



**PUTUSAN**  
**Nomor 16/PUU-IX/2011**

**DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA**

**MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA**

[1.1] Yang mengadili perkara konstitusi pada tingkat pertama dan terakhir, menjatuhkan putusan dalam perkara permohonan Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang diajukan oleh:

[1.2] Nama : **Abu Bakar Ba'asyir**;

Pekerjaan : Guru Agama/Ustad;

Alamat : Desa Ngruki, RT 006 RW 17, Kelurahan Cemani,  
Kecamatan Grogol, Kabupaten Sukoharjo, Jawa Tengah;

Berdasarkan Surat Kuasa Khusus bertanggal 28 Januari 2011 memberi kuasa kepada **H.M. Mahendradatta, SH., MA., MH., PhD., Achmad Michdan, SH., Mohammad Assegaf, SH., Wirawan Adnan, SH., Akhmad Kholid, SH., M. Rahman Marasabessy, SH., M. Lutfie Hakim, SH., MH., H. Qadhar Faisal Ruskanda, SH., Ari Yusuf Amir, SH., H. Fahmi Bachmid, SH., M.Hum., HM. Sholeh Amin, SH., M.Hum., Guntur Fattahillah, SH., Sutejo Sapto Jalu, SH., Hery Susanto, SH., Muannas Al Aidid, SH., Abi Sambasi, SH., MR Pahlevi El Hakim, SH., Rita Suherman, SH., Erwin Firmansyah, SH., Muhammad Sahal, SH., Farid Gozali, SH., Ahid Syahroni, SH., Asep Furqon Nurzaman, SH., M. Ratho Priyasa, SH., Alnal Hukman, SH., Muslim, SH.**, para Advokat yang tergabung dalam Tim Advokat Abu Bakar Ba'asyir beralamat kantor di Jalan RS Fatmawati Nomor 22 FG, Cipete Selatan, Cilandak, Jakarta Selatan dan Jalan Pinang I Nomor 9 Pondok Labu, Cilandak, Jakarta Selatan;

Selanjutnya disebut sebagai ----- **Pemohon**;

[1.3] Membaca permohonan dari Pemohon;

Mendengar keterangan dari Pemohon;

Mendengar dan membaca keterangan tertulis dari Pemerintah;

Memeriksa bukti-bukti dari Pemohon

Mendengar keterangan ahli dari Pemohon;

## 2. DUDUK PERKARA

[2.1] Menimbang bahwa Pemohon telah mengajukan permohonan dengan surat permohonan bertanggal 2 Februari 2011, yang diterima di Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut Kepaniteraan Mahkamah) pada hari Rabu tanggal 2 Februari 2011 berdasarkan Akta Penerimaan Berkas Permohonan Nomor 73/PAN.MK/2011, yang diregistrasi pada hari Rabu tanggal 16 Februari 2011 dengan Nomor 16/PUU-IX/2011, yang telah diperbaiki dan diterima di Kepaniteraan Mahkamah pada tanggal 17 Maret 2011, yang pada pokoknya menguraikan hal-hal sebagai berikut:

### **LEGAL STANDING PEMOHON**

Bahwa menurut ketentuan Pasal 51 ayat (1) UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU MK), agar seseorang atau suatu pihak dapat diterima sebagai Pemohon dalam permohonan pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945, maka orang atau pihak dimaksud haruslah:

- (a) Menjelaskan kualifikasinya dalam permohonannya, yaitu apakah yang sebagai perorangan warga negara Indonesia, kesatuan masyarakat hukum adat, badan hukum, atau lembaga negara;
- (b) Kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya, dalam kualifikasi sebagaimana dimaksud pada huruf (a), sebagai akibat diberlakukannya undang-undang yang dimohonkan pengujian

Atas dasar ketentuan tersebut, maka dengan ini Pemohon perlu terlebih dahulu menjelaskan kualifikasinya, hak konstitusi yang ada pada Pemohon, beserta kerugian spesifik yang akan dideritanya sebagai berikut:

1. Pemohon adalah *perorangan warga negara Indonesia* yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya telah dirugikan oleh berlakunya Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (Lembaran Negara Republik Indonesia 1981 Nomor 76 *juncto* Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3209), Pasal 21 ayat (1) dan Penjelasan Pasal 95 ayat (1).
2. Bahwa Pemohon dalam mengajukan permohonan ini bertindak dalam kapasitas atau kualifikasi pribadi sebagai warga negara Indonesia, sehingga

dapat bertindak sendiri tanpa ijin maupun tanpa dapat dianggap mewakili kategori lain selain sebagai perorangan.

3. Bahwa sebagai warga negara Indonesia, maka Pemohon memiliki Hak Konstitusional yang diberikan oleh Undang-Undang Dasar 1945 antara lain tetapi tidak terbatas pada:

Pasal 28D ayat (1) yang berbunyi: *“Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama terhadap hukum”*.

4. Bahwa selain Pasal 28D ayat (1) di atas Pemohon juga memiliki Hak Konstitusional yang lain sebagaimana dimaksud dalam;

Pasal 27 ayat (1) yang berbunyi: *“Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya”*

Pasal 28G ayat (1) yang berbunyi: *“Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi\*\*”*

Pasal 28I ayat (2) yang berbunyi: *“Setiap orang bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apa pun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu”*.

5. Bahwa oleh karena secara normatif, Pemohon merasa dirugikan Hak Konstitusionalnya untuk memperoleh *perlindungan dan kepastian hukum, serta perlakuan yang sama* sebagaimana tercantum dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, yang secara konkrit kerugian tersebut berupa tindakan didalam operasi keamanan resmi aparaturnegara dalam hal ini Kepolisian Negara Republik Indonesia dalam menjalankan fungsi sebagai Penyidik tindak pidana berdasarkan KUHAP, atas penangkapan diri Pemohon yang secara tiba-tiba di Kota Banjar, Patroman, Ciamis, Jawa Barat, sebagaimana secara terus menerus ditayangkan melalui salah satu media massa, dimana pada saat penangkapan terhadap diri Pemohon layaknya seorang buronan penjahat besar, yaitu dengan cara memecahkan kaca mobil yang ditumpangi Pemohon, dilanjutkan dengan dipegangnya tangan Pemohon dengan ditarik secara paksa, kemudian Pemohon juga ditodong senjata laras panjang sambil

mengatakan “SAYA TEMBAK KAMU” Sehingga Pemohon berkeyakinan tindakan tersebut adalah suatu tindakan penyimpangan kekuasaan publik, bukan tindakan pribadi yang hanya dipandang sebagai tindakan perdata, tetapi bukan pula tindakan pidana perorangan. Karena bilamana hal tersebut adalah tindak pidana perorangan, maka pastilah telah diusut dan diberi sanksi tegas oleh institusi Kepolisian Negara Republik Indonesia.

6. Bahwa setelah dilakukan penangkapan terhadap diri Pemohon, kemudian Pemohon dibawa ke Markas Besar Kepolisian Republik Indonesia (MABES POLRI), untuk selanjutnya dilakukan penahanan dengan alasan telah melakukan tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11; Pasal 14 *juncto* Pasal 7, Pasal 9, Pasal 11, Pasal 15 *juncto* Pasal 7, Pasal 11; Pasal 13 Perpu Nomor 1 Tahun 2002 yang telah ditetapkan menjadi Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2003 tentang pemberantasan tindak pidana terorisme.
7. Bahwa, meskipun kegiatan penyidik *a quo* dalam melakukan penahanan terhadap Pemohon merupakan pelaksanaan kegiatan dalam lingkup penerapan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP), Pasal 21 ayat (1) yakni:  
“ *Perintah Penahanan atau Penahanan lanjutan dilakukan terhadap seorang tersangka atau terdakwa yang diduga keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup, dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti, atau mengulangi tindak pidana*”.
8. Namun demikian dalam melakukan penahanan terhadap Pemohon, penyidik MABES POLRI hanya berdasarkan dugaan tindak pidana sebagaimana diatur dalam pasal-pasal Perpu Nomor 1 Tahun 2002 yang telah ditetapkan menjadi Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2003 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme, namun dalam surat penahanan *a quo* tidak menyebutkan secara spesifik tindak pidana apa yang dilakukan oleh Pemohon, akan tetapi penahanan terhadap diri Pemohon hanya berdasarkan bunyi pasal yang disangkakan.
9. Bahwa selain itu saat Pemohon dan Kuasa Hukum Pemohon mempertanyakan atas dasar indikasi apa sehingga Pemohon bisa membuat Penyidik “khawatir” Pemohon: “*akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti, atau mengulangi tindak pidana*” (vide Pasal 21 ayat (1) KUHAP), hal tersebut

tidak dijawab maupun dijelaskan sama sekali. Pertanyaan ini diulangi lagi saat Pemohon ditahan oleh Penuntut Umum dan terakhir ditanyakan oleh Kuasa Hukum Pemohon kepada Majelis Hakim Pengadilan Negeri Jakarta Selatan yang juga telah melakukan Penahanan terhadap Pemohon. Adapun keseluruhan aparat tersebut kesemuanya tidak ada yang memberi jawaban dan merasa hal tersebut adalah tergantung “perasaan kebathinan” masing-masing pihak yang melakukan Penahanan.

10. Bahwa oleh karenanya, Pemohon bermaksud mengajukan tuntutan pertanggung jawaban tindakan tersebut kepada Pemerintah Republik Indonesia cq Kepolisian Negara Republik Indonesia.
11. Bahwa walaupun Pasal 21 ayat (1) KUHAP ini dapat dimohonkan sebagai dasar permintaan pertanggungjawaban Pihak Pemerintah Republik Indonesia cq Kepolisian Republik Indonesia melalui lembaga Praperadilan, sebagaimana diatur dalam Pasal 77 KUHAP yang berbunyi “ Pengadilan Negeri berwenang untuk memeriksa dan memutus, sesuai dengan ketentuan yang diatur dalam Undang-Undang ini tentang:
  - a. Sah tidaknya Penangkapan, Penahanan, Penghentian Penyidikan, atau Penghentian Penuntutan;
  - b. Ganti kerugian dan rehabilitasi bagi seorang yang perkara pidananya dihentikan ditingkat penyidikan atau penuntutan.
12. Namun oleh karena, frasa Pasal 21 ayat (1) KUHAP menurut hemat Pemohon masih menimbulkan multitafsir, dimana pada frasa ini Penyidik sering kali menafsirkan sesuai dengan kehendaknya (alasan subjektif), seperti *dalam hal penahanan tersangka Bibit Samad Riyanto dan M. Chandra Hamzah dimana penyidik melakukan Penahanan terhadap keduanya, selain atas dasar keduanya khawatir melarikan diri, menghilangkan barang bukti dan tidak kooperatif, dari 3 (tiga) alasan tersebut terdapat alasan subjektif lainnya, yaitu keduanya sering menggelar konferensi pers yang dapat menggiring opini publik. (Jum'at, 30 Oktober 2009, 00:26 WIB, VIVAnews)*  
Lain halnya dengan Penahanan Ariel Peterpan, dimana jelas dalam tindak pidana tersebut selain Ariel terdapat juga Luna Maya dan Cut Tari, kenapa dalam perkara ini hanya Ariel yang ditahan, kenapa Luna Maya dan Cut Tari tidak ditahan?

*Kepala Divisi Humas Mabes Polri Irjen (Pol) Edward Aritonang kembali menyatakan alasan tidak ditahannya Luna Maya dan Cut Tari, meskipun pihaknya punya kewenangan untuk menahan seseorang.*

*"Alasan hukumnya penahanan adalah kebolehan tapi bukan keharusan. Kalau terpenuhi baru dapat ditahan. Penahanan tidak terjadi dilaksanakan karena pertimbangan penyidik belum perlu adanya penahanan," kata Edward ditemui di Mabes Polri, Jumat (16/7/2010). "Kalau penyidiknya sudah merasa cukup, tidak perlu penahanan karena itu kewenangan penyidik," lanjutnya. (Cek Ricek - Jum Jul 16, 2010 18:06 WIB)*

Dari kedua contoh kasus tersebut di atas, terlihat bahwa penyidik telah bersikap semaunya atau sewenang-wenang dalam melakukan penahanan terhadap seseorang, hanya atas dasar alasan subjektif, dimana dalam melakukan penahanan terhadap *Bibit Samad Riyanto dan M. Chandra Hamzah selain atas dasar keduanya khawatir melarikan diri, menghilangkan barang bukti dan tidak kooperatif, dari 3 (tiga) alasan tersebut terdapat alasan subjektif lainnya, yaitu keduanya sering menggelar konferensi pers yang dapat menggiring opini publik. Berbeda halnya terhadap penahanan Luna Maya dan Cut Tari, terhadap keduanya penyidik mempunyai pandangan yang sangat subjektif, yakni dikarenakan alasan hukumnya penahanan adalah kebolehan tapi bukan keharusan, kalau terpenuhi baru dapat ditahan. Penahanan tidak terjadi dilaksanakan karena pertimbangan penyidik belum perlu adanya penahanan.*

Bahwa Pasal 21 ayat (1) KUHAP telah jelas memberikan batasan kepada penyidik dalam melakukan penahanan seseorang, yaitu *Perintah Penahanan atau Penahanan lanjutan dilakukan terhadap seorang tersangka atau terdakwa yang diduga keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup, dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan/atau mengulangi tindak pidana*". Namun dalam praktiknya penyidik selalu menggunakan istilah lain yang tidak terdapat dalam Pasal 21 ayat (1) KUHAP, seperti alasan tidak kooperatif dan lain-lain.

13. Bahwa permasalahan Pasal 21 ayat (1) KUHAP pernah diajukan dalam Perkara Pengujian Undang-Undang Nomor 018/PUU-IV/2006 dan walaupun ditolak, namun Mahkamah sudah menyampaikan pendapat sebagai berikut:

“Menimbang bahwa terhadap dalil Pemohon dan keterangan ahli di atas, Mahkamah berpendapat, bahwa penahanan oleh penyidik atau penuntut umum harus didasarkan atas pertimbangan yang cukup rasional dan tidak dengan serta merta saja dilakukan penahanan yang hanya didasari keinginan subjektif semata dari penyidik atau penuntut umum..... dan seterusnya”. Dimana sebenarnya “pertimbangan rasional” yang dimaksud oleh Mahkamah tersebut sudah diwajibkan di dalam Pasal 21 ayat (1) *a quo* dengan batasan atau ketentuan: “*melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti, atau mengulangi tindak pidana*”. Namun pada kenyataannya norma itu dapat dikatakan tidak pernah diterapkan sama sekali, sehingga terjadi “kemacetan” atau “kebuntuan” terhadap norma tersebut sehingga dibutuhkan adanya Penafsiran Konstitusional yang mengikat.

