suatu peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi derajatnya. Jika suatu undang-undang dilihat dari isinya bertentangan dengan undang-undang dasar maka undang-undang tersebut harus dinyatakan tidak mempunyai daya mengikat.

Menurut pandangan Jimly Asshiddiqie, dalam praktiknya dikenal adanya tiga macam norma hukum yang dapat diuji atau yang biasa disebut *norm control mechanism*. Ketiganya sama-sama merupakan bentuk norma hukum sebagai hasil dari proses pengambilan keputusan hukum yaitu keputusan normatif yang berisi dan bersifat pengaturan (*regeling*), keputusan normatif yang berisi dan bersifat penetapan administratif (*beschikking*), dan keputusan normatif yang berisi dan bersifat penghakiman (*judgement*) yang biasa disebut vonis. Mekanisme pengujian norma hukum ini dapat dilakukan dengan mekanisme pengujian yang dilakukan oleh lembaga peradilan yang dikenal dengan istilah *judicial review*. Terdapat beberapa jenis pengujian yaitu *legislative review* (pengujian tersebut diberikan kepada parlemen), *executive review* (pengujian tersebut diberikan kepada pemerintah), dan *judicial review* (pengujian yang diberikan kepada lembaga peradilan).<sup>7</sup> Ketiga bentuk norma hukum ada yang merupakan individual and *concret norms*, dan ada pula yang merupakan *general and abstract norms*. Vonis dan *beschikking* selalu bersifat *individual and concrete*<sup>8</sup> sedangkan jika yang diuji normanya bersifat umum dan abstrak maka norma yang diuji itu adalah produk *regeling*.

---

<sup>7</sup> Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta: Konstitusi Press, 2006, hal. 1-2

<sup>8</sup> Jimly Asshiddiqie, *ibid.*, hal. 2

Pengujian norma hukum yang bersifat konkret dan individual termasuk dalam lingkup peradilan tata usaha negara.<sup>9</sup>

Dalam pengujian undang-undang, terdapat dua istilah yakni *judicial review* dan *constitutional review*. *Constitutional review* yang dapat diartikan sebagai pengujian undang-undang terhadap undang-undang dasar yang pada saat ini menjadi kewenangan Mahkamah Konstitusi, *judicial review* dapat diartikan sebagai pengujian peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang terhadap undang-undang yang pada saat ini dilakukan oleh Mahkamah Agung.<sup>10</sup>

Pada dasarnya banyak yang menyamakan istilah *judicial review* dan *constitutional review*, padahal kedua istilah ini berbeda. Jika *constitutional review* maka ukuran pengujiannya dilakukan dengan menggunakan konstitusi sebagai alat ukur, namun jika norma yang diujikan tersebut menggunakan batu ujinya adalah undang-undang maka dapat dikatakan sebagai *judicial review*.<sup>11</sup> Konsep *constitutional review* berkembang dari gagasan modern tentang sistem pemerintahan demokratis yang didasarkan atas ide-ide negara hukum (*rule of law*), prinsip pemisahan kekuasaan (*separation of power*), serta perlindungan dan pemajuan hak asasi manusia (*the protection of fundamental rights*). Dalam *constitutional review* terdapat dua tugas pokok yakni<sup>12</sup>:

- a. Untuk menjamin berfungsinya sistem demokrasi dalam hubungan perimbangan peran atau interplay antar cabang kekuasaan legislatif, eksekutif, dan yudikatif. Dengan perkataan lain *constitutional review* dimaksudkan untuk mencegah terjadinya penyalahgunaan kekuasaan oleh satu cabang kekuasaan lainnya; dan
- b. Untuk melindungi setiap individu warga negara dari penyalahgunaan kekuasaan oleh lembaga negara yang merugikan hak fundamental warga negara yang dijamin dalam konstitusi.

Dengan adanya keberadaan Mahkamah Konstitusi juga telah menciptakan pembagian kekuasaan atau pemisahan kekuasaan yang

---

<sup>9</sup> Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Jakarta: Sinar Grafika, 2010, Hal. 7

<sup>10</sup> Mahfud, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2012), hal 64-65

<sup>11</sup> Jimly Assiddiqie, *Op.Cit.*, hal 7

<sup>12</sup> Jimly Assiddiqie, *Ibid.*, hal 8-9

memungkinkan adanya proses saling mengawasi dan saling mengimbangi di antara cabang-cabang kekuasaan negara yang ada atau lazim disebut dengan mekanisme *checks and balances*. Hal itu tampak terutama dari salah satu kewenangan yang dilimpahkan kepada Mahkamah Konstitusi untuk menguji undang-undang terhadap UUD Tahun 1945.

Dengan demikian, esensi dari produk putusan Mahkamah Konstitusi dalam menguji undang-undang terhadap UUD Tahun 1945 ditempatkan dalam bingkai mekanisme *check and balances* antara lembaga negara. Hubungan untuk saling mengontrol ini, pada akhirnya dimaksudkan untuk melahirkan suatu produk hukum yang adil dan betul-betul berorientasi pada kepentingan rakyat. Sehingga, pengujian undang-undang terhadap UUD Tahun 1945 dapat juga dilihat sebagai bagian dari koreksi terhadap produk yang dihasilkan oleh DPR RI dan Presiden.

## **B. Putusan Mahkamah Konstitusi Bersifat Final dan Mengikat**

Mahkamah Konstitusi yang diadopsi dalam UUD Tahun 1945 memiliki dua fungsi ideal yaitu MK dikonstruksikan sebagai pengawal konstitusi dan berfungsi untuk menjamin, mendorong, mengarahkan, membimbing, dan memastikan bahwa UUD Tahun 1945 dijalankan dengan sebaik-baiknya oleh penyelenggara negara agar nilai-nilai yang terkandung didalamnya dijalankan dengan benar dan bertanggung jawab; dan MK harus bertindak sebagai penafsir karena MK dikonstruksikan sebagai lembaga tertinggi penafsir UUD Tahun 1945. Melalui fungsi ini maka Mahkamah Konstitusi dapat menutupi segala kelemahan dan kekurangan yang terdapat dalam UUD Tahun 1945.<sup>13</sup>

Dalam menjalankan tugas dan fungsinya maka Mahkamah Konstitusi diberikan kewenangan untuk mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap UUD Tahun 1945; memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD Tahun 1945; memutus pembubaran partai politik; memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum; dan memberikan putusan atas pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil

---

<sup>13</sup> (Soimin dan Mashuriyanto: 2013, Hal 51)

Presiden diduga telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela, dan/atau tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden sebagaimana tercantum dalam Pasal 24C UUD Tahun 1945, Pasal 10 ayat (1) dan ayat (2) UU No. 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi, Pasal 29 UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Dari uraian diatas maka diketahui bahwa sifat dari putusan Mahkamah Konstitusi yaitu final yang artinya bahwa putusan Mahkamah Konstitusi langsung memperoleh kekuatan hukum tetap sejak diucapkan dan tidak ada upaya hukum yang dapat ditempuh. Sifat final dalam putusan Mahkamah Konstitusi dalam Undang-Undang ini mencakup pula kekuatan hukum mengikat (*final and binding*).<sup>14</sup> Konsep ini mengacu pada prinsip penyelenggaraan kekuasaan kehakiman yakni secara sederhana dan cepat sebagaimana diuraikan dalam penjelasan No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi yang secara utuh menjelaskan bahwa Mahkamah Konstitusi dalam menyelenggarakan peradilan untuk memeriksa, mengadili, dan memutus perkara tetap mengacu pada prinsip penyelenggaraan kekuasaan kehakiman yakni dilakukan secara sederhana dan cepat. Putusan Mahkamah Konstitusi yang final dan mengikat tersebut, tidak dapat dilepaskan dengan asas *erga omnes* yang diartikan dengan mengikat secara umum dan juga mengikat terhadap obyek sengketa. Apabila suatu peraturan perundang-undangan oleh hakim menyatakan tidak sah, karena bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, berarti peraturan perundang-undangan tersebut berakibat menjadi batal dan tidak sah untuk mengikat setiap orang.<sup>15</sup>

Secara harfiah, putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat final dan mengikat memiliki makna hukum tersendiri. Frasa "*final*" dalam Kamus

---

<sup>14</sup> Penjelasan Pasal 10 ayat (1) UU No 8 tahun 2011 tentang Perubahan Atas UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

<sup>15</sup> S.F. Marbun, *Peradilan Administrasi Negara dan Upaya Administrasi di Indonesia*, Yogyakarta: Liberty, 1997, hal. 211.