14. Bahwa, selain tidak adanya batasan dan kejelasan penyidik dalam melakukan penahanan terhadap seseorang, ternyata penahanan itu sendiri juga tidak efektif, hal ini sebagaimana fakta yang tidak terbantahkan keluarnya Gayus Holomoan Tambunan sebanyak 68 kali dari rumah tahanan Markas Komando Brigade Mobil Polri (Mako Brimob) yang kita ketahui rumah tahanan Mako Brimob sangat ketat, jangankan bisa keluar masuk, hanya untuk menjenguk saja sama sekali tidak mudah, contoh kasus, sekedar bertemu dengan perempuan lemah yang tertembak kakinya, Putri Munawaroh, harus melalui sekian banyak izin sampai ke tingkatan jenderal. Anehnya keluarnya Gayus Halomoan Tambunan, bukan layaknya seorang tahanan yang keluar sekedar berobat ke rumah sakit layaknya Pemohon, akan tetapi Gayus Halomoan Tambunan keluar untuk rekreasi ke Bali bahkan Singapura, Kuala Lumpur hingga sampai Makau.
15. Bahwa, terdapat fakta lain yang menunjukkan ketidakefektifan dalam melakukan penahanan seseorang, hal ini sebagaimana kita ketahui bersama di Rumah Tahanan Bojonegoro terdapatnya perjokian dalam penahanan, dimana hanya dalam membayar Rp. 10.000.000,- (sepuluh juta rupiah), Kasiem seorang yang seharusnya menjalani isi putusan untuk ditahan, namun tidak menjalaninya, karena Kasiem telah membayar Karni untuk mengantikannya berada dalam tahanan.
16. Bahwa, dikarenakan masih terdapat ketidakjelasan atau masih terjadinya “penafsiran menyimpang” terhadap pasal *a quo*, sehingga sangat sulit

Praperadilan dapat dikabulkan oleh setiap orang yang memohon pertanggung jawaban Pihak Pemerintah Republik Indonesia cq Kepolisian Republik Indonesia melalui Lembaga Praperadilan, karena Lembaga Praperadilan ini tidak cukup berarti, dimana dalam praktiknya Praperadilan hanya memeriksa persyaratan formal saja, seperti ada tidaknya Surat Penangkapan dan Surat Penahanan.

17. Bahwa oleh karenanya akibat “tafsiran menyimpang” dan tidak konstitusional terhadap Pasal 21 ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang KUHAP maka Pemohon merasa diperlakukan tanpa kepastian hukum, diskriminatif dan tercekam rasa takut terhadap kesewenang-wenangan penahanan yang dapat dilakukan oleh otoritas yang berhak menahan terhadap diri Pemohon.

Tentang Penjelasan Pasal 95 ayat (1) KUHAP:

18. Bahwa selain mengalami penahanan yang tanpa kepastian hukum dan diskriminatif *a quo*, Pemohon juga mengalami tindakan berlebihan dan menyakitkan pada saat penangkapan Pemohon yang dilakukan oleh aparat Kepolisian Republik Indonesia.
19. Bahwa, selain kegiatan penyidik *a quo* bisa dikatakan merupakan pelaksanaan kegiatan dalam lingkup penerapan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP), Pasal 21 ayat (1), yang dapat dimintakan pertanggungjawabannya melalui praperadilan, namun demikian kegiatan penyidik tersebut juga dapat dimintakan pertanggung jawabannya melalui praperadilan sebagaimana diatur dalam Pasal 95 ayat (1) KUHAP yang berbunyi “*Tersangka, terdakwa atau terpidana berhak menuntut ganti kerugian karena ditangkap, ditahan, dituntut dan diadili atau dikenakan tindakan lain, tanpa alasan yang berdasarkan undang-undang atau karena kekeliruan mengenai orangnya atau hukum yang diterapkan.*”
20. Bahwa dikarenakan: 1) Tindakan tersebut di atas, sementara ini dianggap sebagai tindakan berdasarkan KUHAP –*quad non*- 2) Bukan merupakan sekedar tindakan keperdataan, sehingga kurang tepat apabila dianggap sebagai “perbuatan melawan hukum” dalam konteks perdata dan juga bukan perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh penguasa (*‘onrechtmatige overheeds daad’*) yang hanya menyangkut kerugian perdata i.e. menyangkut masalah kebendaan. 3) Pemohon tidak memiliki cukup uang untuk



melaksanakan gugatan perdata yang keseluruhan biaya harus ditanggung Pemohon, apalagi sesuai ketentuan harus diajukan ditempat domisili Penggugat *in cassu* Markas Besar Kepolisian Republik Indonesia di Jakarta. Maka Pemohon mencari ketentuan hukum dan perundang-undangan yang tepat untuk hal tersebut.

21. Bahwa *Alhamdulillah Robbal Alamin, Allohu Karim*, akhirnya Pemohon menemukan ketentuan hukum yang tepat untuk maksud meminta pertanggung jawaban pihak Pemerintah Republik Indonesia cq Kepolisian Negara Republik Indonesia yaitu melalui ketentuan yang termaktub dalam KUHAP khususnya Pasal 95 ayat (1) KUHAP.
22. Bahwa betapa bersyukur Pemohon (dan *Insya Alloh* semua warga masyarakat) mendapatkan dasar hukum tersebut, khususnya dalam hal mencakup "*Tindakan Lain*" mengingat tindakan aparat Kepolisian yang akan dituntut ganti rugi tersebut bukan masuk lingkup "*ditangkap, ditahan, dituntut dan diadili*" tetapi masuk dalam lingkup "*diberhentikan dengan cara memecahkan kaca, menodongkan senjata Laras Panjang sambil mengatakan "SAYA TEMBAK KAMU"*. Rasa syukur tersebut semakin besar, karena untuk melakukan tuntutan ganti rugi tersebut, Pemohon bisa memanfaatkan Praperadilan yang nota bene sederhana dan singkat (Dalam waktu 7 hari harus putus) sebagaimana bunyi Pasal 95 (2) KUHAP: "*Tuntutan ganti kerugian oleh tersangka atau ahli warisnya atas penangkapan atau penahanan serta tindakan lain tanpa alasan yang berdasarkan undang-undang atau karena kekeliruan mengenai orang atau hukum yang diterapkan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) yang perkaranya tidak diajukan ke Pengadilan Negeri, diputus di sidang praperadilan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 77 KUHAP.*"
23. Namun harapan Pemohon pupus dikarenakan adanya Penjelasan Pasal 95 ayat (1) KUHAP yang berbunyi: "*Yang dimaksud dengan "kerugian karena dikenakan tindakan lain" ialah kerugian yang ditimbulkan oleh pemasukan rumah, penggeledahan dan penyitaan yang tidak sah menurut hukum. Termasuk penahanan tanpa alasan ialah penahanan yang lebih lama dari pada pidana yang dijatuhkan*". Dimana dengan demikian Penjelasan Pasal 95 ayat (1) KUHAP ini secara normatif membatasi atau bahkan bisa diartikan mengeliminasi 'kebebasan' ketentuan Pasal 95 ayat (1) KUHAP khususnya tentang frasa "tindakan lain".

24. Bahwa dengan lain perkataan, Pemohon tidak bisa mengajukan tuntutan ganti rugi berdasarkan ketentuan Pasal 95 ayat (1) KUHAP karena secara normatif dikebiri dengan adanya Penjelasan Pasal 95 ayat (1).
25. Bahwa bilamana permohonan Pemohon dikabulkan, tentunya setiap orang yang memohon pertanggungjawaban Pemerintah cq Kepolisian melalui Lembaga Praperadilan, memiliki dasar hukum yang pasti, sehingga kerugian konstitusional dapat terakomodir melalui Praperadilan.

### **KEWENANGAN MAHKAMAH KONSTITUSI**

1. Bahwa Pasal 21 ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) yang diajukan oleh Pemohon memang sudah pernah diuji materiil oleh Mahkamah Konstitusi dalam Perkara Permohonan Pengujian Undang-Undang (PUU) Nomor 018/PUU-IV/2006 dengan Pemohon Mayor Jenderal (Purn). H. Suwarna Abdul Fatah, dengan keputusan Permohonan Ditolak.
2. Bahwa menurut hemat Pemohon untuk Pasal 21 ayat (1) KUHAP, yang diajukan oleh Pemohon sebelumnya tidak ada satupun alasan yang sama, karena yang diajukan oleh Pemohon sebelumnya memohon untuk dibatalkannya frasa *diduga keras melakukan tindak pidana*.
3. Alasan atau syarat konstitusional yang diajukan Pemohon berbeda dengan yang diajukan oleh Pemohon sebelumnya, hal ini terlihat dari kutipan Perkara Permohonan Pengujian Undang-Undang (PUU) Nomor 018/PUU-IV/2006 dimana dasar konstitusional yang dijadikan argumentasi Pemohon sebelumnya adalah Pasal 28D ayat (1) dan ayat (2), Pasal 28G ayat (1) serta 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945, sedangkan dasar konstitusional yang diajukan Pemohon (kali ini) adalah Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28G ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945.
4. Bahwa disamping itu, Pemohon tidak mempermasalahkan isi Pasal 21 ayat (1) *a quo* tetapi ingin mempertahankannya dengan suatu penafsiran yang tepat secara konstitusional. Karenanya Pemohon mengajukan permohonan agar Pasal *a quo* memperoleh tafsiran yang konstitusional dari Mahkamah.
5. Begitu juga dengan Pasal 95 ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) yang diajukan

oleh PEMOHON memang sudah pernah diuji materiil oleh Mahkamah Konstitusi dalam Perkara Permohonan Pengujian Undang-Undang (PUU) Nomor 07 /PUU-IV/2007 dengan Pemohon Rahmat, dengan keputusan Permohonan dicabut, karena diduga Pemberi Kuasa (Sdr. Rahmat) mencabut kuasanya karena ketakutan terhadap oknum-oknum tertentu. Dimana untuk kali ini diajukan kembali oleh Pemohon yang berbeda.

6. Bahwa, oleh karena syarat konstitusional yang dipergunakan oleh Pemohon berbeda dengan Pemohon sebelumnya, maka sudah sepantasnya, apabila Mahkamah Konstitusi berkenan menerima permohonan Pemohon dan menyatakan berwenang untuk memeriksa pokok permohonan Pemohon.
7. Bahwa Mahkamah Konstitusi berdasarkan Pasal 10 huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan untuk mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang Putusannya bersifat final untuk menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945.
8. Bahwa dari uraian *Legal Standing* Permohonan *a quo*, Pemohon merasa sebagai perorangan warga negara Indonesia, telah memiliki *legal standing* untuk mengajukan Permohonan Uji Materiil dari Pasal 21 ayat (1) dan Pasal 95 ayat (1) dan Penjelasannya Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) terhadap Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28G ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945.
9. Bahwa bilamana ketentuan Pasal 21 ayat (1), jika digunakan dengan ditafsirkan secara salah, maka Pasal *a quo* merupakan pasal yang potensial untuk terjadinya penyalahgunaan jabatan oleh penyidik.
10. Bahwa bilamana Mahkamah memutuskan atau menyatakan Pasal 21 ayat (1) ditafsirkan sesuai dengan maksud dari Pasal *a quo*, maka dapat dipastikan Pemohon dapat segera mengajukan Praperadilan tuntutan berdasarkan Pasal 21 ayat (1) KUHAP, sehingga putusan Mahkamah akan memiliki manfaat nyata/berpengaruh menghentikan kerugian Hak Konstitusional Pemohon.
11. Dan bilamana Mahkamah memutuskan membatalkan atau menyatakan Penjelasan Pasal 95 ayat (1) tidak memiliki kekuatan hukum mengikat, dapat dipastikan Pemohon dapat segera mengajukan tuntutan ganti rugi berdasarkan Pasal 95 ayat (1) KUHAP khususnya frasa "tindakan lain". Sehingga putusan Mahkamah akan memiliki manfaat nyata/berpengaruh menghentikan kerugian Hak Konstitusional Pemohon.

12. Bahwa Pasal 50 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa Undang-Undang yang dapat dimohonkan untuk diuji adalah Undang-Undang yang diundangkan setelah perubahan UUD 1945 dengan perubahan terakhir yaitu perubahan ketiga yang disahkan pada tanggal 10 November 2001.
13. Bahwa Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana, diundangkan pada tanggal 31 Desember 1981 dalam Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1981 Nomor 76 dan dalam Tambahan Lembaran Negara Nomor 3209 atau lahir sebelum adanya Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.
14. Bahwa akan tetapi Pasal 50 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi tersebut telah dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi dalam perkara Nomor 066/PUU-II/2004 tanggal 12 April 2005.
15. Bahwa dengan dinyatakannya Pasal 50 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi tersebut tidak memiliki kekuatan hukum mengikat, maka Mahkamah Konstitusi berwenang untuk menguji secara materiil Pasal 21 ayat (1) dan Pasal 95 ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHAP) yang diundangkan pada tanggal 31 Desember 1981, pada Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1981 Nomor 76, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3209.

### **ALASAN PERMOHONAN**

- III.A. Kronologi Kejadian sehingga Pemohon memiliki dasar untuk mengajukan Praperadilan dan tuntutan ganti rugi berdasarkan Pasal 21 ayat (1) KUHAP Pasal 95 ayat (1) KUHAP.
1. Bahwa segala apa yang telah dikemukakan dalam bagian I dan II Permohonan *a quo* di atas, mohon pula dipertimbangkan sebagai alasan-alasan permohonan *a quo* secara *mutatis mutandis* masuk pula ke dalam bagian ini.
  2. Bahwa Pemohon bersama mobil rombongan dan pengawal memasuki kota Banjar pada pukul 07.30 WIB, setelah kedua mobil yang membawa Pemohon (Kijang Krista) dan pengawal (Nissan Terrano) dipaksa masuk ke Kantor

Polisi Banjar, langsung kedua mobil dikepung banyak anggota Densus 88 sambil menggedor-gedor mobil.

3. Bahwa Sopir Pemohon bernama Sartono mengatakan kepada penumpang agar mengunci semua pintu, "Tutup pintunya umi, jangan dibuka", kata Sartono. Kemudian Densus 88 berteriak-teriak, "buka pintu-buka pintu", karena yang di dalam mobil tidak mau menyerahkan diri begitu saja maka Densus 88 mulai memecahkan kaca depan bagian kanan, juga kaca tengah bagian kanan namun kaca bagian tengah tidak sampai pecah, hanya sekadar retak-retak.
4. Setelah memecah kaca depan, kemudian pintu dibuka dan supir Pemohon ditarik keluar dan langsung ditiarapkan, diinjak-injak dan ditendangi setelah itu baru diborgol tangannya. Begitu juga pengawal Pemohon yang duduk dibagian belakang, dia ditarik keluar dari jendela yang kacanya sudah dipecahkan, dan langsung ditiarapkan serta diborgol.
5. Selanjutnya Pemohon dikeluarkan dengan dipegang tangannya oleh petugas dari Densus 88 dan ditarik keluar.
6. Salah seorang petugas Densus 88 kemudian menodongkan senjata laras panjang kepada Pemohon sambil mengatakan, "*SAYA TEMBAK KAMU !!*" hal mana membuat Pemohon setidak-tidaknya sebagai seorang tua yang sudah berusia 72 tahun menjadi sangat tersinggung dan sakit hati.
7. Kemudian Pemohon dihampiri istrinya dan bersalaman, mengatakan kepada istrinya agar bersabar. Setelah itu Pemohon dibawa ke mobil minibus yang berisi petugas Densus 88 dan dibawa pergi.
8. Bahwa penangkapan dan penahanan secara paksa yang dilakukan oleh Aparat Kepolisian terhadap Pemohon, bukan yang pertama kalinya, dimana pada waktu penangkapan dan penahanan pertama kali dilakukan pada saat Pemohon sedang berada di Rumah Sakit PKU Muhammadiyah, Solo, Jawa Tengah, kemudian Pemohon untuk kedua kalinya ditangkap dan ditahan, pada saat itu Pemohon sedang menjalani masa hukum Pengadilan Negeri Jakarta Pusat di dalam Rumah Tahanan Salemba, Jakarta Pusat atas tuduhan tindak pidana pemalsuan dokumen dengan hukuman 1,5 tahun sampai tingkat Putusan Mahkamah Agung. Alasan ditangkap dan ditahannya Pemohon pada saat di Rumah Tahanan Salemba, diduga Pemohon melakukan tindak pidana terorisme peledakan di Hotel JW. Marriot dan

Peledakan di Bali, dengan tuduhan Pemohon dianggap merestui tindak pidana terorisme peledakan di Bali, namun oleh Mahkamah Agung Pemohon dinyatakan tidak terbukti secara sah dan meyakinkan melakukan tindak pidana terorisme peledakan di Bali, oleh karenanya Pemohon dibebaskan.

10. Bahwa penangkapan dan penahanan Pemohon kali ini hanya didasari dugaan telah melakukan tindak pidana sebagaimana diatur dalam pasal-pasal Perpu Nomor 1 Tahun 2002 yang telah ditetapkan menjadi Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2003 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme, namun demikian surat penahanan *a quo* tidak menyebutkan secara spesifik tindak pidana apa yang dilakukan oleh Pemohon, bahkan hingga sampai diajukannya permohonan ini dugaan tindak pidana yang dilakukan oleh Pemohon masih dicari-cari dan dicocok-cocokan.
  11. Bahwa sebelum ditangkap dan ditahan kembali dalam perkara ketiga ini, Pemohon sudah dibebaskan selama hampir kurang 4 (empat) tahun dan sudah bepergian ke beberapa tempat di Indonesia, namun tetap jelas keberadaannya.
  12. Bahwa saat Pemohon ditangkap kemudian ditahan, berkali-kali pemohon dan Penasihat Hukum Pemohon selalu menanyakan mengapa harus ditangkap dan ditahan sedangkan bilamana dibutuhkan untuk dilakukan penyidikan, Pemohon cukup dipanggil saja dan memastikan diri *Insyah Allah* akan datang. Selain itu ditanyakan pula berkali-kali apa tindakan spesifik/tertentu dari Pemohon sehingga dapat dinilai membuat kekhawatiran penyidik akan Pemohon melarikan diri, merusak barang bukti dan/atau mengulangi tindak pidana. Namun pertanyaan tersebut tidak pernah dijawab oleh Penyidik dan demikian pula pada setiap tahapan penahanan, Pemohon dan Penasihat Hukum Pemohon selalu mempertanyakan hal yang sama tetapi tetap tidak memperoleh jawaban (baca: didiamkan).
- III. B. Norma yang termaktub dalam Pasal 21 ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (Lembaran Negara Republik Indonesia 1981 Nomor 76, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3209) mengalami kebuntuan untuk dilaksanakan karena tafsiran yang menyimpang yang menganggapnya sebagai alasan subjektif murni:

1. Bahwa entah atas dasar apa, kemudian para Ahli Hukum mengatakan tentang alasan penahanan terbagi menjadi 2 (dua) bagian, yaitu “Alasan Objektif” yang menunjuk pada ketentuan tindak Pidana mana saja yang bisa dilakukan penahanan dan “Alasan Subjektif” yang menunjuk pada ketentuan Pasal 21 ayat (1) KUHAP. Khususnya “Alasan Subjektif” secara normatif tidak ada sama sekali dasar hukum yang menyatakan adanya hal tersebut selain dari tafsiran terhadap frasa: “adanya keadaan” dan “menimbulkan kekhawatiran”, yang kemudian kata “subyektif” benar-benar ditafsirkan dan diterapkan secara absolute menjadi sebuah diskresi yang tanpa ada batasan apapun asal dikehendaki oleh pihak yang mempunyai wewenang melakukan penahanan.
2. Bahwa Mahkamah dalam Putusannya dalam Perkara Pengujian Undang-Undang Nomor 018/PUU-IV/2006 ternyata telah memiliki pendapat yang membongkar “Alasan Subjektif” tersebut menjadi terbatas antara lain melalui pendapat-pendapat Mahkamah sebagai berikut:
  - ❖ Menimbang bahwa terhadap dalil Pemohon dan keterangan ahli di atas, Mahkamah berpendapat, bahwa penahanan oleh penyidik atau penuntut umum harus didasarkan atas pertimbangan yang cukup rasional dan tidak dengan serta merta saja dilakukan penahanan yang hanya didasari keinginan subjektif semata dari penyidik atau penuntut umum. Undang-Undang sesuai dengan sifatnya memang sangatlah umum, meskipun telah diusahakan dengan sebaik mungkin perumusannya, namun masih saja terbuka peluang kelemahannya. Penerapan Pasal 21 ayat (1) dan Pasal 77 KUHAP akan tergantung kepada aparat pelaksanaannya, yaitu penyidik, penuntut umum, dan hakim dalam menerapkan ketentuan tersebut dalam rangka mencegah adanya kemungkinan pelanggaran hak asasi terdakwa. Perumusan yang terdapat dalam Pasal 21 ayat (1) dan Pasal 77 KUHAP cukup menampung kebutuhan akan perlunya kepastian dan perlindungan bagi hak asasi manusia.
  - ❖ Menimbang bahwa menurut keterangan ahli Prof. Dr. Andi Hamzah, S.H., Tim Pembaharuan KUHAP akan melakukan penyempurnaan dengan cara membentuk hakim komisaris agar hak terdakwa atau tersangka lebih terlindungi. Adanya pranata praperadilan (*rechtsinstituut*) yang diatur dalam Pasal 77 KUHAP yang tujuannya untuk memeriksa sah tidaknya

penahanan, seharusnya tidak hanya semata-mata menilai aspek formal atau administratif penahanan, tetapi juga aspek yang lebih dalam lagi yaitu rasionalitas perlu tidaknya dilakukan penahanan. Mahkamah berpendapat, ketiadaan frasa "*berdasarkan bukti yang cukup*" untuk membuktikan adanya kekhawatiran tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti, dan/atau mengulangi perbuatan pidana, sebagai alasan penahanan, tidak menutup pintu bagi hakim praperadilan untuk menilai rasionalitas penahanan, karena dalam Pasal 21 ayat (1) KUHAP masih terdapat frasa "*dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran*". Frasa ini dapat dijadikan dasar apakah memang ada keadaan yang menimbulkan kekhawatiran bagi penyidik atau penuntut untuk melakukan penahanan, dan apabila keadaan yang menimbulkan kekhawatiran tersebut ternyata sangat lemah maka hakim praperadilan dapat menyatakan bahwa penahanan tidak mempunyai rasionalitas dan oleh karenanya dapat dinyatakan tidak sah;

Namun pada kenyataannya pendapat Mahkamah yang ideal seperti itu tetap diabaikan begitu saja oleh otoritas yang berwenang melakukan penahanan, dimana mereka tetap menafsirkan Pasal 21 ayat (1) *a quo* sebagai sebuah diskresi absolut dan boleh diterapkan semau mereka khususnya dalam menentukan "kekhawatiran". Hal ini terbukti setelah Putusan Mahkamah *a quo* diputuskan pada tanggal 19 Desember 2006, tetap terjadi penahanan dengan alasan yang aneh-aneh sebagaimana yang terkenal adalah saat penahanan Wakil Ketua KPK Bibit Samad Riyanto dan Wakil Ketua KPK Chandra Hamzah, yang ditahan dengan alasan antara lain "Sering melakukan jumpa pers".

3. Bahwa selain itu, juga dapat dipertanyakan kepada setidaknya-tidaknya Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Selatan sebagai Pengadilan Negeri yang membawahi wilayah domisili Instansi yang berwenang terbanyak, antara lain Markas Besar POLRI, Kejaksaan Agung, Polda Metro Jaya, Kejaksaan Tinggi DKI Jakarta, serta instansi kewilayahan tingkat kota lainnya (Polres, Kejari, dan Polsek-polseknya), mengenai statistik permohonan Praperadilan yang dikabulkan dan apa ada putusan hakim Praperadilan yang membahas mengenai masalah syarat penahanan melarikan diri, menghilangkan barang



bukti atau mengulangi tindak pidana. Karena menurut hemat Pemohon hampir tidak pernah ada permohonan Praperadilan yang dikabulkan dan hakim Praperadilan sudah bertindak selayaknya seorang petugas loket administrasi yang hanya memeriksa apakah penahanan secara administratif sudah dilengkapi dokumen-dokumen yang diperlukan. Juga tidak pernah sekali lagi tidak pernah ada putusan hakim Praperadilan yang membahas tentang fakta hukum yang memenuhi persyaratan penahanan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana.

4. Bahwa dengan demikian pendapat Mahkamah di atas hanyalah merupakan sebuah angan-angan belaka (*ilusionaire*) karena sama sekali tidak pernah dilaksanakan bahkan bisa dikatakan tidak pernah ada. Karenanya permasalahan ini kemudian tidak lagi menjadi permasalahan penerapan hukum tetapi menjadi permasalahan suatu norma Undang-Undang yang tidak jalan atau buntu.
5. Bahwa tidak ada permasalahan terhadap norma yang terkandung dalam Pasal 21 ayat (1) *a quo*, namun ada permasalahan di dalam penafsirannya dan hal tersebut sudah menjadi permanen karena menjurus pada penafsiran yang sama yaitu *diskresi absolut* menentukan persyaratan melarikan diri, merusak, atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana.
6. Bahwa suatu ketentuan Undang-Undang menjadi konstitusional bilamana memang ditafsirkan menurut tafsiran yang konstitusional, sebaliknya akan menjadi tidak konstitusional dan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945 bilamana tidak ditafsirkan demikian. Karena itulah makanya Mahkamah memiliki pranata yang dikenal sebagai "Tafsiran Konstitusional" ataupun penafsiran Konstitusional bersyarat.
7. Bahwa oleh karenanya dalam menguji Pasal 21 ayat (1) *a quo*, Pemohon bermaksud menggugah Mahkamah untuk sudi memberikan penafsiran konstitusional terhadap Pasal 21 ayat (1) *a quo* bukan sekedar pertimbangan saja agar lebih mengikat secara hukum. Dengan demikian maka Pasal 21 ayat (1) *a quo* menjadi sesuai dengan Undang - Undang Dasar 1945 Pasal 28D ayat (1) yang berbunyi: "Setiap orang berhak atas

pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum”.

III. C. Alasan mengenai pengujian Penjelasan Pasal 95 ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 Tentang Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana. Tindakan *a quo* Aparat POLRI dalam peristiwa *a quo* merupakan tindakan “*Excessive of Power*” tetapi tetap berada dalam lingkup kewenangan (hukum publik) yang diberikan oleh negara

1. Bahwa dalam tindakan “menangkap dan menahan” adalah merupakan wewenang aparat Kepolisian baik sebagai Penyidik/ Penyidik Pembantu maupun Anggota Kepolisian antara lain berdasarkan KUHAP dan Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia (“UU POLRI”). Namun menangkap dan menahan Pemohon dengan cara menghentikan dan memecahkan kaca mobil, tidak memiliki alasan maupun dasar hukum sama sekali.
2. Bahwa tindakan *a quo* adalah suatu tindakan *excessive* atau berlebihan dari suatu kewenangan yang diberikan negara dan berunsur pidana. Namun tindakan tersebut tidak berdiri sendiri menjadi suatu tindak pidana perorangan (baca: oknum). Bedakan dengan Kasus Oknum Anggota Polri yang menembak isterinya (Anggota TNI-AD) sampai mati, karena oknum Anggota Polri tersebut tidak sedang menjalankan suatu wewenang negara.
3. Bahwa bilamana tindakan *a quo* Aparat Polri dianggap sebagai tindak pidana oleh oknum, karena bukan wewenang Polri untuk menembak mati orang/warga masyarakat. Maka Pemohon mengingatkan, setiap tindakan berdasarkan wewenang yang diberikan KUHAP pun bilamana melanggar hukum juga dapat disepadankan dengan suatu ketentuan pidana misalnya Penangkapan dan Penahanan tanpa hak/melanggar hukum adalah sama dengan Pasal 333 KUHP dimana dalam Keterangan Pihak DPR-RI dalam Perkara Mahkamah Konstitusi Nomor 018/PUU-IV/2006 tanggal 20 Desember 2007 dinyatakan: “*Pasal 333 KUHP Penahanan yang tidak sah dapat dikualifikasikan sebagai perbuatan “merampas kemerdekaan secara melawan hukum” yang dapat dijatuhi hukuman (pidana) berdasarkan ketentuan Pasal 333 KUHP*”. Namun ternyata KUHAP masih membuat pranata Praperadilan untuk mengadili hal tersebut.

4. Bahwa seharusnya tindakan *a quo* dari aparat Polri dalam peristiwa *a quo* masuk dalam kategori ‘Tindak Pidana Korporasi’ dalam hal ini Polri harus bertanggung jawab secara institusional. Namun Polri adalah bagian dari Pemerintah yang memperoleh kewenangan negara, sehingga tidak tepat apabila disamakan dengan sebuah korporasi.
5. Bahwa tindakan *a quo* dari aparat Polri dalam peristiwa *a quo* terlalu sukar apabila diperiksa dalam suatu perkara Perdata dengan menggunakan Pasal 1365 BW/Kitab Undang-undang Hukum Perdata. Karena kerugian dalam perkara perdata haruslah dibuktikan atau nyata adanya, sedangkan untuk ditangkap dan ditahannya Pemohon sulit diperkirakan nilai kerugiannya yang nyata. Di samping itu Pasal 95 ayat (1) KUHAP sudah pantas dipergunakan untuk tindakan *a quo* karena tertuju pada “suatu tindakan” apabila dipandang dengan pendekatan pidana masuk kategori Formil sedangkan Pasal 1365 BW/KUHPerdata tertuju pada “suatu akibat” (“Materiel”). Perbandingannya adalah sebagai berikut: Pasal 95 ayat (1) KUHAP: *“Tersangka, terdakwa atau terpidana berhak menuntut ganti kerugian karena ditangkap, ditahan, dituntut dan diadili atau dikenakan tindakan lain, tanpa alasan yang berdasarkan undang-undang atau karena kekeliruan mengenai orangnya atau hukum yang diterapkan”* (lihat semua tertuju pada perbuatan, tanpa diperdulikan apakah kerugiannya nyata atau tidak) sedangkan Pasal 1365 BW/KUHPerdata: *“Tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada seorang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut”* (lihat kewajiban adanya unsur materil “membawa kerugian kepada seorang lain).
6. Bahwa Pemohon juga mencoba mengambil semangat yang terkandung dalam kebijaksanaan Mahkamah, antara lain dengan mengutip terlebih dahulu pendapat Mahkamah dalam Putusan Perkara Nomor 012/PUU-I/2003 Dimuat Dalam Berita Negara Republik Indonesia Nomor 92 Tahun 2004, terbit hari Rabu tanggal 17 November 2004 halaman 113-114 yang berbunyi: *“Menimbang bahwa meskipun Pasal 159 menentukan, apabila buruh/pekerja yang telah di-PHK karena melakukan kesalahan berat menurut Pasal 158, tidak menerima pemutusan hubungan kerja, pekerja/buruh yang bersangkutan dapat mengajukan gugatan ke lembaga*

*penyelesaian perselisihan industrial, maka di samping ketentuan tersebut melahirkan beban pembuktian yang tidak adil dan berat bagi buruh/pekerja untuk membuktikan ketidaksalahannya, sebagai pihak yang secara ekonomis lebih lemah yang seharusnya memperoleh perlindungan hukum yang lebih dibanding pengusaha, Pasal 159 tentang hal tersebut juga menimbulkan kerancuan berpikir dengan mencampuradukkan proses perkara pidana dengan proses perkara perdata secara tidak pada tempatnya".* Dimana Mahkamah sangat menghormati "hak kaum lemah", dalam hal ini tentunya Mahkamah berkenan mengeksaminasi Permohonan *a quo* berisi tentang keseimbangan hak dalam hukum antara Warga Masyarakat dengan Pemerintah khususnya aparat keamanan antara lain POLRI. Karena bilamana subyek dalam pertimbangan tersebut diganti menjadi warga masyarakat seperti halnya Pemohon, maka dapat dimengerti Pemohon ingin memperoleh saluran peradilan yang cepat dan murah (tanpa biaya) yaitu menggunakan Pasal 95 (1) KUHAP selanjutnya masuk dalam acara praperadilan, dibanding dengan menggunakan Pasal 1365 BW/KUHPerdata yang harus melalui Acara Perdata dengan kewajiban membayar biaya perkara dan melalui proses yang berbelarutar.