Besar Bahasa Indonesia diartikan sebagai “terakhir dalam rangkaian pemeriksaan” sedangkan frasa mengikat diartikan sebagai “*mengeratkan*”, “*menyatukan*”. Bertolak dari arti harfiah ini maka frasa final dan frasa mengikat, saling terkait sama seperti dua sisi mata uang artinya dari suatu proses pemeriksaan telah memiliki kekuatan mengeratkan atau menyatukan semua kehendak dan tidak dapat dibantah lagi. Makna harfiah di atas, bila dikaitkan dengan sifat final dan mengikat dari putusan Mahkamah Konstitusi artinya telah tertutup segala kemungkinan untuk menempuh upaya hukum. Tatkala putusan tersebut diucapkan dalam sidang pleno, maka ketika itu lahir kekuatan mengikat (*verbindende kracht*).<sup>16</sup>

Secara Substansial makna hukum dari putusan Mahkamah Konstitusi yang final dan mengikat dibagi dalam beberapa bagian yaitu:

a. Menjaga konstitusi (*The Guardian of Constitution*), menafsirkan konstitusi (*The Interpreter of Constitution*), menjaga demokrasi, menjaga persamaan di mata hukum, dan koreksi terhadap undang-undang.

Kehadiran Mahkamah Konstitusi dalam sistem ketatanegaraan tidak lain berperan sebagai pengawal konstitusi (*The Guardian of Constitution*), agar konstitusi selalu dijadikan landasan dan dijalankan secara konsisten oleh setiap komponen negara dan masyarakat. Mahkamah Konstitusi berfungsi mengawal dan menjaga agar konstitusi ditaati dan dilaksanakan secara konsisten, serta mendorong dan mengarahkan proses demokratisasi berdasarkan konstitusi. Dengan adanya Mahkamah Konstitusi, proses penjaminan demokrasi yang konstitusional diharapkan dapat diwujudkan melalui proses penjabaran dari empat kewenangan konstitusional (*constitutionally entrusted powers*) dan satu kewajiban (*constitutional obligation*). Mahkamah Konstitusi bertugas melakukan penyelesaian persengketaan yang bersifat konstitusional secara demokratis.<sup>17</sup>

Putusan-putusan yang final dan mengikat yang ditafsirkan sesuai dengan konstitusi sebagai hukum tertinggi, dimana pelaksanaannya harus

---

<sup>16</sup> Malik, Telaah Makna Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi yang Final dan Mengikat, Jurnal Konstitusi, Volume 6, Nomor 1, April 2009, hal 82

<sup>17</sup> Malik, *Ibid.*, hal 83

bertanggungjawab, sesuai dengan kehendak rakyat (konstitusi untuk rakyat bukan rakyat untuk konstitusi), dan cita-cita demokrasi, yakni kebebasan dan persamaan (keadilan). Artinya Mahkamah Konstitusi tidak hanya sebagai penafsir melalui putusan-putusannya melainkan juga sebagai korektor yang aplikasinya yang tercermin dalam undang-undang yang dibuat oleh DPR dan Presiden dengan batu uji konstitusi melalui interpretasinya dengan kritis dan dinamis. Putusan Mahkamah Konstitusi yang final dan mengikat merupakan refleksi dari fungsinya sebagai penjaga konstitusi, penjaga demokrasi, penjaga persamaan dimata hukum, penafsir konstitusi dan korektor undang-undang agar disesuaikan dengan UUD. <sup>18</sup>

b. Membumikan prinsip-prinsip negara hukum;

Filosofi negara hukum adalah negara melaksanakan kekuasaannya, tunduk terhadap pengawasan hukum. Artinya ketika hukum eksis terhadap negara, maka kekuasaan negara menjadi terkendali dan selanjutnya menjadi negara yang diselenggarakan berdasarkan ketentuan hukum tertulis atau tidak tertulis (konvensi).<sup>14</sup>

Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga pengawas tertinggi, tatkala putusannya yang final dan mengikat, makna hukumnya adalah membumikan negara hukum Indonesia yang berdasarkan Pancasila sebagaimana dikemukakan oleh Philipus M. Hadjon. Dimana, melalui putusan Mahkamah Konstitusi mengadili dan memutus hal-hal yang berkaitan dengan kewenangan atribusi yang diberikan kepadanya untuk menjaga, keserasian hubungan antara pemerintah dan rakyat berdasarkan asas kerukunan. <sup>19</sup>

c. Membangun sebuah penegakkan hukum

Dalam menegakkan hukum ada tiga unsur yang selalu harus diperhatikan yaitu kepastian hukum (*rechissicherheit*), kemanfaatan (*zweckmassigkeit*) dan keadilan (*gerechtigkeit*).<sup>20</sup> Selanjutnya ditegaskan bahwa kepastian hukum merupakan perlindungan yustisiabel terhadap

---

<sup>18</sup> *Ibid.*, hal 84

<sup>19</sup> *Ibid.*, hal 85

<sup>20</sup> Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 1996, hlm. 140.

tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu. Masyarakat mengharapkan adanya kepastian hukum, karena dengan adanya kepastian hukum masyarakat akan lebih tertib, karena hukum bertugas menciptakan kepastian hukum karena bertujuan untuk ketertiban masyarakat.<sup>21</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi yang final dan mengikat dapat dimaknai sebagai penegakan hukum tata negara. Khususnya menyangkut pengontrolan terhadap produk politik yaitu undang-undang yang selama ini tidak ada lembaga yang dapat mengontrolnya. Pada sisi lain, juga dapat menegakkan hukum dimana memutuskan tentang benar salahnya Presiden atau Wakil Presiden yang dituduh oleh DPR bahwa melakukan perbuatan melanggar hukum. Demikian juga dapat memutuskan tentang sengketa-sengketa khusus yang merupakan kewenangannya termasuk memutuskan untuk membubarkan partai politik. Dengan demikian, hal ini sangat diharapkan sebagai wujud perlindungan hak-hak masyarakat dan juga menempatkan semua orang sama di mata hukum (*equality before the law*).<sup>22</sup>

d. Perakayasa Hukum<sup>23</sup>

Putusan Mahkamah Konstitusi yang final dan mengikat (*final dan binding*) merupakan suatu bentuk rakayasa hukum. Frasa “rakayasa” diartikan sebagai penerapan kaidah-kaidah ilmu dalam pelaksanaan seperti perancangan, pembuatan konstruksi, serta pengoperasian kerangka, peralatan, dan sistem yang ekonomis dan efisien.

Putusan Mahkamah Konstitusi yang final dan mengikat sebagai sebuah bentuk rakayasa hukum yang diwujudkan dalam bentuk norma atau kaidah yang sifatnya membolehkan, mengajurkan, melarang, memerintahkan untuk berbuat atau tidak berbuat. Nilai mengikat dari putusan Mahkamah Konstitusi yang final adalah sama dengan nilai mengikat dan sebuah undang-undang hasil produk politik, yang berfungsi sebagai alat rakayasa sosial politik, alat kontrol terhadap

---

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> Malik, *Op.Cit.*, hal 87

<sup>23</sup> *Ibid.*

masyarakat dan penguasa serta memberikan perlindungan hukum terhadap seluruh komponen bangsa.