7. Bahwa Pasal 95 (1) KUHAP hanya meliputi segala tindakan dalam lingkup Hukum Acara Pidana, karenanya mohon tidak ada tanggapan dari pihak manapun yang kemudian berdalih kalau Pasal *a quo* berdiri sendiri akan menyebabkan meluasnya penafsiran ketentuan tersebut.

III. D. Keseimbangan antara wewenang Polri dengan hak warga masyarakat:

1. Bahwa Polri selaku Penyidik/Pembantu Penyidik/Penyelidik memiliki kewenangan sebagaimana diatur dalam Pasal 7 dan Pasal 5 KUHAP:

*(1) Penyidik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 ayat (1) huruf a karena kewajibannya mempunyai wewenang:*

- a. Menerima laporan atau pengaduan dari seseorang tentang adanya tindak pidana;*
- b. Melakukan tindakan pertama pada saat di tempat kejadian;*
- c. Menyuruh berhenti seorang tersangka dan memeriksa tanda pengenal diri tersangka;*
- d. Melakukan penangkapan, penahanan, pengeledahan dan penyitaan;*

- e. Melakukan pemeriksaan dan penyitaan surat;
- f. Mengambil sidik jari dan memotret seseorang;
- g. Memanggil orang untuk didengar dan diperiksa sebagai tersangka atau saksi;
- h. Mendatangkan orang ahli yang diperlukan dalam hubungan dengan pemeriksaan perkara;
- i. Mengadakan penghentian penyidikan;
- j. Mengadakan tindakan lain menurut hukum yang bertanggung jawab

*Pasal 5*

*(1)Penyelidik sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 4:*

- a. Karena kewajibannya mempunyai wewenang;
    - 1. Menerima laporan atau pengaduan dari seseorang tentang adanya tindak pidana;
    - 2. Mencari keterangan dan barang bukti;
    - 3. Menyuruh berhenti seorang yang dicurigai dan menanyakan serta memeriksa tanda pengenal diri;
    - 4. Mengadakan tindakan lain menurut hukum yang bertanggung jawab.
  - b. Atas perintah penyidik dapat melakukan tindakan berupa:
    - 1. Penangkapan, larangan meninggalkan tempat, pengeledahan dan penyitaan;
    - 2. Pemeriksaan dan penyitaan surat;
    - 3. Mengambil sidik jari dan memotret seseorang;
    - 4. Membawa dan menghadapkan seorang pada penyidik.
2. Bahwa Polri berdasarkan Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia ("UU POLRI") antara lain Pasal 16 juga memiliki kewenangan:
- (1) Dalam rangka menyelenggarakan tugas sebagaimana dimaksud dalam Pasal 13 dan 14 di bidang proses pidana, Kepolisian Negara Republik Indonesia berwenang untuk:*
- a. Melakukan penangkapan, penahanan, pengeledahan dan penyitaan;
  - b. Melarang setiap orang meninggalkan atau memasuki tempat kejadian perkara untuk kepentingan penyidikan;
  - c. Membawa dan menghadapkan orang kepada penyidik dalam rangka penyidikan.

- d. Menyuruh berhenti orang yang dicurigai dan menanyakan serta memeriksa tanda pengenal diri;
  - e. Melakukan pemeriksaan dan penyitaan surat;
  - f. Memanggil orang untuk didengar dan diperiksa sebagai tersangka atau saksi;
  - g. Mendatangkan orang ahli yang diperlukan dalam hubungan dengan pemeriksaan perkara;
  - h. Mengadakan penghentian penyidikan;
  - i. Menyerahkan berkas perkara kepada penuntut umum ;
  - j. Mengajukan permintaan secara langsung kepada pejabat imigrasi yang berwenang ditempat pemeriksaan imigrasi dalam keadaan mendesak atau mendadak untuk mencegah atau menangkal orang yang disangka melakukan tindak pidana;
  - k. Memberi petunjuk dan bantuan penyidikan kepada penyidik pegawai negeri sipil serta menerima hasil penyidikan penyidik pegawai negeri sipil untuk diserahkan kepada penuntut umum; dan
  - l. Mengadakan tindakan lain menurut hukum yang bertanggung jawab.
3. Bahwa bila diperbandingkan dengan akibat adanya Penjelasan Pasal 95 (1) KUHAP, maka Tersangka atau Terdakwa dan bahkan warga masyarakat (baca: orang) tidak memiliki hak menuntut ganti kerugian atas tindakan berlebihan atau pelanggaran terhadap semua kewenangan Polri yang bisa dilakukan kepada Tersangka atau Terdakwa bahkan warga masyarakat. Misalnya saja selain dari alasan yang dikemukakan berkaitan dengan peristiwa *a quo* maka tidak ada hak warga masyarakat untuk menuntut ganti terhadap tindakan salah orang dalam pencegahan dan penangkalan (Pasal 16 ayat (1) huruf j UU Polri).
- III. E. Mengisi kekosongan hukum pembelaan hak asasi manusia:
- 1. Bahwa kewenangan Undang-Undang yang diberikan kepada Polri dan/atau anggotanya selalu mensyaratkan adanya penghormatan terhadap hak asasi manusia sebagaimana antara lain tercantum dalam Pasal 16 ayat (2) huruf e UU Polri yang berbunyi : (2) *Tindakan lain sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) huruf l adalah tindakan penyelidikan dan penyidikan yang dilaksanakan jika memenuhi syarat sebagai berikut :*

- a. *Tidak bertentangan dengan suatu aturan hukum ;*
  - b. *Selaras dengan kewajiban hukum yang mengharuskan tindakan tersebut dilakukan ;*
  - c. *Harus patut, masuk akal, dan termasuk dalam lingkungan jabatannya ;*
  - d. *Pertimbangan yang layak berdasarkan keadaan yang memaksa ; dan*
  - e. *Menghormati hak asasi manusia.*
2. Bahwa Republik Indonesia memiliki Undang-Undang yang mengatur tentang Hak Asasi Manusia antara lain tetapi tidak terbatas pada Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (UU HAM) dan Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia. Namun sayangnya pelanggaran Hak Asasi Manusia yang bisa diberi sanksi hukum hanyalah “Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang berat”. Sehingga serangkaian ketentuan khususnya didalam UU HAM menjadi sebuah ‘*lips service*’ atau ‘hiasan’ belaka. Pelanggaran HAM biasa, sama sekali tidak memperoleh tempat untuk diproses hukum pengadilan apalagi memperoleh sanksi hukum yang memadai.
3. Bahwa demikian pula didalam UU Polri (antara lain sebagaimana disebut dalam poin 1 di atas) dan KUHAP, segala bentuk batasan agar mentaati hukum dan/atau Hak Asasi Manusia hanya menjadi ‘himbauan’ belaka, tanpa ada sanksi bahkan proses apapun bilamana hal tersebut dilanggar. Memang hal ini pasti akan ditanggapi dengan adanya pengawasan internal dari pihak Polri sendiri, namun maaf, secara normatif tetap saja hal tersebut masih ‘suka-suka’ Polri sendiri.
- III. F. Pranata fungsi “*Internal control*” bukanlah “*Control*” yang berdasarkan *due process of law*:
1. Bahwa dikenal adagium “*Power tends to corrupt, absolute power corrupt absolutely*” karenanya setiap kewenangan haruslah diimbangi dengan pranata “*control*” yang memadai.
  2. Bahwa pasti pihak Pemerintah dan/atau Kepolisian dalam tanggapannya akan mengungkapkan adanya pengawasan bagi setiap tindakan aparat Polri dalam menjalankan kewenangannya. Kemudian bisa jadi disampaikan pula adanya pengawasan moral dari masyarakat, media massa, atau pihak lain manapun yang hanya bersifat relatif tanpa adanya kepastian hukum.

3. Bahwa tanpa berpanjang kata mengajukan sanggahan untuk hal tersebut, maka Pemohon ingin memohon kesediaan Mahkamah untuk memperhatikan tanggapan mengenai hal tersebut yang tak lain hanya berputar-putar didalam konteks "*Internal Control*". Karenanya dikalangan sekelompok kecil masyarakat awam bila diminta untuk menilai Pengawasan di tubuh aparat keamanan khususnya Polri hanya menanggapi dengan meminjam istilah iklan "mana ada jeruk makan jeruk". Di samping itu bila diperdalam, maka pengawasan-pengawasan tersebut maupun bilamana ada dengan sanksi-sanksinya secara normatif dilakukan tidak berdasarkan "*due process of law*".

Akhir kata, dengan terlebih dahulu menghaturkan puji syukur dan mohon perlindungan kehadiran Allah SWT, maka perkenankanlah Pemohon perkenan Mahkamah untuk sudi mengadili permohonan *a quo* dan berkenan pula memutuskan antara lain tetapi tidak terbatas pada hal-hal sebagai berikut:

1. Mengabulkan Permohonan Pemohon untuk seluruhnya;
2. Menyatakan Pasal 21 ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (Lembaran Negara Republik Indonesia 1981 Nomor 76 *juncto* Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3209) adalah sesuai dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 secara bersyarat (*conditionally constitutional*), yaitu konstitusional sepanjang dimaknai: "*Dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti, atau mengulangi tindak pidana, maka hal tersebut harus dibuktikan dengan adanya fakta tindakan tertentu dari tersangka atau terdakwa yang menjurus pada keadaan tersebut dan dapat diuji melalui lembaga praperadilan*"
3. Menyatakan Pasal 21 ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (Lembaran Negara Republik Indonesia 1981 Nomor 76, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3209) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai: "*Dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti, atau mengulangi tindak pidana, maka hal*



*tersebut harus dibuktikan dengan adanya fakta tindakan tertentu dari tersangka atau terdakwa yang menjurus pada keadaan tersebut dan dapat diuji melalui lembaga praperadilan”*

4. Menyatakan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (Lembaran Negara Republik Indonesia 1981 Nomor 76, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3209) Penjelasan Pasal 95 ayat (1) yang berbunyi: *”Yang dimaksud dengan ”kerugian karena dikenakan tindakan lain” ialah kerugian yang ditimbulkan oleh pemasukan rumah, penggeledahan dan penyitaan yang tidak sah menurut hukum. Termasuk penahanan tanpa alasan ialah penahanan yang lebih lama daripada pidana yang dijatuhkan”*. Bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
5. Menyatakan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (Lembaran Negara Republik Indonesia 1981 Nomor 76, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3209) Penjelasan Pasal 95 ayat (1) yang berbunyi: *”Yang dimaksud dengan ”kerugian karena dikenakan tindakan lain” ialah kerugian yang ditimbulkan oleh pemasukan rumah, penggeledahan dan penyitaan yang tidak sah menurut hukum. Termasuk penahanan tanpa alasan ialah penahanan yang lebih lama daripada pidana yang dijatuhkan”* tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Atau bilamana Mahkamah berpendapat lain sudilah kiranya memberikan putusan yang seadil-adilnya.

[2.2] Menimbang bahwa untuk menguatkan dalil-dalilnya, Pemohon telah mengajukan alat bukti surat/tulisan yang diberi tanda Bukti P-1 sampai dengan Bukti P-5, sebagai berikut:

1. Bukti P-1 : Fotokopi Berita website vivanews.com pada hari Jumat, 30 Oktober 2009;
2. Bukti P-2 : Fotokopi Berita website cekricek.co.id, pada hari Jumat, 16 Juli 2010;
3. Bukti P-3 : Fotokopi Putusan Nomor 08/Pid.Prap/2004/PN.Jak-Sel, tanggal 14 Juni 2004 atas nama Abu Bakar Ba’asyir;

4. Bukti P-4 : Fotokopi Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana;
5. Bukti P-5 : Fotokopi Penjelasan Atas UU Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana;

Selain itu, Pemohon juga telah mengajukan tiga orang ahli yang bernama **DR. Mudzakir, SH., MH., DR. Bernard I. Tanya, SH., MH., dan DR. M. Sholehuddin, SH., MH.,** dan telah didengar keterangannya di bawah sumpah dalam persidangan tanggal 19 April 2011, yang menerangkan sebagai berikut:

**1. DR. Mudzakir, SH., MH.**

- Bahwa hal-hal yang problematik yang berhubungan dengan penggunaan wewenang aparat penegak hukum melakukan penahanan, terutama yang berkenaan dengan kewenangan yang didasarkan kepada kekhawatiran dalam Pasal 21 ayat (1) ada 3 kekhawatiran aparat penegak hukum dapat melakukan penahanan, yaitu *pertama* kekhawatiran melarikan diri, *kedua* merusak atau menghilangkan barang bukti, *ketiga* adalah mengulangi tindak pidana. Bahwa hal yang berhubungan dengan alasan yang lain adalah dugaan keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup, sedangkan yang diancam dengan pidana penjara 5 tahun atau tindak pidana tertentu secara normatif sudah jelas.
- Bahwa adanya dugaan keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup, menjadi problem dalam penggunaan wewenang perlakuan penahanan adalah pengertian dugaan yang keras, berdasarkan bukti yang cukup. Dalam praktik, pengertian dugaan keras dan melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup, mempunyai interpretasinya sangat luas. Bahwa bukti yang cukup adalah jika perkara tersebut di proses ke pengadilan, ada jaminan bahwa perkara tersebut akan terpenuhi unsur-unsurnya, dan hal tersebut dibantah oleh pihak-pihak yang lain
- Bahwa hal tersebut berarti praperadilan sudah membuktikan apa yang disebut sebagai pembuktian terhadap unsur-unsur yang menurut ahli kata-kata dugaan yang keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup, semestinya jika dibawa ke pengadilan ada jaminan nanti akan terbukti di pengadilan
- Bahwa hakim akan memutuskan bahwa unsur-unsur terpenuhi dan terdakwa bisa terbukti di pengadilan, tetapi hal tersebut dipandang sebagai kalimat terlalu

memberatkan dan nanti akan ada *nebis in idem* praperadilan sudah memeriksa suatu perkara, dan pengadilan akan memeriksa suatu perkara.

- Bahwa dalam filsafat pemidanaan, penahanan adalah bentuk daripada penjatuhan sanksi pidana penjara dan oleh sebab itu penahan wajib untuk diperhitungkan dalam penjatuhan pidana penjara.
- Bahwa hal tersebut harus diperhitungkan sebagai bagian daripada pidana penjara, yang berarti juga bagian daripada pidana penjara. Oleh sebab itu maka dalam tahapan praperadilan semestinya adalah bukti yang cukup bahwa perbuatan terdakwa telah memenuhi unsur-unsur delik dan bila nanti diproses ke pengadilan ada jaminan kepastian terdakwa akan memenuhi, terbukti memenuhi unsur-unsur delik. Sehingga apabila hakim mengambil keputusan adalah mempertimbangkan masa tahanan dengan masa lamanya penjara yang ditambah dengan dipotong dengan masanya tahanan, secara filsafat pemidanaan dapat dibenarkan secara *rational logic* dan argumen hukum bisa dibenarkan. Tetapi, ketika interpretasi terbukti cukup semata-mata hanya dugaan saja, dalam makna adalah adanya dugaan yang keras, dengan bukti yang cukup yang tidak mengarah pada pemenuhan unsur, akibatnya akan menjadi dilema dalam praktik penegakan hukum.
- Bahwa hakim dihadapkan pada posisi yang sulit, apakah harus menyatakan terbukti atau tidak terbukti bila orang sudah ditahan, apalagi penahanan yang sudah cukup lama sehingga hakim mau dan tidak mau harus mempertimbangkan masa tahanan ini sebagai lama pidana penjaranya. Bagaimana jika hakim menganggap bahwa masa pidana itu sesungguhnya harus ada nilai *justice* yang hendak hakim putuskan adalah di bawah masa tahanan itu. Hakim terpaksa harus memutus sesuatu di atas masa tahanan plus satu hari agar ada kesempatan untuk dieksekusi, dan itulah dalam praktik hukum selalu terjadi seperti itu, Sehingga masa tahanan selalu diperhitungkan, dan kalau hakim menganggap bahwa penjatuhan pidana penjara itu di bawah standar masa tahanan, mau dan tidak mau hakim harus menggiring ke arah masa tahanan plus. Artinya plus tergantung tingkat apresiasi hakim, kadang-kadang sehari, dua hari, tiga hari, dan seterusnya. Itu artinya hakim sudah mulai terikat di dalam proses masa tahanan tersebut.
- Bahwa problem hukum yang terkait dengan persoalan alasan dugaan keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup atau bukti permulaan

yang cukup dan kedua adalah diancam dengan pidana penjara minimum 5 tahun atau tindak pidana tertentu yang diatur di dalam Pasal 21 ayat terakhir.

- Bahwa yang menjadi permasalahannya adalah di dalam teknik *legal drafting* terutama dalam politik pengancaman pidana dalam RUU dan juga di dalam Undang-Undang, agar seseorang bisa ditahan maka ancaman pidana dimaksimumkan atau dinaikkan agar menjadi 5 tahun.
- Bahwa ancaman pidana 5 tahun atau ancaman pidana di dalam tindak pidana didalam peraturan perundang-undangan itu menjadi rancu ketika orang mempertimbangkan supaya bisa ditahan dan beberapa pasal-pasal tertentu naiknya menjadi 5 tahun. Alasannya bukan alasan *justice*-nya maksimum 5 tahun, tapi lebih pada alasan agar supaya yang bersangkutan bisa ditahan. Misalnya dalam Undang-Undang ITE ancaman pidana dinaikkan menjadi lebih dari 5 tahun, salah satu sub bagian yang dipertimbangkan adalah terdakwa bisa ditahan. Jadi, urusan pengancaman pidana dan politik pengancaman pidana, atau politik pemidanaan dalam rumusan Undang-Undang di luar KUHP terutama mempertimbangkan aspek bisa ditahan dan tidak bisa ditahan. Jelas tata susun pengancaman pidana seperti itu, bertentangan dengan filsafat keadilan di dalam pemidanaan dan juga filsafat atau politik dalam politik pemidanaan dalam hukum pidana.
- Bahwa mengenai persoalan kekhawatiran, menurut Ahli adalah karena ada kekhawatiran melarikan diri, kekhawatiran merusak, menghilangkan barang bukti, kekhawatiran mengulangi tindak pidana, cenderung diinterpretasi secara subjektif yang dilakukan oleh pejabat yang menahan, yang memberi hak atau wewenang untuk melakukan penahanan.
- Bahwa tidak ada ukuran yang jelas tentang terdakwa akan melarikan diri. Bukti bahwa terdakwa akan merusak atau menghilangkan barang bukti kalau kejahatannya terjadi adalah 5 tahun yang lalu dan bersifat dokumen yang semua sudah disita oleh aparat penyidik. Apalagi yang hendak dirusak atau dihilangkan barang bukti yang telah dikumpulkan, adalah pembuktian mengenai dokumen, dokumen masa lalu, sebut saja 5 tahun yang lalu. Bahwa bila dokumen disita, apalagi yang harus bisa merusak barang bukti dan mengulangi tindak pidana. Bila perkara tindak pidana korupsi, seseorang itu sudah ditahan dan kemudian oleh pimpinannya dinyatakan dia dikeluarkan dari pegawainya atau diberhentikan, apakah mungkin dia akan mengulangi lagi perbuatan yang

sama pada jabatan yang sama? Atau setidaknya-tidaknya mengulang lagi tindak pidana korupsi yang sama kalau dia sudah tidak lagi memegang jabatan dan tidak lagi mengurus persoalan yang berhubungan dengan keuangan negara?

- Bahwa indikasi-indikasi tentang kekhawatiran itu cenderung diinterpretasi secara subjektif oleh pejabat atau aparat penegak hukum yang memiliki wewenang untuk melakukan penahanan. Berikutnya akan saya berikan beberapa argumen-argumen yang lain.
- Bahwa Undang-Undang Dasar 1945 ada jaminan konstitusi terhadap kemerdekaan hakim. Terutama dimuat di dalam Pasal 24 bahwa kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Jadi saya ingin memberi penegasan, kalau masa tahanan ternyata hakim berdasarkan prinsip-prinsip keadilan dalam menegakkan hukum ternyata di bawah, harus diputuskan di bawah masa tahanan.
- Bahwa dengan adanya interpretasi yang subjektif dengan parameter-parameter dan ukuran yang subjektif bisa memengaruhi penggunaan kekuasaan yang merdeka dalam menjalankan peradilan dalam peradilan pidana, guna menegakkan hukum dan keadilan.
- Bahwa dalam Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, juga ditambahkan satu lagi dalam konteks dalam rangka untuk kekuasaan kehakiman yang disebutkan dalam Pasal 1 yaitu, “adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.” Ditambahkan dalam konteks ini, “Berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945 demi terselenggaranya negara hukum Republik Indonesia.”
- Bahwa dalam proses pengadilan kita mengenal KUHAP praduga tak bersalah, dimana tersangka dengan adanya penahanan serta diproses dipastikan tersangka tersebut terbukti, misalnya tertangkap tangan dan dapat dipastikan di pengadilan bisa dibuktikan, karena adanya asas praduga tak bersalah sebagai asas hukum, maka tersangka seolah-olah telah bersalah dan bertentangan dengan asas praduga tidak bersalah karena hakim harus menyatakan menyatakan bersalah sehingga oleh karena sudah ditahan dan harus dipotong masa tahanan dalam menjatuhkan pidana penjara.

- Bahwa masa penahanan diperhitungkan sebagai bagian dari pidana penjara yang menurut ahli menahan sama artinya menghukum atau menjatuhkan pidana, dan penggunaan kewenangan tersebut dilakukan secara hati-hati karena melanggar asas fundamen dalam KUHAP yang disebut sebagai praduga tak bersalah.
- Bahwa perampasan hak menahan maknanya adalah perampasan hak atau perampasan kebebasan seseorang. Perampasan hak seseorang hanya karena keputusan pejabat yang diberikan kewenangan untuk menahan.
- Bahwa interpretasi subjektif kepada pejabat yang memiliki kewenangan untuk itu. Penahanan dilakukan semestinya adalah pejabat yang diberi wewenang untuk menahan dan dapat disimpulkan berdasarkan interpretasi subjektif oleh pejabat yang diberi wewenang untuk menahan.
- Bahwa menurut saksi tidak ada parameter yang jelas untuk dilakukannya proses penahanan yang dilakukan oleh penyidik misalnya, karena adanya kekhawatiran ketika untuk membuktikan kekhawatiran tersebut nihil sehingga semua bisa terjadi, karena hakim pun juga tidak bisa menjelaskan interpretasi pengguna wewenang yang bersangkutan.
- Bahwa ketika tersangka sudah ditahan, dapat mempengaruhi kebebasan hakim untuk memutus secara objektif dan *independent* terhadap perkara yang sedang diadili. Hakim tidak akan pernah memidana terdakwa di bawah lama masa tahanan dan masa tahanan dihitung sebagai masa pidana penjara. Menurut Profesor Deter Sach Mester, "Pidana penjara singkat adalah pidana yang sia-sia karena hakim hanya bermain terhadap masa tahanan." Sehingga praktis tidak ada namanya adalah pemasyarakatan dan pendidikan atau pembinaan terhadap terpidana.
- Bahwa setiap orang memiliki hak hukum, termasuk hak kemerdekaan yang dilindungi oleh Konstitusi. Konstitusi melindungi setiap hak seseorang, termasuk kemerdekaan, dan harta kekayaan, dan sebagainya. Perampasan hak setiap orang tidak boleh dilakukan kecuali dibolehkan oleh konstitusi.
- Bahwa perampasan hak setiap orang dilakukan berdasarkan Undang-Undang yang berdasarkan pada undang-undang.
- Bahwa logika hukum dalam konstitusi, perampasan hak setiap orang dilakukan berdasarkan putusan pengadilan atau persetujuan pengadilan yang dasarnya adalah Undang-Undang.

- Bahwa ada pergeseran pemaknaan penahanan dimana hak setiap orang tidak boleh dirampas oleh siapa pun. Perampasan hak setiap orang berupa penahanan hanya boleh dilakukan apabila dibenarkan oleh konstitusi. Pengecualian hak konstitusional tersebut dilakukan berdasarkan Undang-Undang. Undang-Undang memberikan wewenang kepada aparat penegak hukum yang terkini ditafsirkan sendiri oleh pejabat yang bersangkutan.
- Bahwa penggunaan wewenang menahan dari undang-undang dilakukan berdasarkan putusan pengadilan atau persetujuan pengadilan. Penggunaan wewenang dilakukan berdasarkan putusan pengadilan. Perkembangan hukum yang terkait dengan penggunaan wewenang yang merampas hak setiap orang. Penggunaan wewenang untuk melakukan penyitaan barang dilakukan atas izin pengadilan dan barang bukti berupa apa saja yang terkait dengan persoalan pembuktian perkara.
- Bahwa penggunaan wewenang melakukan penyadapan, menyadap, mendengar, dilakukan berdasarkan izin pengadilan, tanpa izin pengadilan, tidak dibenarkan. KUHAP mengatur hal tersebut, dan penggunaan wewenang untuk melakukan pembukaan rekening rahasia bank dilakukan juga atas izin pengadilan sehingga harus ada putusan pengadilan atau penetapan suatu pengadilan.
- Bahwa penggunaan wewenang melakukan penahanan dilakukan juga berdasarkan izin pengadilan. Sehingga penggunaan wewenang maupun penahanan dilakukan berdasarkan izin pengadilan, tanpa izin pengadilan berdasarkan Undang-Undang ITE tidak boleh dilakukan dan berarti merampas hak orang karena melanggar Undang-Undang ITE dasarnya adalah putusan pengadilan atau izin pengadilan.
- Bahwa dalam pergeseran interpretasi terkait dengan penggunaan wewenang yang semula interpretasi subjektif dilakukan oleh penegak hukum yang bersangkutan, maka sekarang interpretasi objektif dilakukan oleh hakim atau pengadilan.
- Bahwa penangkapan adalah wewenang Penyelidik atas perintah penyidik, penyidik dan penyidik pembantu, atau wewenang pemberian oleh Undang-Undang KUHAP atau KUHAP.
- Bahwa penahanan Penyidik, Penuntut umum, Hakim pada PN (Pengadilan Negeri), PT, dan Mahkamah Agung, bentuknya adalah wewenang.

- Bahwa penggeledahan penyidik, bentuk wewenang karena orang fakultatif karena dapat melakukan penggeledahan. Penyitaan dilakukan oleh penyidik yang sifatnya wewenang atau bentuknya wewenang. Pemeriksaan surat dilakukan oleh penyidik, tapi bentuknya adalah hak.
- Bahwa dalam KUHAP disebutkan, “Untuk pemeriksaan surat, membuka surat, pos, dan sebagainya, hak penyidik.”
- Bahwa menurut ahli, menahan adalah hak penyidik atau hak pejabat aparat penegak hukum. Menurut ahli hal tersebut bukanlah hak, tetapi adalah wewenang dan wewenang tersebut jika perlu dapat digunakan, jika tidak juga tidak perlu digunakan dan urusan wewenang adalah tanggung jawab.
- Bahwa penggeledahan harus atas izin Ketua Pengadilan Negeri setempat, penyitaan harus juga surat izin pengadilan, membuka, memeriksa, menyita surat, izin khusus dari Ketua PN pengadilan tapi anehnya di sini adalah izin khusus, padahal di sini penyidik berhak membuka.
- Bahwa penyitaan surat atau tulisan rahasia izin khusus Ketua PN atau persetujuan pihak yang memiliki surat yang bersangkutan.
- Bahwa Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang ITE (Informasi dan Transaksi Elektronik), disebutkan Pasal 43 ayat (3) “Penggeledahan dan/atau penyitaan terhadap sistem elektronik yang terkait dengan dugaan tindak pidana itu harus dilakukan atas izin ketua pengadilan negeri setempat”, ayat (6), “Dalam hal melakukan penangkapan, penahanan, penyidik melalui penuntut umum wajib meminta penetapan ketua pengadilan negeri setempat dalam waktu 1x24 jam.”
- Bahwa RUU KUHAP dalam perkembangannya wewenang melakukan penahanan sama dengan KUHAP yang ada sekarang. Penahanan tahapan penyidikan dibedakan menjadi dua yaitu penahanan tahap awal dilakukan oleh penyidik atau penuntut umum yang melakukan tindakan penyidikan tanpa harus meminta persetujuan komisaris, dan tahap berikut perpanjangan penahanan, dilakukan dengan persetujuan hakim komisaris.
- Bahwa kewenangan penyidik diberi waktu hanya 2 sampai 5 hari untuk melakukan penahanan dan tahapan penentuan dilakukan persetujuan pengadilan, penahanan terhadap proses perkara sidang pengadilan dilakukan oleh hakim yang menangani perkara.