### **C. Akibat Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi**

Putusan dalam peradilan merupakan perbuatan hakim sebagai pejabat negara berwenang yang diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum dan dibuat secara tertulis untuk mengakhiri sengketa yang dihadapkan para pihak kepadanya. Sebagai perbuatan hukum yang akan menyelesaikan sengketa yang dihadapkan kepadanya, maka putusan hakim tersebut merupakan tindakan negara di mana kewenangannya dilimpahkan kepada hakim baik berdasarkan UUD Tahun 1945 maupun undang-undang.<sup>24</sup>

Dari sudut pandang hukum tata negara, putusan Mahkamah Konstitusi termasuk dalam keputusan negara yang mengandung norma hukum sama halnya dengan putusan pembentuk undang-undang yang bersifat pengaturan (*regeling*). Putusan Mahkamah Konstitusi dapat membatalkan suatu undang-undang atau materi muatan dalam undang-undang, sedangkan pembentuk undang-undang menciptakan norma hukum dalam bentuk materi muatan dalam suatu undang-undang.

Putusan Mahkamah Konstitusi terutama dalam pengujian undang-undang kebanyakan jenisnya adalah bersifat *declaratoir constitutief*. Artinya putusan Mahkamah Konstitusi tersebut menciptakan atau meniadakan satu keadaan hukum baru atau membentuk hukum baru sebagai *negative legislature*.<sup>25</sup> Hal lain yang perlu dicermati lebih lanjut adalah adanya putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) maupun inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*). Varian putusan Mahkamah Konstitusi tersebut merupakan putusan yang menyatakan bahwa suatu ketentuan undang-undang tidak bertentangan dengan konstitusi dengan memberikan

---

<sup>24</sup> *Ibid.* hlm. 201.

<sup>25</sup> Maruarar Siahaan (2012), *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, hlm. 212.

persyaratan pemaknaan dan keharusan kepada lembaga negara dalam pelaksanaan suatu ketentuan undang-undang untuk memperhatikan penafsiran Mahkamah Konstitusi atas konstitusionalitas ketentuan undang-undang yang sudah diuji tersebut.<sup>26</sup> Dengan demikian, terdapat penafsiran sendiri dari Mahkamah Konstitusi agar suatu norma undang-undang tidak bertentangan dengan UUD Tahun 1945.

Putusan Mahkamah Konsitusi sejak diucapkan di hadapan sidang terbuka untuk umum dapat mempunyai 3 (tiga) kekuatan, yaitu:<sup>27</sup>

### **1. Kekuatan mengikat**

Kekuatan mengikat putusan Mahkamah Konstitusi berbeda dengan putusan pengadilan biasa, tidak hanya meliputi pihak-pihak berperkara (*interpartes*), yaitu pemohon, pemerintah, DPR/DPD, ataupun pihak terkait yang diizinkan memasuki proses perkara, tetapi juga putusan tersebut mengikat bagi semua orang, lembaga negara, dan badan hukum dalam wilayah republik Indonesia.

Putusan tersebut berlaku sebagai hukum sebagaimana hukum diciptakan pembuat undang-undang. Dengan demikian, Hakim Mahkamah Konstitusi dikatakan sebagai *negative legislator* yang putusannya bersifat *erga omnes*, yang ditujukan pada semua orang.

### **2. Kekuatan pembuktian**

Dalam perkara konstitusi yang putusannya bersifat *erga omnes*, maka permohonan pengujian yang menyangkut materi yang sama yang sudah pernah diputus tidak dapat lagi diajukan untuk diuji oleh siapapun. Putusan Mahkamah Konstitusi yang telah berkekuatan hukum tetap demikian dapat digunakan sebagai alat bukti dengan kekuatan pasti secara positif bahwa apa yang diputus oleh hakim itu dianggap telah benar. Selain itu, pembuktian sebaliknya tidak diperkenankan.

### **3. Kekuatan eksekutorial**

---

<sup>26</sup> Mahfud MD, *Problematika Putusan MK yang Bersifat Positive Legislature*, pengantar dalam buku Martitah, *Mahkamah Konstitusi dari Negative Legislature ke Positive Legislature*.

<sup>27</sup> Maruarar Siahaan (2012), *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, hlm. 214-216.

Putusan Mahkamah Konstitusi berlaku sebagai undang-undang dan tidak memerlukan perubahan yang harus dilakukan dengan amandemen atas undang-undang yang bagian tertentu dinyatakan bertentangan dengan UUD Tahun 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Eksekusi putusan Mahkamah Konstitusi telah dianggap terwujud dengan pengumuman putusan tersebut dalam Berita Negara sebagaimana diperintahkan dalam Pasal 57 ayat (3) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Akibat hukum yang timbul dari satu putusan hakim jika menyangkut pengujian terhadap undang-undang diatur dalam Pasal 58 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, yang pada intinya menyatakan undang-undang yang diuji tetap berlaku sebelum ada putusan yang menyatakan bahwa undang-undang tersebut bertentangan dengan UUD Tahun 1945. Ketentuan ini juga berarti bahwa putusan hakim Mahkamah Konstitusi yang menyatakan satu undang-undang bertentangan dengan UUD Tahun 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat tidak boleh berlaku surut.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> *Ibid.* hlm. 218.

## **BAB III**

### **ANALISIS DAN EVALUASI**

#### **A. Analisis Undang-Undang**

##### **1. Putusan MK Nomor 5/PUU-VIII/2010**

###### **a. Pendapat Hukum Mahkamah Konstitusi**

Hakim MK memberikan pendapat bahwa sejatinya penyadapan (*interception*) adalah sebuah perbuatan melawan hukum. Hal ini dikarenakan penyadapan merupakan sebuah tindakan yang melanggar privasi orang lain dan oleh karenanya melanggar hak asasi manusia (HAM). Dalam perkembangannya, penyadapan sering kali digunakan untuk membantu proses hukum tertentu, seperti penyelidikan kasus-kasus kriminal dalam mengungkap aksi teror, korupsi, dan tindak pidana narkoba. Penyadapan yang diperbolehkan ini dikenal juga sebagai *lawful interception* (penyadapan yang legal/sah di mata hukum).

Kegiatan dan kewenangan penyadapan merupakan hal yang sangat sensitif karena di satu sisi merupakan pembatasan HAM namun di sisi lain memiliki aspek kepentingan hukum. Oleh karena itu, pengaturan (*regulation*) mengenai legalitas penyadapan harus dibentuk dan diformulasikan secara tepat sesuai dengan UUD Tahun 1945.

Pemohon memohon kepada Mahkamah agar mencabut Pasal 31 ayat (4) UU ITE yang menyatakan, “*Ketentuan lebih lanjut mengenai tata cara intersepsi sebagaimana dimaksud pada ayat (3) diatur dengan Peraturan Pemerintah*”. Pemohon mendalilkan ketentuan a quo bertentangan dengan UUD Tahun 1945 Pasal 28G ayat (1) dan Pasal 28J ayat (2) UUD Tahun 1945.

Pemohon mendalilkan ketentuan tata cara mengenai penyadapan tidak seharusnya diatur lebih lanjut dalam Peraturan Pemerintah melainkan harus diatur melalui Undang-Undang.

Pemohon beralasan bahwasanya pembatasan terhadap HAM hanya dapat dilakukan menggunakan formula pengaturan Undang-Undang. Pengaturan penyadapan dalam Peraturan Pemerintah tidak akan cukup menampung artikulasi pengaturan mengenai penyadapan.

Pemohon juga mendalilkan penyadapan oleh aparat hukum atau institusi resmi negara tetap menjadi kontroversial karena merupakan praktik invasi atas hak-hak privasi warga negaranya yang mencakup privasi atas kehidupan pribadi, kehidupan keluarga maupun korespondensi. Ketidakjelasan pengaturan mengenai penyadapan, akan berpotensi pada penyalahgunaan yang berdampak pada pelanggaran HAM para Pemohon maupun masyarakat pada umumnya.

Penyadapan sebagai alat pendeteksi dan pencegah kejahatan maka sangat wajar dan sudah sepatutnya jika negara ingin menyimpangi hak privasi warga negara tersebut, maka negara haruslah menyimpangi dalam bentuk Undang-Undang dan bukan dalam bentuk Peraturan Pemerintah. Penyimpangan terhadap HAM sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 28J ayat (2) UUD Tahun 1945 hanya dapat dilakukan melalui Undang-Undang dan bukan bentuk lain apalagi Peraturan Pemerintah.

Mengatur hal sensitif seperti halnya penyadapan haruslah diletakkan dalam kerangka Undang-Undang, khususnya pada Hukum Acara Pidana karena hukum yang mengatur penyadapan oleh institusi negara harus lebih ditekankan pada perlindungan hak atas privasi individu dan/atau warga negara Indonesia.

Hakim MK menilai hingga saat ini belum ada pengaturan secara komprehensif mengenai penyadapan. Hal ini menunjukkan bahwa pengaturan mengenai penyadapan masih tersebar di beberapa Undang-Undang dengan mekanisme dan tata cara yang berbeda-beda. Tidak ada pengaturan yang baku mengenai penyadapan, sehingga memungkinkan terjadi penyimpangan dalam pelaksanaannya.

Mekanisme yang perlu diperhatikan dari penyadapan ini adalah penyadapan yang dilakukan oleh seseorang yang mengatasnamakan lembaga yang memiliki kewenangan yang diberikan oleh Undang-Undang. Dalam hal inilah berlaku batasan penyadapan agar tidak melanggar privasi ataupun hak asasi warga negara.

Dalam penyadapan terdapat prinsip *velox et exactus* yang artinya bahwa informasi yang disadap haruslah mengandung informasi terkini dan akurat. Dalam hal ini penyadapan harus mengandung kepentingan khusus yang dilakukan dengan cepat dan akurat. Dalam kondisi inilah, di dalam penyadapan terdapat kepentingan yang mendesak, namun tetap harus dilaksanakan sesuai dengan ketentuan perundang-undangan, sehingga tidak sewenang-wenang melanggar *rights of privacy* orang lain.

Di beberapa negara pengaturan mengenai penyadapan diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, antara lain Amerika Serikat, Belanda, dan Canada, sedangkan di Indonesia pengaturannya tersebar di beberapa pengaturan perundang-undangan. Pada dasarnya sangat dibutuhkan regulasi yang komprehensif dan tepat untuk mengendalikan sejumlah kewenangan yang tersebar di beberapa Undang-Undang. Sinkronisasi ini hanya dapat dilakukan oleh peraturan setingkat Undang-Undang dan bukan dengan Peraturan Pemerintah.

Mahkamah menilai ada tiga isu hukum yang menjadi permasalahan dalam perkara ini. Tiga isu hukum tersebut adalah sebagai berikut:

- a. Rights of Privacy, para Pemohon mendalilkan bahwa penyadapan merupakan bentuk dari pelanggaran HAM yang hak tersebut dijamin oleh UUD Tahun 1945;
- b. Regulation Form, para Pemohon menyatakan bahwa pasal a quo yang memperbolehkan pengaturan penyadapan lebih lanjut dalam Peraturan Pemerintah adalah tidak tepat karena seharusnya diatur dalam Undang-Undang sebagaimana diamanatkan oleh Pasal 28J ayat (2) UUD Tahun 1945 karena

hal tersebut masuk dalam pembatasan HAM yang dapat dilakukan dengan Undang-Undang;

- c. Practical Aspect, bahwa kondisi pembangunan dan penegakan hukum di Indonesia belum stabil dan cenderung lemah bahkan terkesan karut marut, sehingga keberadaan pasal a quo amat dimungkinkan disalahgunakan untuk melanggar HAM orang lain.

Hakim MK berpendapat bahwasanya penyadapan memang merupakan bentuk pelanggaran terhadap rights of privacy yang bertentangan dengan UUD Tahun 1945. Rights of privacy merupakan bagian dari hak asasi manusia yang dapat dibatasi (*derogable rights*), namun pembatasan atas *rights of privacy* ini hanya dapat dilakukan dengan Undang-Undang sebagaimana ketentuan Pasal 28J ayat (2) UUD Tahun 1945.

Hakim MK menemukan sejumlah Undang-Undang yang telah memberikan kewenangan dan mengatur tentang penyadapan, namun pengaturan tersebut masih belum memberikan tata cara yang lebih jelas mengenai penyadapan. Misalnya tentang prosedur pemberian izin, batas kewenangan penyadapan, dan yang berhak untuk melakukan penyadapan. Hal ini masih belum diatur secara jelas dalam beberapa Undang-Undang.

Keberlakuan penyadapan sebagai salah satu kewenangan penyelidikan dan penyidikan telah membantu banyak proses hukum yang memudahkan para aparat penegak hukum untuk mengungkap tindak pidana. Namun demikian, kewenangan aparat penegak hukum tersebut tetap harus dibatasi juga agar penyalahgunaan kewenangan tidak terjadi.

Bahwa meskipun para Pemohon menyatakan penyimpangan penyadapan terkadang tidak pernah terjadi, namun untuk memastikan keterbukaan dan legalitas dari penyadapan itu sendiri, Mahkamah berpendapat bahwa tata cara penyadapan tetap harus diatur Undang-Undang. Hal ini dikarenakan hingga kini pengaturan mengenai penyadapan masih sangat tergantung

pada kebijakan masing-masing instansi. Namun demikian, kewenangan aparat penegak hukum tersebut tetap harus dibatasi juga agar penyalahgunaan kewenangan tidak terjadi.

Bahwa meskipun para Pemohon menyatakan penyimpangan penyadapan terkadang tidak pernah terjadi, namun untuk memastikan keterbukaan dan legalitas dari penyadapan itu sendiri, Mahkamah berpendapat bahwa tata cara penyadapan tetap harus diatur Undang-Undang. Hal ini dikarenakan hingga kini pengaturan mengenai penyadapan masih sangat tergantung pada kebijakan masing-masing instansi;

Mahkamah sependapat dengan keterangan *ad informandum* Ifdhal Kasim dan Mohammad Fajrul Falaakh. Adapun pokok-pokok keterangan Ifdhal Kasim menyatakan mekanisme penyadapan di berbagai negara di dunia dilakukan dengan syarat: (i) adanya otoritas resmi yang ditunjuk dalam Undang-Undang untuk memberikan izin penyadapan, (ii) adanya jaminan jangka waktu yang pasti dalam melakukan penyadapan, (iii) pembatasan penanganan materi hasil penyadapan, (iv) pembatasan mengenai orang yang dapat mengakses penyadapan. Adapun pokok-pokok keterangan Mohammad Fajrul Falaakh menyatakan Undang-Undang mengenai penyadapan seharusnya mengatur dengan jelas tentang: (i) wewenang untuk melakukan, memerintahkan maupun meminta penyadapan, (ii) tujuan penyadapan secara spesifik, (iii) kategori subjek hukum yang diberi wewenang untuk melakukan penyadapan, (iv) adanya izin dari atasan atau izin hakim sebelum melakukan penyadapan, (v) tata cara penyadapan, (vi) pengawasan terhadap penyadapan, (vii) penggunaan hasil penyadapan. Menurut ahli, Pasal 31 ayat (4) UU 11/2008 tidak dapat dibenarkan karena Pasal 31 ayat (3) Undang-Undang *a quo* tidak membolehkan adanya penyadapan. Selain itu keseluruhan UU 11/2008 juga tidak mengatur tentang tata cara penyadapan yang diatur lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah. Oleh karena itu, menurut ahli, Pasal 31 ayat (3) dan ayat (4) UU

11/2008 bertentangan dengan UUD Tahun 1945 karena tidak memberikan kejelasan dan kepastian aturan tentang penyadapan.