- Bahwa kesimpulan dari KUHAP intinya bahwa perampasan hak seseorang untuk ditahan harus persetujuan hakim atau pengadilan, tidak berdasarkan interpretasi terhadap interpretasi subjektif yang dilakukan oleh pemilik wewenang atau mandat wewenang diberikan kepada pejabat yang bersangkutan dan dibatasi waktunya adalah 2 hari sampai dengan 5 hari.
- Bahwa RUU KUHP mengembangkan alternatif sanksi lain sebagai pilihan menempatkan sanksi pidana penjara sebagai pilihan jika penggunaan jenis sanksi lain dinilai tidak akan tercapai.
- Bahwa RUU KUHP memberi alternatif-alternatif pidana denda, pidana tindakan, bahkan jika perlu kalau perkara tertentu, permintaan bisa diselesaikan di luar pengadilan, tidak harus diproses di pengadilan.
- Bahkan dalam penjara seumur hidup sekalipun, kalau di dalam RUU KUHP nanti bisa diubah menjadi lama waktu tertentu dan lama waktu itu nanti akan bisa berkurang dan bisa lepas atau bisa dibebaskan. Bahkan pidana mati bisa diubah menjadi pidana penjara, setelah diubah menjadi pidana penjara dan diubah menjadi lama waktu tertentu. Lama waktu tertentu pada gilirannya bisa dilepaskan, dibebaskan.
- Bahwa pemikiran di dalam RUU KUHP sekarang sudah mengarah untuk tidak menggunakan sanksi pidana penjara, sejauh mungkin untuk menghindari penggunaan sanksi pidana penjara.
- Bahwa maknanya penggunaan masa tahanan juga harus dibatasi sedemikian rupa agar supaya tidak menggiring hakim sebagaimana yang telah berikan argumen tadi untuk menjatuhkan pidana penjara.
- Bahwa perkembangan pemikiran pemidanaan dalam RUU KUHP mengembangkan jenis pidana lain sebagai alternatif sanksi pidana penjara. Penahanan tersangka, terdakwa, wajib diperhitungkan dalam menjatuhkan pidana penjara. Tersangka, terdakwa, ditahan menggiring atau mempengaruhi asas kemerdekaan atau kebebasan hakim dalam menetapkan itu maka terdakwa bersalah tidak bersalah, terdakwa terpaksa harus dijatuhi pidana penjara hanya gara-gara dia telah ditahan.
- Bahwa pada zaman prakemerdekaan atau zaman kolonial, penahanan dilakukan oleh atau dengan dasar *IR 'Inlandsh Reglement'*. Ini luar biasa jahatnya atau hukum yang buruk sekali. Tapi kemudian diperbaiki melalui *Herziene Inlandsh Reglement* dan di masa kemerdekaan sudah menggunakan

proses pembaruan hukum acara menjadi HIR, tapi kemudian ketika kita merdeka masuklah Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

- Bahwa penahanan dasarnya *HIR* dan *KUHAP* ada pergeseran pemaknaan penahanan berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Ketika masa merdeka Undang-Undang Dasar 1945 yang kita gunakan, maka ada *HIR* dan tidak *Strafvordering* yang diberlakukan 1945 sampai 1981 lahirnya *KUHAP* dan kemudian 1981 sampai 2011 terbitlah *KUHAP*
- Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 telah mengubah paradigma perubahan *HIR* menjadi *KUHAP* adalah karya agung karena mengubah *mindset* berpikir dari satu paradigma berpikir hukum acara yang satu kepada paradigma berpikir hukum acara yang lain, yang berbasis kepada Undang-Undang Dasar 1945, maka *KUHAP* adalah sebagai karya agung.
- Bahwa Undang-Undang Dasar Negara Tahun 1945 yang sudah diamandemen, menginterpretasi *KUHAP* berdasarkan interpretasi yang futuristik dan juga interpretasi sebagai dinamika perkembangan hukum, atau istilah yang lain dikatakan interpretasi yang progresif.
- Bahwa pasal-pasal *KUHAP* harus diinterpretasi berdasarkan kepada Undang-Undang Dasar Negara 1945 yang telah diamandemen. Hal yang sama harus dilakukan terhadap penggunaan wewenang hukum, wewenang untuk melakukan penahanan.
- Bahwa penggunaan wewenang sebagaimana yang dimuat Pasal 21 ayat (1) harus disesuaikan dengan perkembangan hukum yang terjadi di Republik Indonesia ini karena konstitusi sudah diamandemen.
- Bahwa atas dasar tersebut, maka interpretasi yang selama ini dalam bahasan *KUHAP* harus diubah yang mengarah kepada amandemen Undang-Undang Dasar 1945. Interpretasi harus dicocokkan dengan perkembangan undang-undang yang terjadi.
- Bahwa 2 pasal tersebut berpotensi diinterpretasi secara subjektif, menurut pandangan subjektif aparat penegak hukum yang diberi wewenang oleh undang-undang untuk melakukan penahanan. Interpretasi secara subjektif yang menggunakan parameter subjektif tersebut tidak memiliki indikator yang

jelas, tidak memiliki indikator yang tegas, dan tidak memiliki indikator yang pasti mengenai alasan hukum menahan tersangka atau terdakwa yang menyebabkan hak-hak hukum tersangka, terdakwa, yang dilindungi oleh dan dijamin oleh Undang-Undang Dasar 1945 dilanggar, yakni persamaan kedudukan di depan hukum, karena interpretasi melarikan diri, tidak melarikan diri tergantung selera atau interpretasi subjektif dari aparat yang memiliki wewenang menahan. Hal tersebut memunculkan perlakuan diskriminasi dan adanya ketidakpastian hukum.

- Bahwa adanya interpretasi subjektif terhadap kedua pasal tersebut juga berpotensi terjadi penggunaan wewenang sewenang-wenang, penggunaan wewenang yang sewenang-wenang atau penyalahgunaan wewenang dalam melakukan penahanan.
- Bahwa pengujian sah tidaknya penahanan melalui praperadilan tidak menjamin objektivitas penggunaan wewenang yang diinterpretasi secara subjektif tersebut karena norma hukum sebagaimana dimuat di dalam pasal yang diujikan, dirumuskan, tanpa menggunakan perumusan norma hukum dengan menggunakan parameter yang jelas dan tegas.
- Bahwa Hakim yang memeriksa keabsahan, ketidakabsahan penahanan, menggunakan parameter normatif yang diinterpretasi secara subjektif tersebut, sehingga mengalami kesulitan untuk menetapkan keabsahan atau ketidakabsahan penahanan. Hakim cenderung mengikuti interpretasi subjektif yang dilakukan oleh aparat penegak hukum yang memiliki wewenang untuk menahan.
- Bahwa Putusan peradilan atau praperadilan yang membenarkan penggunaan wewenang menahan melalui interpretasi subjektif tersebut sudah dilakukan secara berulang-ulang dan boleh dikatakan sudah menjadi yurisprudensi tetap, sehingga telah menjadi norma hukum yang dijadikan dasar hukum dalam praktik praperadilan atau tengah pengadilan. Atas dasar pertimbangan argumen tersebut, berarti penggunaan wewenang untuk melakukan penahanan sepenuhnya menjadi wewang *discretionary* oleh aparat penegak hukum yang memiliki wewenang untuk melakukan penahanan.
- Bahwa praktik hukum yang telah melembaga menjadi yurisprudensi tetap tersebut dapat dikualifikasi sebagai perubahan hukum dalam praktik penegakan hukum. Oleh sebab itu pemaknaan penahanan yang dimuat dalam

pasal *a quo* adalah apa yang dilakukan dalam praktik penegakan hukum atau yurisprudensi tetap.

- Bahwa interpretasi yang demikian tidak sesuai dan bertentangan dengan alam pikiran dan perkembangan hukum yang terjadi sekarang, setelah adanya amandemen Undang-Undang Dasar 1945 yang menjadi pengarah interpretasi hukum yakni penegakan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila yang sangat perhatian terhadap perlindungan hukum terhadap hak-hak dasar atau hak asasi manusia.

## **2. DR. Bernard L. Tanya, SH., MH.**

- Bahwa frasa dalam Pasal 21 ayat (1) KUHAP khusus "Dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti atau mengulangi tindak pidana." dan yang kedua, penjelasan Pasal 95 ayat (1) KUHAP, terutama menyangkut tindakan lain yang dalam penjelasannya dibatasi yang dimaksud dengan tindakan lain adalah kerugian yang dikarenakan oleh pemasukan rumah, penggeledahan, dan penyitaan yang tidak menurut hukum, termasuk penahanan tanpa alasan ialah penahanan yang lebih lama dari pidana yang dijatuhkan.
- Dengan demikian, isu hukum yang akan dibahas dalam pendapat Ahli adalah dua. *Pertama*, apakah terhadap frasa Pasal 21 ayat (1) KUHAP, khususnya frasa 'dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran', perlu penafsiran konstitusional oleh Mahkamah Konstitusi demi mencegah penyalahgunaan wewenang oleh penegak hukum. Yang *kedua*, apakah penjelasan Pasal 95 ayat (1) KUHAP mencerminkan prinsip hukum yang adil dan keadilan konstitusional.
- Bahwa Analisis terhadap Pasal 21 ayat (1) KUHAP, aspek yang akan disorot adalah problem teori, problem filosofis, dan problem praktis, dari frasa yang telah disebutkan, yang terbukti telah membuka peluang terjadinya penyalahgunaan wewenang dalam penegakan hukum.
- Beberapa fakta yang mengenai hal ini yang pernah terjadi dalam praktik; *Pertama*, diskriminasi penahanan, ada yang ditahan dan ada yang tidak ditahan tanpa rasionalitas yang dapat diterima secara inter subjektif. Yang *kedua*, aparat menentukan sendiri ditahan tidaknya seseorang. *Ketiga*, tidak ada rujukan objektif mengapa seseorang ditahan dan yang lain tidak. Yang

*keempat*, muncul alasan-alasan ekstra yuridis seperti tidak kooperatif, sering jumpa pers, dan lain sebagainya.

- Bahwa perlu ada batasan yang lebih *accountable*, mengingat dalam KUHAP tidak terdapat norma yang memberi jalan keluar yang lebih *accountable* atas kelemahan frasa tersebut, maka perlu tafsir konstitusional oleh Mahkamah Konstitusi untuk mengakhiri kekecewaan tafsir dalam praktik, demi terjaminnya proses hukum yang adil dalam peradilan pidana.
- Bahwa Mahkamah melalui perkara Pengujian Undang-Undang Nomor 018/PUU-IV/2006, pernah memberi pendapat bahwa penahanan oleh penyidik ataupun penuntut umum harus didasarkan pada pertimbangan yang cukup rasional, tidak dengan serta merta dilakukan penahanan hanya didasari keinginan subjektif semata dari penyidik atau penuntut umum.
- Bahwa dalam kenyataan, pendapat Mahkamah tersebut tidak selalu diikuti oleh aparat berwenang. Oleh karena itu munculah sindrom dan fenomena dan istilah-istilah yang ekstra yudisial, seperti tidak kooperatif dan sering jumpa pers,
- Bahwa frasa Pasal 21 ayat (1), ‘mengingkari hakikat hukum acara pidana” dan tiap hukum acara pidana dalam negara hukum yang demokratis, dibangun atas 3 pengendalian, yaitu *Pertama*, peradilan pidana merupakan suatu sistem yang dilengkapi kekuasaan yang besar untuk menuntut. *Kedua*, hak-hak seorang individu tidak hilang dan harus dihormati dalam seluruh proses hukum. *Ketiga*, tiap kekuasaan mempunyai peluang untuk disalahgunakan.
- Bahwa tiga pengendalian dasar hukum acara dalam negara hukum yang demokratis, karena itu, prinsip hukum acara dalam negara hukum yang demokratis adalah kekuasaan dibatasi dan prosedur ditentukan.
- Bahwa secara teoritis KUHAP sebagai hukum acara merupakan norma yang mengontrol tindakan aparat penegak hukum agar tidak ekseusif. Ia merupakan norma bagi aparat dalam menjalankan secara *rigid*, kewenangan menuntut yang dimilikinya dalam kerangka *due process*.
- Bahwa norma-norma hukum acara, selain dijadikan sebagai ukuran untuk menilai kewajaran penggunaan kekuasaan aparat terhadap rakyat, juga sekaligus berfungsi mengatur garis hak-hak seseorang yang tidak boleh dicerai dan dilanggar dalam proses hukum.

- Bahwa dalam hakikat yang demikian hukum acara pidana termasuk KUHAP memiliki sifat kritis normatif untuk 2 fungsi: *pertama*, mencegah pelaksanaan kekuasaan aparat yang tanpa batas, sebab kekuasaan cenderung korup. *kedua*, kekuasaan aparat untuk menuntut setiap orang yang melanggar dibolehkan dalam batas-batas yang ditentukan secara *rigid* oleh Undang-Undang.
- Bahwa fungsi melindungi dan fungsi instrumental, menurut Nico Keyser, berkaitan dengan keharusan adanya jaminan prosedur yang memadai dan pasti, agar tidak terjadi kesewenangan-kewenangan. Dua fungsi tersebut yang *mutatis mutandis* tercermin dalam *due process model*, menuntut kehati-hatian aparat dalam proses peradilan.
- Bahwa bagi *due process model*, kelalaian merupakan sebuah keniscayaan. Bahkan kelalaian atau *human error* adalah sesuatu yang inheren dalam diri manusia, tak terkecuali aparat penegak hukum yang paling profesional sekalipun. Berdasarkan asumsi inilah, maka *due process model* menolak *informal fact finding process* dan sebaliknya lebih mengandalkan *formal adjudicative*, lebih mengutamakan *formal adjudicative*, karena semua proses peradilan pidana harus dilakukan langkah demi langkah melalui proses normatif yang ketat. *Kedua*, sejauh mungkin menghindari kesalahan mekanisme administrasi. Yang *ketiga*, mencegah secara maksimum praktik kursif. *Keempat*, pelaksanaan kekuasaan tidak boleh ditentukan secara arbitrer atau voluntaristik sepihak oleh aparat. Yang *kelima*, proses peradilan harus mengikuti prosedur normatif dan bukan mengikuti kehendak pihak pelaksana hukum.
- Bahwa peluang yang diberikan kepada aparat untuk memaknai sendiri frasa yang sangat elastis dalam Pasal 21 ayat (1) yaitu keadaan yang menimbulkan kekhawatiran potensial mencederai fungsi kritis normatif dari hukum acara pidana. Sebagaimana terbukti antara lain lewat beberapa kasus;
- Bahwa frasa Pasal 21 poin kedua, terbukti atau terbuka bagi perangai negatif kekuasaan. Ini poin kedua catatan saya mengenai Pasal 21 ayat (2) khususnya frasa 'keadaan yang menimbulkan kekhawatiran'.
- Bahwa Pelajaran paling dasar yang kita bisa petik dari perjalanan semua peradaban politik adalah bahwa kekuasaan mesti dibatasi. Inilah yang menjadi dasar dan menjadi salah satu jantung pergulatan pemikiran kebanyakan filosof dan ilmuwan sosial sepanjang masa.

- Bahwa kekuasaan diterima kehadirannya, tetapi mesti dikendalikan agar tidak senantiasa memproduksi bencana manusia dan kemanusiaan. Dalam mengekspresi kebutuhan itu Plato menginstruksikan konsep *philosopher kings*. Sama halnya dengan ajaran Konfucionisme, sedangkan Plato merumuskan keharusan untuk membatasi kekuasaan lewat konsep moral kepemimpinan. Inilah racikan rumusan yang kini dikenal sebagai etika atau moralitas kekuasaan. Moral pemegang kekuasaan diandaikan bisa berfungsi sebagai kekuatan *social self control* atas perangai kekuasaan. Tapi realitas membuktikan kekuasaan terlampau besar untuk bisa dijinakkan hanya dengan moral atau etika;
- Bahwa dalam perkembangan di alam modern, pembatasan kekuasaan diekspresikan dalam raut yang bervariasi. Pada tingkat pertama, kekuasaan diyakini bisa dikontrol oleh kekuasaan pula. Ini menjadi fondasi dari pembagian atau pemisahan kekuasaan seperti terungkap dalam konsep *Trias Politika* atau *Check and Balances*.
- Bahwa hal tersebut merupakan fondasi yang melegalisasi ide distribusi kekuasaan yang mengukuhkan diferensiasi struktur dan spesialisasi fungsi dalam birokrasi modern. Semua ide pembatasan kekuasaan tersebut didasarkan pada sebuah pengandaian bahwa sumber malapetaka yang diturunkan dari kekuasaan terletak pada derajat konsentrasi kekuasaan yang berlebihan ataupun ketiadaan limitasi yang *rigid* terhadap kekuasaan tersebut. Karenanya mesti dipencarkan dan dibatasi secara ketat.
- Bahwa kekuasaan yang dibangun dengan sejuta impian mulia bisa bertukar rautnya menjadi horor yang bersifat permanen, ketika naluri kesewenang-wenangan menggendongnya ke arah yang tak terhingga.
- Bahwa frasa Pasal 21 ayat (1) yang begitu elastis potensiil menjadi ruang bagi penyalahgunaan kekuasaan dan manipulasi kepentingan pemangku kekuasaan dan mencederai hak konstitusional seseorang yaitu dalam hal ini tersangka ataupun terdakwa.
- Bahwa kewenangan yang diberikan pada aparat untuk menentukan sendiri makna keadaan yang menimbulkan kekhawatiran potensial mencederai hak tersangka dan terdakwa. Hak-hak warga negara yang dijamin konstitusi seperti dalam Pasal 27, Pasal 28, Pasal 28D, Pasal 28G, Pasal 28I ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945 yang juga dimiliki seorang tersangka ataupun terdakwa

akan mudah terlangkahi jika tidak ada ukuran yang jelas dan intersubjektif dalam menilai keadaan yang menimbulkan kekhawatiran tersebut.