Mahkamah menilai perlu adanya sebuah Undang-Undang khusus yang mengatur penyadapan pada umumnya hingga tata cara penyadapan untuk masing-masing lembaga yang berwenang. Undang-Undang ini amat dibutuhkan karena hingga saat ini masih belum ada pengaturan yang sinkron mengenai penyadapan sehingga berpotensi merugikan hak konstitusional warga negara pada umumnya;

Peraturan Pemerintah tidak dapat mengatur pembatasan hak asasi manusia. Bentuk Peraturan Pemerintah hanya merupakan pengaturan administratif dan tidak memiliki kewenangan untuk menampung pembatasan atas HAM;

Pengaturan tata cara penyadapan dengan Peraturan Pemerintah sesuai dengan konsepsi *delegated legislation* di mana pembentukan Peraturan Pemerintah secara materi adalah untuk menjalankan Undang-Undang (*vide* Pasal 10 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan). Selain itu, secara sistematika, Pasal 31 ayat (4) Undang-Undang a quo merujuk pada ayat (3) yang pada dasarnya mensyaratkan adanya Undang-Undang yang mengatur penyadapan yang sampai sekarang belum ada, sehingga dapat dikatakan bahwa Pasal 31 ayat (4) Undang-Undang a quo mendelegasikan sesuatu yang belum diatur. Suatu peraturan yang secara hierarki lebih rendah merupakan derivasi atau turunan dari peraturan yang secara hierarki lebih tinggi dan hanya mengatur teknis operasional materi peraturan yang ada di atasnya, sedangkan dalam kasus a quo, belum ada ketentuan yang mengatur syarat-syarat dan tata cara penyadapan yang diatur dalam Pasal 31 ayat (3) UU a quo.

Menimbang bahwa sejalan dengan penilaian hukum di atas, Mahkamah dalam Putusan Nomor 006/PUU-I/2003, bertanggal 30 Maret 2004 mempertimbangkan, "*Hak privasi bukanlah bagian dari hak-hak yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun*

*(non-derogable rights), sehingga negara dapat melakukan pembatasan terhadap pelaksanaan hak-hak tersebut dengan menggunakan undang-undang sebagaimana diatur dalam Pasal 28J ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia*". Lebih lanjut Mahkamah mempertimbangkan pula, *"Untuk mencegah kemungkinan penyalahgunaan kewenangan untuk penyadapan dan perekaman Mahkamah Konstitusi berpendapat perlu ditetapkan perangkat peraturan yang mengatur syarat dan tata cara penyadapan dan perekaman dimaksud"*. Berkaitan dengan pengaturan penyadapan, melalui Putusan Nomor 012-016019/PUU-IV/2006, bertanggal 19 Desember 2006, Mahkamah menegaskan dan mengingatkan kembali pertimbangan hukum Putusan Nomor 006/PUU-I/2003, bertanggal 30 Maret 2004 yang menyatakan bahwa pembatasan melalui penyadapan harus diatur dengan Undang-Undang guna menghindari penyalahgunaan wewenang yang melanggar hak asasi. Dalam pertimbangan hukum putusan a quo, dinyatakan bahwa:

*"Mahkamah memandang perlu untuk mengingatkan kembali bunyi pertimbangan hukum Mahkamah dalam Putusan Nomor 006/PUU-I/2003 tersebut oleh karena penyadapan dan perekaman pembicaraan merupakan pembatasan terhadap hak-hak asasi manusia, di mana pembatasan demikian hanya dapat dilakukan dengan undang-undang, sebagaimana ditentukan oleh Pasal 28J ayat (2) UUD 1945. Undang-undang dimaksud itulah yang selanjutnya harus merumuskan, antara lain, siapa yang berwenang mengeluarkan perintah penyadapan dan perekaman dapat dikeluarkan setelah diperoleh bukti permulaan yang cukup, yang berarti bahwa penyadapan dan perekaman pembicaraan itu untuk menyempurnakan alat bukti, ataukan justru penyadapan dan perekaman pembicaraan itu sudah dapat dilakukan untuk mencari bukti permulaan yang cukup. Sesuai dengan perintah Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, semua itu harus diatur dengan undang-undang guna menghindari penyalahgunaan wewenang yang melanggar hak asasi"*.

Berdasarkan rangkaian pendapat Hakim MK di atas, dalam kaitannya yang satu dengan yang lain, mengenai dalil Pemohon atas Pasal 31 ayat (4) UU ITE adalah tepat dan beralasan menurut hukum.

**b. *Dissenting Opinion***

Tidak ada *dissenting opinion* dalam putusan ini.

**c. Implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi**

Dalam Perkara Nomor 5/PUU-VIII/2010, Pasal 31 ayat (4) bertentangan dengan UUD Tahun 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Mahkamah Konstitusi mengabulkan permohonan Pemohon, sehingga putusan Mahkamah Konstitusi ini berimplikasi pada UU ITE terutama dalam Pasal 31 ayat (4).

**2. Putusan MK Nomor 20/PUU-XIV/2016**

**a. Pendapat Hukum Mahkamah Konstitusi**

Hakim MK memberikan pendapat bahwa kegiatan dan kewenangan penyadapan merupakan hal yang sangat sensitif karena di sisi lain memiliki aspek kepentingan hukum. Oleh karena itu, pengaturan (*regulation*) mengenai legalitas penyadapan harus dibentuk dan diformulasikan secara tepat sesuai dengan UUD Tahun 1945.

UU ITE mengatur bahwa setiap orang dilarang melakukan intersepsi atau penyadapan seperti yang ditentukan dalam BAB VII PERBUATAN YANG DILARANG khususnya Pasal 31 ayat (1) yang menentukan, “Setiap Orang dengan sengaja dan tanpa hak atau melawan hukum melakukan intersepsi atau penyadapan atas Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik dalam suatu Komputer dan/atau Sistem Elektronik tertentu milik Orang lain”. Penjelasan Pasal 31 ayat (1) UU ITE memberi penjelasan apa saja yang termasuk dalam intersepsi atau penyadapan sebagaimana ditentukan dalam Penjelasan Pasal 31 ayat (1), yaitu “Yang dimaksud dengan “intersepsi atau penyadapan” adalah kegiatan untuk mendengarkan, merekam, membelokkan, mengubah, menghambat, dan/atau mencatat transmisi Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang tidak bersifat

publik, baik menggunakan jaringan kabel komunikasi maupun jaringan nirkabel, seperti pancaran elektromagnetis atau radio frekuensi.”

Dari ketentuan Pasal 31 ayat (1) UU ITE dan penjelasannya maka setiap orang dilarang melakukan perekaman terhadap orang lain, dan terhadap pelaku perekaman dengan sengaja dan tanpa hak atau melawan hukum dikenakan sanksi sebagaimana ditentukan dalam Pasal 46 ayat (1) yang menyatakan, “Setiap orang yang memenuhi unsur sebagaimana dimaksud dalam Pasal 30 ayat (1) dipidana dengan pidana penjara paling lama 6 (enam) tahun dan/atau denda paling banyak Rp. 600.000.000,00 (enam ratus juta rupiah)”.

Dalam konteks perlindungan hak asasi manusia maka seluruh kegiatan penyadapan adalah dilarang karena melanggar hak konstitusional warga negara khususnya hak privasi dari setiap orang untuk berkomunikasi sebagaimana dijamin oleh Pasal 28F UUD Tahun 1945. Penyadapan sebagai perampasan kemerdekaan hanya dapat dilakukan sebagai bagian dari hukum acara pidana, seperti halnya penyitaan dan penggeledahan. Tindakan penyadapan adalah bagian dari upaya paksa yang hanya boleh dilakukan berdasarkan Undang-Undang dan harus diatur hukum acaranya melalui Undang-Undang yang khusus mengatur hukum formil terhadap penegakan hukum materiil. Bahkan dalam konteks penegakan hukum sekalipun, pemberian kewenangan penyadapan sudah seharusnya sangat dibatasi untuk menghindari potensi digunakannya penyadapan secara sewenang-wenang. Kewenangan penyadapan tidak dapat dilakukan tanpa kontrol dan dalam konteks penegakan hukum yang paling berwenang memberikan izin melakukan penyadapan sekaligus melaksanakan kewenangan checks and balances terhadap kewenangan tersebut adalah pengadilan atau pejabat yang diberi kewenangan oleh Undang-Undang.

Sebagai perbandingan, sehubungan dengan penyadapan, di Amerika Serikat diatur dalam Title III Omnibus Crime and Safe

Street Act 1968 yang menentukan bahwa semua penyadapan harus seizin pengadilan, namun izin dari pengadilan tetap ada pengecualian yaitu penyadapan dapat dilakukan tanpa mengganggu persetujuan pengadilan, yaitu penyadapan atas komunikasi dalam keadaan mendesak yang membahayakan keselamatan jiwa orang lain, aktivitas konspirasi yang mengancam keamanan nasional dan karakteristik aktivitas konspirasi dari organisasi kejahatan.

Penyadapan harus dilakukan dengan sangat hati-hati agar hak privasi warga negara yang dijamin dalam UUD Tahun 1945 tidak dilanggar. Jika diperlukan, penyadapan harus dilakukan dengan izin pengadilan agar ada lembaga yang mengontrol dan mengawasi sehingga penyadapan tidak dilakukan sewenang-wenang. Oleh karena penyadapan di Indonesia pengaturannya tersebar dalam berbagai Undang-Undang, namun belum diatur mengenai hukum acaranya. Sehingga menurut MK, untuk melengkapi kurangnya hukum acara tentang penyadapan maka MK perlu memberi tafsir terhadap frasa “informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik” yang termuat dalam Pasal 5 ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 44 huruf b UU ITE.

MK menegaskan kembali pertimbangan Putusan MK Nomor 006/PUU-I/2003, bertanggal 30 Maret 2004 yang kemudian ditegaskan kembali dalam Putusan Nomor 5/PUU-VIII/2010, bertanggal 24 Februari 2011 tentang penyadapan yang menyatakan:

“Mahkamah memandang perlu untuk mengingatkan kembali bunyi pertimbangan hukum Mahkamah dalam Putusan Nomor 006/PUU-I/2003 tersebut oleh karena penyadapan dan perekaman pembicaraan merupakan pembatasan terhadap hak-hak asasi manusia, dimana pembatasan demikian hanya dapat dilakukan dengan undang-undang, sebagaimana ditentukan oleh Pasal 28J ayat (2) UUD 1945. Undang-Undang dimaksud itulah yang selanjutnya harus merumuskan, antara lain, siapa yang berwenang mengeluarkan perintah penyadapan dan perekaman

dapat dikeluarkan setelah diperoleh bukti permulaan yang cukup, yang berarti bahwa penyadapan dan perekaman pembicaraan itu untuk menyempurnakan alat bukti, atau justru penyadapan dan perekaman pembicaraan itu sudah dapat dilakukan untuk mencari bukti permulaan yang cukup. Sesuai dengan perintah Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, semua itu harus diatur dengan undang-undang guna menghindari penyalahgunaan wewenang yang melanggar hak asasi”.

Dari pertimbangan putusan MK tersebut, sampai saat ini belum terdapat Undang-Undang yang secara khusus mengatur tentang penyadapan sebagaimana yang diamanatkan oleh putusan MK. Oleh sebab itu, untuk mengisi kekuranglengkapan hukum tentang penyadapan yang termasuk di dalamnya perekaman agar tidak semua orang dapat melakukan penyadapan yang termasuk di dalamnya perekaman maka penafsiran bersyarat yang dimohonkan oleh Pemohon terhadap frasa “informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik” dalam Pasal 5 ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 44 huruf b UU ITE beralasan hukum sepanjang dimaknai frasa “informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik” sebagai alat bukti dilakukan dalam rangka penegakan hukum atas permintaan kepolisian, kejaksaan, dan/atau institusi penegak hukum lainnya yang ditetapkan berdasarkan undang-undang sebagaimana ditentukan dalam Pasal 31 ayat (3) UU ITE.

Menurut MK, bahwa sebenarnya kekhawatiran yang dikemukakan Pemohon dalam permohonannya tidak perlu ada karena telah ditegaskan dalam Pasal 31 ayat (3) yang menyatakan, “kecuali intersepsi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2), intersepsi yang dilakukan dalam rangka penegakan hukum atas permintaan kepolisian, kejaksaan, dan/atau institusi penegak hukum lainnya yang ditetapkan berdasarkan undang-undang”. Namun demikian, untuk mencegah terjadinya perbedaan penafsiran terhadap Pasal 5 ayat (1) dan ayat (2) UU ITE, MK harus menegaskan bahwa setiap intersepsi

harus dilakukan secara sah, terlebih lagi dalam rangka penegakan hukum.

MK juga mempertimbangkan mengenai bukti penyadapan berupa rekaman pembicaraan sesuai dengan hukum pembuktian. Dalam hukum pembuktian, rekaman pembicaraan adalah real evidence atau physical evidence. Pada dasarnya barang bukti adalah benda yang digunakan untuk melakukan suatu tindak pidana atau benda yang diperoleh dari suatu tindak pidana atau benda yang menunjukkan telah terjadinya suatu tindak pidana. Dengan demikian, rekaman pembicaraan dapat dijadikan bukti sebagai barang yang menunjukkan telah terjadi suatu tindak pidana. Permasalahannya adalah apakah rekaman pembicaraan merupakan bukti yang sah adalah dengan menggunakan salah satu parameter hukum pembuktian pidana yang dikenal dengan bewijsvoering, yaitu penguraian cara bagaimana menyampaikan alat-alat bukti kepada hakim di pengadilan. Ketika aparat penegak hukum menggunakan alat bukti yang diperoleh dengan cara yang tidak sah atau unlawful legal evidence maka bukti dimaksud dikesampingkan oleh hakim atau dianggap tidak mempunyai nilai pembuktian oleh pengadilan.

Berdasarkan seluruh pertimbangan tersebut, menurut MK permohonan Pemohon beralasan menurut hukum untuk sebagian.

## **b. *Dissenting Opinion***

Terhadap putusan MK ini terdapat 2 (dua) Hakim Konstitusi yaitu I Dewa Gede Palguna dan Suhartoyo yang memiliki *dissenting opinions*, sebagai berikut:

### **1) Hakim Konstitusi I Dewa Gede Palguna**

Bahwa *dissenting opinion* yang dikemukakan oleh Hakim Konstitusi I Dewa Gede Palguna hanya terkait dengan Legal Standing dan tidak pada pokok materi muatan karena Pemohon merupakan perorangan warga negara Indonesia yang berstatus sebagai anggota DPR sedangkan Mahkamah telah

berkali-kali menyatakan pendiriannya bahwa seseorang dalam kualifikasi demikian tidak memiliki kedudukan hukum untuk bertindak selaku Pemohon dalam permohonan pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945, sebagaimana dinyatakan dalam pertimbangan putusan-putusan Mahkamah Nomor 20/PUU-V/2007 dalam permohonan pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi yang pada intinya Mahkamah menyatakan bahwa pengertian “perorangan warga negara Indonesia” tidak sama dengan “perorangan warga negara Indonesia dalam kedudukannya sebagai anggota DPR”. Hal ini ditegaskan kembali dalam Putusan Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008 dalam pengujian Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden yang pada intinya menekankan bahwa partai politik dan/atau anggota DPR yang turut serta dalam pembahasan dan pengambilan keputusan atas suatu Undang-Undang yang dimohonkan pengujian akan dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum (*vide* Putusan halaman 99 – 101).

Berdasarkan uraian di atas, Hakim Konstitusi I Dewa Gede Palguna berpendapat bahwa Mahkamah seharusnya memutus dan menyatakan permohonan *a quo* tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*) (*vide* Putusan halaman 101).