- Bahwa norma hukum yang sejati adalah norma objektif yang jelas alat ukurnya, tidak bersifat emotif yang berdasarkan rasa.
- Bahwa frasa menimbulkan kekhawatiran adalah soal emotif dan tidak ada alat ukur yang jelas.
- Bahwa gambaran ketidakpastian ini hampir pasti terjadi dalam penilaian terhadap keadaan yang menimbulkan kekhawatiran dalam frasa Pasal 21 ayat (1) KUHAP, karenanya demi tegaknya *due process* dalam pelaksanaan upaya paksa, khususnya dalam hal penangkapan dan penahanan, maka sangat dibutuhkan ada tafsir konstitusional oleh Mahkamah yang memberi batas-batas atau indikator-indikator yang jelas dan terukur, misalnya adanya fakta tindakan tertentu yang menjurus pada keadaan, misalnya melarikan diri, menghilangkan barang bukti, mengulangi tindak pidana, dan lain sebagainya. Atau untuk mencegah pertimbangan sepihak yang subjektif, maka dalam hal penahanan perlu meminta izin atau penetapan pengadilan.
- Bahwa kebutuhan akan dua hal tersebut sangat signifikan dalam konteks konstitusi dan konteks konstitusionalisme yang berporos pada hak asasi, demokrasi, dan *rule of law*.
- Bahwa MK sebagai pengawas konstitusi harus memastikan bahwa kekuasaan negara tidak sewenang-wenang dan hak rakyat dilindungi. Hanya dengan begitu keadilan konstitusional benar-benar terwujud, yakni rakyat memiliki jaminan bahwa pemerintah menjunjung tinggi hak-hak rakyat sebagai hak yang tidak dapat diganggu gugat.
- Bahwa Pasal 95 ayat (1) KUHAP, menurut ahli, *pertama* mengenai penjelasan Pasal 95 ayat (1) KUHAP, penjelasan pasal *a quo* menciderai keadilan, hukum yang adil, dan keadilan konstitusional.
- Bahwa *principal interest* dalam hukum yang adil tidak saja berupa imperatif menghukum tiap pelanggaran, tetapi lebih dari itu tiap kerugian harus diganti sepadan. Prinsip ini sejatinya sudah terakomodasi dalam KUHAP, negara diberi kewenangan yang cukup luas untuk menuntut setiap orang yang melanggar. Pada saat yang bersamaan, tiap orang berhak menuntut ganti rugi atas setiap pelaksanaan kewenangan yang tidak sah atau ilegal, sebagaimana tercermin dalam norma Pasal 95 ayat (1).



- Bahwa khusus mengenai tindakan lain, Undang-Undang Kepolisian, Pasal 16 ayat (2) huruf e, menyebut tindakan penyelidikan, penyidikan yang dilaksanakan jika memenuhi syarat tidak bertentangan dengan suatu aturan hukum, selaras dengan kewajiban hukum yang mengharuskan tindakan tersebut dilakukan, harus patut, harus masuk akal, dan termasuk dalam lingkungan jabatannya, pertimbangan yang layak berdasarkan keadaan yang memaksa, dan terakhir menghormati hak asasi manusia.
- Bahwa konstruksi Undang-Undang tentang tindakan lain adalah semua tindakan yang diperlukan dalam lingkup penyelidikan dan penyidikan yang memenuhi 5 syarat di atas. Hal itu berarti undang-undang memberi kewenangan yang cukup besar kepada negara untuk mengambil tindakan yang diperlukan dalam menuntut setiap pelanggaran.
- Bahwa menurut ahli, semestinya juga undang-undang menjamin secara luas hak setiap orang untuk menuntut ganti rugi atas setiap kerugian yang diderita karena pelaksanaan kewenangan aparat yang tidak sah.
- Bahwa penjelasan Pasal 95 ayat (1), di satu sisi norma Pasal 95 ayat (1) membuka ruang keadilan untuk menuntut ganti rugi terhadap pelaksanaan kewenangan yang tidak sah, namun pada sisi yang lain penjelasan Pasal 95 ayat (1) tersebut justru melakukan pembatasan yang menyebabkan ketidakadilan. Hak orang yang dirugikan justru dibatasi, hal tersebut menyebabkan anomali.
- Bahwa hukum acara pidana berposisi kritis normatif terhadap kekuasaan, dimana kekuasaan dikontrol, diawasi dan hak rakyat dijamin.
- Bahwa asas-asas utama hukum pidana seperti legalitas, *lex certa*, *equality before the law*, praduga tak bersalah, kompensasi dan rehabilitasi, merupakan wujud paling eksplisit sifat kritis normatif terhadap kekuasaan. Asas tersebut sekaligus merupakan komitmen negara untuk melindungi hak asasi setiap orang yang tersangkut dalam perkara pidana. Dari sinilah mengapa *due process of law* begitu penting dalam peradilan pidana.
- *Into due process of law* menurut Tobias dan Peterson adalah jaminan konstitusional agar warga negara dilindungi dari tindakan sewenang-wenang aparat penegak hukum. Itulah jantung dari *due process of law*.
- Bahwa *rule due process of law*, tidak hanya terbatas pada penerapan aturan-aturan hukum acara secara formal legalistik, tetapi lebih dari itu secara

konseptual mengandung komitmen untuk menjamin hak-hak seorang warga negara.

- Bahwa penjelasan Pasal 95 ayat (1) KUHAP tidak mencerminkan prinsip hukum yang adil dan keadilan konstitusional, sehingga harus dinyatakan inkonstitusional.

### **3. DR. M. Sholehuddin, SH., MH.**

- Bahwa Pasal 21 ayat (1) tentang Hukum Acara Pidana, di kalangan praktisi hukum sering diinterpretasikan dengan istilah alasan atau syarat penahanan subjektif, sehingga penahanan yang dilakukan seolah-olah dianggap sah bila memenuhi syarat-syarat penahanan subjektif, sebagaimana diatur dalam Pasal 21 ayat (1) KUHAP, padahal sesungguhnya yang dimaksud dalam norma Pasal 21 ayat (1) KUHAP adalah perlunya penahanan, bukan sahnya penahanan, karena sahnya penahanan itu sudah ditetapkan atau diatur di dalam Pasal 21 ayat (4) KUHAP;
- Bahwa Pasal 21 ayat (1) KUHAP tidak dapat berdiri sendiri, dan tidak ada keterhubungan dengan ayat-ayat berikutnya, terutama pada ayat (4). Ini dibuktikan pada frase di awal kalimat ayat (4) tersebut, yaitu 'penahanan tersebut'. Kata 'tersebut' dalam struktur kalimat bahasa Indonesia menunjuk pada alinea sebelumnya. Inilah yang menunjukkan bahwa antara Pasal 21 ayat (1) KUHAP ada keterhubungan dengan Pasal 21 ayat-ayat berikutnya, karena itu sesungguhnya Pasal 21 ayat (1) KUHAP itu hanyalah soal perlunya penahanan, bukan sahnya penahanan, karena yang sahnya penahanan ada di Pasal 21 ayat (4).
- Bahwa bila ayat (1) dan ayat (4) itu dihubungkan, maka pengertian yang benar itu menurut tata kalimat atau sintaksis demikian, terhadap tersangka atau terdakwa yang diduga keras melakukan tindak pidana dan/atau percobaan maupun pemberian bantuan dalam tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara lima tahun atau lebih atau melakukan tindak pidana sebagaimana dimaksud seterusnya, dapat dipandang perlu untuk dilakukan penahanan;
- Bahwa ketika dimungkinkan tersangka atau terdakwa akan melarikan diri atau merusak, menghilangkan barang bukti, atau mengulangi tindak pidana. Tetapi tindakan penahanan tersebut tetap harus didasarkan pada bukti permulaan yang cukup bahwa tersangka atau terdakwa telah diduga melakukan tindak pidana sebagaimana dimaksud yang sudah ditetapkan dalam Pasal 21 ayat (4).

- Bahwa jika digabung pengertian dari makna Pasal 21 ayat (1) dan Pasal 21 ayat (4) memang seharusnya digabung karena secara sintaksis mempunyai hubungan tata kalimat. Dengan demikian, ketentuan yang sesungguhnya di dalam KUHAP soal penahanan, tidak mengenal istilah penahanan subjektif atau penahanan objektif karena sesungguhnya KUHAP adalah mengatur masalah penahanan bersifat limitatif dan sudah ditentukan batas-batasnya.
- Bahwa batas-batas tersebut, terdiri atas, *pertama*, penahanan yang hanya diberikan kepada penyidik, kepada penuntut umum, dan kepada hakim, yang bersifat limitatif dan bentuk kewenangan yang diberikan oleh undang-undang bersifat *discretionary*. Ini dibuktikan dengan frasa di dalam Pasal 21 ayat (4) KUHAP, 'penahanan hanya dapat', dimana kata 'dapat' di sini menunjukkan pemberian kewenangan secara *discretionary* di dalam soal penahanan, sehingga pemberian kewenangan itu bersifat *discretionary*. Kemudian yang *kedua*, penahanan yang dapat dilakukan itu hanya terbatas pada tersangka atau terdakwa yang melakukan tindak pidana dan secara limitatif, 5 tahun lebih dan/atau melakukan tindak pidana sebagaimana ditetapkan dalam ketentuan undang-undang. Kemudian, yang *ketiga*, penahanan hanya dapat dilakukan terhadap tersangka atau terdakwa yang diduga keras melakukan tindak pidana yang didasarkan pada bukti yang cukup dan yang *keempat*, kewenangan *discretionary* untuk melakukan penahanan tersebut, terbatas pada tersangka yang kemungkinan akan melakukan perbuatan-perbuatan melarikan diri, merusak barang bukti, atau mengulangi tindak pidana;
- Bahwa apabila seorang tersangka atau terdakwa tidak memenuhi salah satu kriteria kemungkinan tersebut, maka penahanannya dianggap tidak sah, karena frasa 'dalam hal' yang tercantum dalam rumusan norma Pasal 21 ayat (1), menurut ragam bahasa perundang-undangan hanya dapat digunakan untuk menyatakan suatu kemungkinan, suatu keadaan yang bisa mungkin terjadi atau tidak mungkin terjadi.
- Bahwa frasa 'dalam hal', bila melihat dari ragam bahasa dan metode teknik perundang-undangan, setiap kalimat, dalam pasal ada frasa 'dalam hal', menunjukkan atau menyatakan suatu kemungkinan, suatu keadaan, atau kondisi yang mungkin terjadi atau tidak mungkin terjadi.
- Bahwa lebih jelasnya bentuk kekhawatiran penyidik, penuntut umum, atau hakim yang akan melakukan penahanan, tidak boleh terhadap perbuatan-

perbuatan yang kriteria 3 kemungkinan tersebut, dan di luar tersebut tidak boleh bentuk kekhawatiran tersebut timbul tetapi harus bersifat rasional, seperti yang pernah ada dalam pertimbangan Mahkamah Konstitusi tentang soal penahanan.

- Bahwa dalam hukum acara pidana, asas legalitas sangat ketat sekali diberlakukan, berbeda dengan asas legalitas di dalam hukum pidana materiil.
- Bahwa di negara RRC yang negaranya tidak menganut asas legalitas dalam hukum pidana materiilnya dan juga menganut analogi dalam hukum pidana materiilnya, tetapi di dalam hukum acara pidananya, tetap mempertahankan secara ketat asas legalitasnya. Sedangkan negara-negara yang bersistem hukum Anglo Saxon dan Kontinental tetap asas legalitas dalam hukum acara pidana dilaksanakan atau dilakukan secara ketat, dalam artian soal penahanan sebenarnya tidak ada penahanan subjektif, penahanan objektif, yang ada penahanan sudah ditetapkan secara limitatif.
- Bahwa interpretasi atau salah tafsir terhadap Pasal 21 ayat (1) KUHAP disebabkan karena dua hal, *pertama*, kekurangpahaman terhadap ragam bahasa perundang-undangan, sehingga yang tidak atau tidak paham terhadap ragam bahasa perundang-undangan akan memaknakan secara salah tafsirnya, karena sesungguhnya metode teknik perundang-undangan sudah sebenarnya harus dipakai dan sudah ada;
- Bahwa bahasa perundang-undangan adalah bahasa yang sangat pelik dan karena itu penguasaan terhadap ragam bahasa menjadi penting, dalam hal ini bahasa Indonesia, karena apabila penguasaannya terhadap bahasa Indonesia tidak baik dan benar, maka komunikasi yang akan disampaikan oleh isi dari pasal itu menjadi salah.
- Bahwa Pasal 21 ayat (1) KUHAP, dimaknakan atau interpretasinya salah, karena didukung oleh tata kalimat yang tidak benar dalam struktur kalimat atau sintaksis bahasa Indonesia. Mestinya Pasal 4 naik menjadi Pasal 1, sehingga Pasal 21 tidak dimaknakan berdiri sendiri;
- Bahwa Pasal 21 ayat (4) yang secara limitatif soal penahanan dinaikkan ke atas menjadi ayat (1), karena limitatif pertama kali, dan telah ada di dalam konsep RUU KUHAP;
- Bahwa Pasal 21 ayat (4) yang sekarang dinaikkan menjadi Pasal 21 ayat (1), hanya dalam RUU KUHAP karena memang struktur kalimatnya tidak

menimbulkan salah tafsir, seperti yang selama ini terhadap Pasal 21 ayat (1) KUHAP dianggap berdiri sendiri sehingga timbul interpretasi subjektif, timbul istilah penahanan subjektif, padahal sesungguhnya tidak demikian.

- Bahwa Pasal 21 ayat (1) hanyalah merupakan perlunya penahanan, bukan sahnya penahanan;
- Bahwa mengenai penjelasan Pasal 95 ayat (1) juga secara tata bahasa, pertama, bunyi Pasal 95 ayat (1) adalah tersangka, terdakwa, atau terpidana berhak menuntut ganti kerugian karena ditangkap, ditahan, dituntut, atau diadili, atau dikenakan tindakan lain.
- Bahwa frasa tindakan lain tidak berhenti. Jika berhenti maka akan menimbulkan salah tafsir. Tetapi ada koma, tanpa alasan yang sah berdasarkan undang-undang dari struktur kalimat.
- Bahwa kalimat dalam Pasal 95 ayat (1) terdiri dari subjek, predikat, objek, keterangan keadaan. Tanpa alasan yang sah berdasarkan undang-undang adalah keterangan keadaan yang berfungsi menjelaskan. Dengan demikian jika ada penjelasan lain terhadap Pasal 95 ayat (1) justru secara tata bahasa akan menimbulkan pengertian yang kontradiktif dengan norma asalnya dengan Pasal 95, karena sudah ada penjelasan, kecuali kalau tidak ada frasa tanpa alasan yang sah.
- Bahwa makna dikenakan tindakan lain, tidak perlu ada penjelasan, karena dia sudah dijelaskan tanpa alasan yang sah dan kepentingan hukum yang hendak dilindungi di dalam Pasal 95 ayat (1) adalah soal terjadinya sewenang-wenang atau *abus de droit*, atau penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*) atau *wederrechtelijkheid* (melawan hukum). Jadi tindakan aparat yang sewenang-wenang, yang menyalahgunakan wewenang, yang melawan hukum, kepentingan hukum yang akan dilindungi supaya tidak terjadi hal demikian.
- Bahwa dengan kata lain, apabila Pasal 95 sudah jelas kemudian dijelaskan, yang bentuknya limitatif, maka tidak akan pernah tercapai kepentingan hukum yang hendak dilindungi oleh norma Pasal 95 ayat (1) karena kepentingan hukum yang hendak dilindungi oleh Pasal 95 ayat (1) adalah perbuatan yang sewenang-wenang, yang menyalahgunakan wewenang, yang melawan hukum dari aparat, yang mendapatkan kewenangan diskresioner mengenai soal penahanan atau upaya paksa yang lain.