## **2) Hakim Konstitusi Suhartoyo**

Dalam *dissenting opinion*nya, Hakim Konstitusi Suhartoyo mengemukakan bahwa pada dasarnya tindakan penyadapan termasuk di dalamnya perekaman adalah perbuatan melawan hukum karena penyadapan merupakan sebuah tindakan yang melanggar *privacy* orang lain sehingga melanggar hak asasi manusia. Pasal 28I ayat (5) UUD Tahun 1945 menyatakan, “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”. Dari ketentuan Pasal UUD Tahun 1945 a quo dalam kaitannya dengan penyadapan maka hanya boleh dilakukan berdasarkan Undang-Undang. Bahkan dalam konteks penegakan hukum sekalipun, pemberian kewenangan penyadapan sudah seharusnya sangat dibatasi untuk menghindari potensi digunakannya penyadapan secara sewenang-wenang (*vide* Putusan halaman 102).

Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 5/PUU-VIII/2010 tanggal 24 Februari 2011 dalam paragraph (3.21) menyatakan “... bahwasanya penyadapan memang merupakan bentuk pelanggaran terhadap *right of privacy* yang bertentangan dengan UUD Tahun 1945. *Right of privacy* merupakan bagian dari hak asasi manusia yang dapat dibatasi (*derogable rights*), namun pembatasan atas *right of privacy* ini hanya dapat dilakukan dengan Undang-Undang, sebagaimana ketentuan Pasal 28J ayat (2) UUD Tahun 1945 ...” (*vide* Putusan halaman 102).

Bahwa Pasal 5 ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 44 huruf b UU ITE adalah berkenaan dengan bentuk atau jenis alat bukti yang merupakan perluasan dari Pasal 184 KUHP, namun Pemohon meminta frasa “informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik” ditafsirkan menjadi “informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik yang diperoleh menurut ketentuan perundang-undangan yang berlaku dan/atau dilakukan dalam rangka penegakan hukum atas permintaan Kepolisian, Kejaksaan, Komisi Pemberantasan Korupsi dan/atau insitusi penegak hukum lainnya”. Padahal UU ITE sebenarnya sudah mengatur secara rinci bahwa setiap orang dilarang melakukan intersepsi atau penyadapan seperti yang ditentukan dalam BAB VII PERBUATAN YANG DILARANG khususnya Pasal 31 ayat (1) yang menentukan “Setiap orang dengan sengaja dan tanpa hak atau melawan hukum

melakukan intersepsi atau penyadapan atas Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik dalam suatu Komputer dan/atau Sistem Elektronik tertentu milik orang lain”. Dari ketentuan Pasal 31 ayat (1) tersebut maka setiap orang dilarang melakukan perekaman terhadap orang lain, dan terhadap pelaku perekaman dengan sengaja dan tanpa hak atau melawan hukum dikenakan sanksi sebagaimana ditentukan dalam Pasal 46 ayat (1) yang menyatakan, “Setiap orang yang memenuhi unsur sebagaimana dimaksud dalam Pasal 30 ayat (1) dipidana dengan pidana penjara paling lama 6 (enam) tahun dan/atau denda paling banyak Rp.600.000.000,00 (enam ratus juta rupiah)” (*vide* Putusan halaman 102).

Bahwa disamping ada pelarangan, UU ITE juga menentukan intersepsi atau penyadapan dapat dilakukan jika untuk penegakan hukum seperti yang ditentukan dalam Pasal 31 ayat (3) yang menyatakan, “Kecuali intersepsi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2), intersepsi yang dilakukan dalam rangka penegakan hukum atas permintaan kepolisian, kejaksaan, dan/atau insitusi penegak hukum lainnya yang ditetapkan berdasarkan undang-undang” (*vide* Putusan halaman 103).

Berdasarkan apa yang disampaikan di atas, maka hal yang diminta oleh Pemohon untuk menafsirkan Pasal 5 ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 44 huruf b UU ITE, sebenarnya sudah diatur dalam UU ITE sehingga apabila Mahkamah menafsirkan frasa “informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik” dalam Pasal 5 ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 44 huruf b UU ITE seperti yang dimintakan Pemohon menjadi redundant karena apa yang diminta oleh Pemohon berkenaan perekaman hanya untuk penegakan hukum yang dilakukan oleh Aparat Penegak Hukum sudah diatur dalam Pasal 31 ayat (3) UU ITE (*vide* Putusan halaman 103).

Berdasarkan uraian di atas, Hakim Konstitusi Suhartoyo berpendapat seharusnya Mahkamah menyatakan permohonan Pemohon dinyatakan ditolak, karena paa yang dipermasalahkan oleh Pemohon sudah dipenuhi oleh UU ITE sehingga tidak ada pertentangan norma antara Pasal 5 ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 44 huruf b UU ITE dengan UUD 1945 dan konstitusional adanya (*vide* Putusan halaman 104).

### **c. Implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi**

Dalam Perkara Nomor 20/PUU-XIV/2016, frasa “Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik” dalam Pasal 5 ayat (1) dan ayat (2) dan Pasal 44 huruf (b) bertentangan dengan UUD Tahun 1945 sepanjang tidak dimaknai khususnya frasa “Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik” sebagai alat bukti dilakukan dalam rangka penegakan hukum atas permintaan kepolisian, kejaksaan, dan/atau institusi penegak hukum lainnya yang ditetapkan berdasarkan undang-undang sebagaimana ditentukan dalam Pasal 31 ayat (3) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik. Mahkamah Konstitusi mengabulkan permohonan Pemohon untuk sebagian sehingga hal ini tentu berimplikasi pada UU ITE.

## **B. Evaluasi Undang-Undang**

Dalam Perkara Nomor 5/PUU-VIII/2010, Pasal 31 ayat (4) UU ITE bertentangan dengan UUD Tahun 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Mahkamah Konstitusi mengabulkan permohonan Pemohon seluruhnya, sehingga putusan Mahkamah Konstitusi ini berimplikasi pada UU ITE. Oleh sebab itu, diperlukan perubahan UU ITE khususnya pada Pasal 31 ayat (4) UU ITE yang sebelumnya “*Ketentuan lebih lanjut mengenai tata cara intersepsi sebagaimana dimaksud pada ayat (3) diatur dengan **Peraturan Pemerintah***” menjadi

*“Ketentuan lebih lanjut mengenai tata cara intersepsi sebagaimana dimaksud pada ayat (3) diatur dengan **undang-undang**.”*

Dalam Perkara Nomor 20/PUU-XIV/2016, frasa “Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik” dalam Pasal 5 ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 44 huruf b UU ITE bertentangan dengan UUD Tahun 1945 sepanjang tidak dimaknai khususnya frasa “Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik” sebagai alat bukti dilakukan dalam rangka penegakan hukum atas permintaan kepolisian, kejaksaan, dan/atau institusi penegak hukum lainnya yang ditetapkan berdasarkan undang-undang sebagaimana ditentukan dalam Pasal 31 ayat (3) UU ITE. Mahkamah Konstitusi mengabulkan permohonan Pemohon untuk sebagian sehingga hal ini tentu berimplikasi pada perubahan UU ITE.

Menindaklanjuti dari beberapa Putusan MK tersebut terutama yang terkait dengan UU ITE, DPR dan Pemerintah menyusun Perubahan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik. Dalam Penjelasan Umum Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik disampaikan bahwa salah satu perubahan UU ITE tersebut untuk mengakomodir beberapa putusan MK yaitu:

1. Berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 5/PUU-VIII/2010, Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa kegiatan dan kewenangan penyadapan merupakan hal yang sangat sensitif karena di satu sisi merupakan pembatasan hak asasi manusia, tetapi di sisi lain memiliki aspek kepentingan hukum. Oleh karena itu, pengaturan (regulation) mengenai legalitas penyadapan harus dibentuk dan diformulasikan secara tepat sesuai dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Di samping itu, Mahkamah berpendapat bahwa karena penyadapan merupakan pelanggaran atas hak asasi manusia sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 28J ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, sangat wajar dan sudah sepatutnya jika negara ingin menyimpangi hak privasi warga

negara tersebut, negara haruslah menyimpanginya dalam bentuk undang-undang dan bukan dalam bentuk peraturan pemerintah.

2. Berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-XIV/2016, Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa untuk mencegah terjadinya perbedaan penafsiran terhadap Pasal 5 ayat (1) dan ayat (2) UU ITE, Mahkamah menegaskan bahwa setiap intersepsi harus dilakukan secara sah, terlebih lagi dalam rangka penegakan hukum. Oleh karena itu, Mahkamah dalam amar putusannya menambahkan kata atau frasa “khususnya” terhadap frasa “Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik”. Agar tidak terjadi penafsiran bahwa putusan tersebut akan mempersempit makna atau arti yang terdapat di dalam Pasal 5 ayat (1) dan ayat (2) UU ITE, untuk memberikan kepastian hukum keberadaan Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik sebagai alat bukti perlu dipertegas kembali dalam Penjelasan Pasal 5 UU ITE.

Pasal-Pasal yang mengalami perubahan dalam UU ITE berdasarkan Putusan MK Nomor 5/PUU-VIII/2010 dan Nomor 20/PUU-XIV/2016 adalah Penjelasan Pasal 5 ayat (1) dan (2) dan Pasal 31 ayat (4).

Dalam Penjelasan Pasal 5 ayat (1) UU ITE yang sebelumnya “*Cukup jelas*” berubah menjadi “*Bahwa keberadaan Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik mengikat dan diakui sebagai alat bukti yang sah untuk memberikan kepastian hukum terhadap Penyelenggaraan Sistem Elektronik dan Transaksi Elektronik, terutama dalam pembuktian dan hal yang berkaitan dengan perbuatan hukum yang dilakukan melalui Sistem Elektronik.*” Sedangkan untuk Penjelasan Pasal 5 ayat (2) yang sebelumnya “*Cukup jelas*” berubah menjadi “*Khusus untuk Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik berupa hasil intersepsi atau penyadapan atau perekaman yang merupakan bagian dari penyadapan harus dilakukan dalam rangka penegakan hukum atas permintaan kepolisian, kejaksaan, dan/atau institusi lainnya yang kewenangannya ditetapkan berdasarkan undang-undang.*”

Pasal 31 ayat (4) UU ITE yang sebelumnya “*Ketentuan lebih lanjut mengenai tata cara intersepsi sebagaimana dimaksud pada ayat (3) diatur dengan Peraturan Pemerintah*” menjadi “*Ketentuan lebih lanjut mengenai tata cara intersepsi sebagaimana dimaksud pada ayat (3) diatur dengan undang-undang.*”

Sedangkan Pasal 44 huruf (b) UU ITE tidak mengalami perubahan karena merujuk kepada alat bukti lain berupa Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 1 dan angka 4 serta Pasal 5 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3). Dimana Pasal 5 ayat (1) dan ayat (2) sudah diberikan penjelasannya.

Selain hal tersebut, dalam dua putusan MK di atas, MK menyatakan adanya kebutuhan untuk segera membentuk rancangan undang-undang tentang penyadapan. perlu adanya sebuah Undang-Undang khusus yang mengatur penyadapan pada umumnya hingga tata cara penyadapan untuk masing-masing lembaga yang berwenang. Undang-Undang ini amat dibutuhkan karena hingga saat ini masih belum ada pengaturan yang sinkron mengenai penyadapan sehingga berpotensi merugikan hak konstitusional warga negara pada umumnya. Bahwa Peraturan Pemerintah seperti yang disebutkan dalam Pasal 31 ayat (4) UU Nomor 11 Tahun 2008 Tentang ITE tidak dapat mengatur pembatasan hak asasi manusia. Bentuk Peraturan Pemerintah hanya merupakan pengaturan administratif dan tidak memiliki kewenangan untuk menampung pembatasan atas HAM. DPR dalam hal ini Komisi I telah menjawab Putusan MK tersebut dengan memasukkan RUU Penyadapan dalam Prolegnas Prioritas Tahun 2018 untuk segera dibahas bersama dengan Pemerintah.

## **BAB IV**

### **PENUTUP**

#### **A. Simpulan**

Dalam dinamikanya, Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Jo. Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 Tentang UU ITE telah 7 (tujuh) kali diajukan permohonan uji materiil ke Mahkamah Konstitusi (MK). Namun demikian, hanya 2 (dua) permohonan yang dikabulkan baik sebagian maupun seluruhnya. Adapun ketentuan dalam UU ITE yang telah dimohonkan kepada MK dan dikabulkan baik sebagian maupun seluruhnya adalah Pasal 5 ayat (1) dan ayat (2), Pasal 31 ayat (4), dan Pasal 44 huruf (b).

Meskipun UU ITE telah mengalami perubahan pada tahun 2016 dan mengakomodasi putusan MK Nomor 5/PUU-VIII/2008 dan Nomor 20/PUU-XIV/2016, namun dalam dua putusan tersebut MK memberikan pertimbangan untuk segera dibuat UU tentang Penyadapan. Adapun pertimbangan dari Mahkamah Konstitusi agar segera dibuat UU tentang Penyadapan adalah karena UU ini amat dibutuhkan sebab hingga saat ini masih belum ada pengaturan yang sinkron mengenai penyadapan sehingga berpotensi merugikan hak konstitusional warga negara pada umumnya. Bahwa Peraturan Pemerintah seperti yang disebutkan dalam Pasal 31 ayat (4) UU Nomor 11 Tahun 2008 Tentang ITE tidak dapat mengatur pembatasan hak asasi manusia. Bentuk Peraturan Pemerintah hanya merupakan pengaturan administratif dan tidak memiliki kewenangan untuk menampung pembatasan atas HAM.

#### **B. Rekomendasi**

Sebagaimana diatur dalam Pasal 10 ayat (1) huruf d Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan bahwa materi muatan yang harus diatur dengan UU

berisi materi muatan mengenai tindak lanjut Putusan MK. Oleh karena itu, perlu segera disusun UU tentang Penyadapan yang sebenarnya telah ada dalam Prolegnas Prioritas Tahun 2018 untuk dibahas bersama-sama antara DPR dan Pemerintah agar tidak terjadi kekosongan hukum, terjamin kepastian hukum, dan penyelenggaraan penyadapan yang tidak bertentangan dengan UUD Tahun 1945.

## DAFTAR PUSTAKA

### Buku

Asshiddiqie, Jimly. *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta: Konstitusi Press, 2006.

\_\_\_\_\_, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Jakarta: Sinar Grafika, 2010.

Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*, New York: Russel&Russel, 2007.

MD, Mahfud. *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2012.

Marbun, S.F. *Peradilan Administrasi Negara dan Upaya Administrasi di Indonesia*, Yogyakarta: Liberty, 1997.

Mertokusumo, Sudikno. *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Yogyakarta: Liberty, 1996.

Siahaan, Maruarar. *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2006.

Soemantri, Sri. *Hak Uji Material Di Indonesia*, Bandung: Alumni, 1997.

### Jurnal

Arod Fandy, *Kewenangan Mahkamah Konstitusi Hanya Sebagai Negatif Legislator*, [www.academia.edu](http://www.academia.edu).

Malik. *Telaah Makna Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi yang Final dan Mengikat*, Jurnal Konstitusi, Volume 6, Nomor 1, April 2009.

Tanto Lailam, *Penafsiran Konstitusi Dalam Pengujian Konstitusionalitas Undang- Undang Terhadap Undang- Undang Dasar 1945*, Jurnal Media Hukum Vol. 21 No. 1 Juni 2014, Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta.

Sekretariat Negara Republik Indonesia, *Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) dan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI)*, Jakarta: 1995.

### **Peraturan Perundang-Undangan**

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945.

Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik.

Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik.

### **Putusan MK**

Putusan MK Nomor 5/PUU-VIII/2010

Putusan MK Nomor 20/PUU-XIV/2016