- Bahwa ada peringatan pakar hukum pidana dan kriminologi yang pernah dibaca ahli dalam buku, “*The Other Side of Criminology.*” Prof. Peter berpendapat, “*The limitation of end control over, the powers and the state constitute the royal juridical dimensions of criminal law. The juridical task of criminal law is not policing society but policing the police.*” Pembatasan dan pengendalian kekuasaan negara merupakan tugas yuridis senyatanya dari hukum pidana. Tugas hukum pidana bukanlah sekedar mengatur masyarakat, tetapi lebih pada mengatur aparatnya sendiri.

[2.3] Menimbang bahwa terhadap permohonan Pemohon, Pemerintah memberikan keterangan sebagai berikut:

- Bahwa permohonan Pemohon atau kedudukan hukum Pemohon pada dasarnya adalah terkait dengan mata rantai atau terkait dengan proses penegakan hukum atau ‘*Law enforcement*’, artinya bahwa apa yang di alami oleh Pemohon adalah terkait dengan tatanan praktek dari penegakan hukum. Oleh karena itu, Pemerintah menyadari bahwa terkait dengan *legal standing* pada umumnya bersifat tentatif dan menjadi kewenangan Mahkamah untuk menilainya. Apakah Pemohon memiliki *legal standing* atau tidak, maka Pemerintah menyerahkan sepenuhnya kepada Mahkamah Konstitusi untuk menilai dan mempertimbangkannya apakah Pemohon mempunyai *legal standing* atau tidak, sebagaimana ditentukan di dalam Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, maupun berdasarkan putusan-putusan Mahkamah Konstitusi terdahulu yang telah dijadikan *jurisprudensi* oleh Mahkamah Konstitusi.
- Bahwa terhadap materi muatan norma yang dimohonkan untuk diuji oleh Pemohon, Pemerintah dapat memberikan penjelasan sebagai berikut:
  1. Bahwa Pemohon mendalilkan ketentuan Pasal 21 ayat (1) dan Pasal 95 ayat (1) beserta penjelasannya, KUHAP yang dianggap bertentangan dengan Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28G ayat (1), dan Pasal 28I ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945, menurut Pemerintah adalah tidak tepat, dan tidak benar. Selain argumentasi Pemohon terhadap dalil yang diumumkan tersebut, tidak jelas dan kabur, akan tetapi sisi lain Pemohon juga tidak merinci secara tepat dan lengkap dasar hukum timbulnya kerugian hak-hak konstitusional Pemohon tersebut;

2. Bahwa dalam permohonannya, Pemohon hanya menyatakan ketentuan *a quo* dianggap bertentangan dengan beberapa pasal di dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan tidak menjelaskan secara rinci dalam hal apa, dan bagaimana bentuk bertentangan, atau kontradiksi tersebut terjadi. Menurut Pemerintah, pembatalan hak-hak asasi manusia, atau setiap warga negara, dapat dimungkinkan asalkan diatur, atau dibatasi dengan ketentuan undang-undang, yaitu sebagaimana ditentukan dalam Pasal 28J ayat (2) yang pada intinya bahwa pembatasan itu dimungkinkan, dalam rangka penghormatan hak dan kebebasan orang lain, asalkan diatur dengan undang-undang;
3. Bahwa apabila Pemohon merasa hak-hak konstitusionalnya dibatasi yang dalam hal ini berupa penahanan oleh Aparat Penegak Hukum, maka hal demikian menurut Pemerintah telah sejalan dengan amanat konstitusi, dan karenanya tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945;
4. Bahwa pada dasarnya masyarakat tidak dapat dipisahkan dari hukum, sebagaimana yang dikemukakan oleh filosof Cicero yang menyatakan "*Dimana ada masyarakat, maka di situ ada hukum*", oleh karena itu hukum diperlukan sebagai sarana untuk mengatur masyarakat itu sendiri.
5. Bahwa tujuan utama dibentuknya Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang KUHAP, selain untuk menggantikan peraturan hukum acara pidana yang lama, sebagaimana terdapat dalam H.I.R., juga dalam rangka membentuk unifikasi Hukum Acara Pidana Nasional yang sesuai dengan jiwa dan pandangan hidup bangsa Indonesia, yang lebih mengedepankan aspek-aspek jaminan dan perlindungan terhadap pelaksanaan hak asasi manusia dan perlindungan terhadap harkat dan martabat manusia sebagaimana sewajarnya yang dimiliki oleh suatu negara hukum;
6. Bahwa Undang-Undang tentang KUHAP, sebagaimana diketahui di bagian pertama atau di dalam penjelasan umum bagian pertama, dikatakan bahwa terhadap tersangka atau terdakwa untuk segera diperiksa, kemudian diberikan pemberitahuan apa yang diserahkan ataupun pelimpahan sesegera mungkin ke pengadilan, mendapatkan bantuan hukum, dan mendapatkan kunjungan keluarga. Hal itu menunjukkan bahwa KUHAP telah mengapresiasi atau melaksanakan perlindungan hak asasi manusia dan perlindungan terhadap harkat dan martabat manusia itu sendiri.

7. Bahwa ketentuan yang tercantum di dalam Pasal 21 ayat (1) KUHAP, merupakan salah satu contoh bahwa ketentuan di dalam KUHAP yang telah mengedepankan aspek-aspek jaminan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia karena untuk melakukan penahanan terhadap tersangka atau terdakwa diperlukan syarat-syarat yang ketat dan harus memperhatikan kondisi subjektif maupun kondisi objektif dari Tersangka atau Terdakwa:
8. Bahwa Pasal 21 KUHAP harus dipahami secara keseluruhan dan komprehensif, tidak sebagian dan sepotong-sepotong karena hal-hal yang diatur dalam ketentuan Pasal 21 KUHAP tersebut merupakan satu kesatuan pemikiran atau keputusan yang lahir atas pemikiran tertentu atau yang kita ketahui sebagai *original intent* itu sendiri.
9. Bahwa untuk dapat melakukan penahanan terhadap seseorang Tersangka, atau Terdakwa, berdasarkan ini diperlukan syarat-syarat yang cukup ketat. Hal ini didasari pemikiran bahwa seorang tersangka atau terdakwa yang ditahan akan berdampak buruk bagi dirinya sendiri, keluarga, maupun lingkungan sosialnya.
10. Bahwa terhadap ketentuan Pasal 1 ayat (1) KUHAP, telah diperiksa dan diputus oleh Mahkamah Konstitusi dengan Amar Putusan, "Menolak permohonan Pemohon", sebagaimana tadi yang Pemohon sudah sampaikan bahwa yang dimohonkan oleh Mayjen. Purn. TNI Suwarna, sebagaimana di dalam Register Perkara Nomor 018/PUU-IV/2006, tanggal 20 Desember 2006;
11. Bahwa isi dari putusan tersebut antara lain, sebagaimana di ketentuan menimbang bahwa terhadap dalil Pemohon yang menyatakan bahwa Pasal 21 ayat (1) KUHAP dianggap bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) Undang-Undang Dasar Tahun 1945, maka di dalam pertimbangan tersebut, Mahkamah berpendapat bahwa keberadaan Pasal 21 ayat (1) KUHAP, tidak dapat dilepaskan dengan Pasal 77 KUHAP itu sendiri. Pasal 21 ayat (1) KUHAP, dari aspek norma cukup untuk mempertemukan dua kepentingan, yaitu kepentingan umum untuk menegakkan ketertiban serta kepentingan individu yang harus dilindungi hak asasi manusianya. Hal demikian diperkuat lagi dengan adanya pranata praperadilan, sebagaimana diatur dalam Pasal 77 KUHP itu sendiri.



12. Adapun adanya praktik yang selama ini dalam penerapan Pasal 21 ayat (1) dan Pasal 77 KUHAP, yang dipandang kurang melindungi hak-hak terdakwa atau tersangka adalah berada dalam ranah penerapan hukum atau implementasi daripada norma itu sendiri, dan bukan masalah konstitusionalitas norma itu sendiri.
13. Bahwa sesuai dengan ketentuan Pasal 60 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Maka, yang mengatakan bahwa terhadap materi muatan ayat pasal dan atau bagian dalam Undang-Undang yang telah diuji tidak dapat dimohonkan pengujian kembali. Walaupun kemudian di dalam Pasal 42, Peraturan Mahkamah Konstitusi yang mengatakan bahwa materi muatan yang telah diuji dan dimohonkan untuk diuji ke Mahkamah Konstitusi dapat dimohonkan kembali, asal Pemohon itu dapat membuktikan adanya kerugian konstitusionalitas yang berbeda daripada permohonan yang dahulu dimohonkan oleh Pemohon yang lain. Hal tersebut harus buktikan Pemohon dalam persidangan
14. Bahwa hal-hal yang terkait dengan ganti rugi sebagaimana ditentukan di dalam Pasal 95 ayat (1) KUHAP, beserta penjelasannya. Menurut pemerintah, pengaturannya sudah sangat jelas mengenai batasan hal-hal yang akan diberikan ganti rugi maupun rehabilitasi, sehingga sangat tidak tepat apabila Pemohon memohon ganti rugi tetapi hal-hal yang disyaratkan oleh ketentuan Pasal 95 ayat (1) KUHAP beserta penjelasannya tersebut belum terpenuhi oleh Pemohon itu sendiri.
15. Bahwa Pemohon menganggap tindakan menangkap dan menahan merupakan wewenang aparat kepolisian tetapi perbuatan menangkap, tapi cara atau bagaimana perbuatan menangkap Pemohon dengan cara yang menghentikan dan memecahkan kaca mobil tidak memiliki alasan maupun dasar hukum yang sama sekali. Padahal Pemohon dalam permohonannya menjelaskan pada saat Pemohon akan dilakukan penangkapan, mobil Pemohon beserta mobil pengawal Pemohon sudah digiring masuk ke dalam halaman kantor polisi di Kota Banjar itu. Tetapi ketika sudah berada di dalam halaman kantor polisi, seluruh penumpang dalam mobil tersebut tidak bertindak kooperatif ketika petugas Densus 88 meminta agar membuka pintu mobil. Kemudian, penumpang di dalam mobil malah mengunci dan bertahan di dalam mobil walau sudah dihimbau untuk keluar mobil,

sehingga petugas Densus 88 langsung mengambil tindakan *repressif* sesuai prosedur dan cara memecah, dengan cara yaitu memecahkan kaca jendela mobil Pemohon dan memaksa seluruh penumpang untuk keluar dari mobil yang menurut anggapan petugas dikarenakan ada kekhawatiran bahwa orang yang ada di dalam mobil itu memiliki senjata atau perlengkapan lain yang membahayakan dan hal ini menurut petugas karena yang disangkakan kepada Pemohon adalah hal-hal yang terkait dengan penerapan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2003 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme. Hal ini tentunya sebagaimana sudah diketahui, bagaimana model penangkapan yang dilakukan oleh petugas kepolisian, Pemohon sudah melakukan tindakan-tindakan atau upaya-upaya hukum dengan melakukan praperadilan di Pengadilan Negeri;

16. Bahwa berdasarkan penjelasan tersebut di atas, Pemerintah mohon kepada Mahkamah Konstitusi yang memeriksa, memutus, dan mengadili permohonan pengujian ketentuan Pasal 21 ayat (1), Pasal 95 ayat (1) beserta penjelasannya, Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana, dapat memberikan putusan sebagai berikut:

- Menyatakan bahwa Pemohon tidak mempunyai *legal standing* sebagaimana diuraikan di atas,
- Menyatakan bahwa hal tersebut adalah rangkaian karena di dalam ranah praktik atau implementasi penegakkan hukum.
- Menolak permohonan pengujian Pemohon seluruhnya atau setidaknya menyatakan permohonan pengujian Pemohon tidak dapat diterima;
- Menerima keterangan Pemerintah secara keseluruhan.
- Menyatakan ketentuan Pasal 21 ayat (1), Pasal 95 ayat (1) beserta penjelasannya, Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana tidak bertentangan dengan ketentuan Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28G ayat (1), Pasal 28I ayat (2) Undang-Undang Dasar Tahun 1945. Namun demikian, apabila Mahkamah Konstitusi berpendapat lain, kiranya mohon putusan yang bijaksana dan seadil-adilnya;

[2.4] Menimbang bahwa terhadap permohonan Pemohon, Dewan Perwakilan Rakyat tidak memberikan keterangan lisan ataupun tertulis;

[2.5] Menimbang bahwa untuk mempersingkat uraian dalam putusan ini, segala sesuatu yang terjadi di persidangan cukup ditunjuk dalam berita acara persidangan, yang merupakan satu kesatuan yang tidak terpisahkan dengan putusan ini;

### 3. PERTIMBANGAN HUKUM

[3.1] Menimbang bahwa isu hukum utama permohonan Pemohon adalah mengenai pengujian materiil Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (selanjutnya disebut KUHAP) Pasal 21 ayat (1) dan Pasal 95 ayat (1) beserta Penjelasannya terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disebut UUD 1945);

[3.2] Menimbang bahwa sebelum mempertimbangkan pokok permohonan, Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut Mahkamah) akan mempertimbangkan terlebih dahulu hal-hal berikut:

- a. kewenangan Mahkamah untuk mengadili permohonan *a quo*;
- b. kedudukan hukum (*legal standing*) Pemohon;

Terhadap kedua hal tersebut, Mahkamah berpendapat sebagai berikut:

#### **Kewenangan Mahkamah**

[3.3] Menimbang bahwa berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5226, selanjutnya disebut UU MK), Pasal 29 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5076), salah satu kewenangan Mahkamah adalah mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-Undang terhadap UUD 1945;

[3.4] Menimbang bahwa oleh karena permohonan Pemohon mengenai pengujian materiil Undang-Undang terhadap UUD 1945 maka Mahkamah berwenang mengadili permohonan *a quo*;

**Kedudukan hukum (*legal standing*) Pemohon**

[3.5] Menimbang bahwa berdasarkan Pasal 51 ayat (1) UU MK, yang dapat bertindak sebagai Pemohon dalam pengujian suatu Undang-Undang terhadap UUD 1945 adalah mereka yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian, yaitu:

- a. perorangan warga negara Indonesia, termasuk kelompok orang yang mempunyai kepentingan sama;
- b. kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam Undang-Undang;
- c. badan hukum publik atau privat; atau
- d. lembaga negara;

[3.6] Menimbang pula bahwa Mahkamah sejak putusan Nomor 006/PUU-III/2005, bertanggal 31 Mei 2005 dan putusan Nomor 11/PUU-V/2007, bertanggal 20 September 2007 serta putusan-putusan selanjutnya telah berpendirian bahwa kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional sebagaimana dimaksud Pasal 51 ayat (1) UU MK harus memenuhi lima syarat, yaitu:

- a. adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
- b. hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut oleh Pemohon dianggap dirugikan oleh berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;
- c. kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut harus bersifat spesifik dan aktual atau setidaknya-tidaknya potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
- d. adanya hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dimaksud dengan berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;

e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan, maka kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional seperti yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi;

[3.7] Menimbang bahwa dengan demikian agar seseorang atau suatu pihak dapat diterima sebagai Pemohon dalam perkara pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945, menurut ketentuan Pasal 51 ayat (1) UU MK, orang atau pihak dimaksud haruslah:

- a. menjelaskan kualifikasinya, yaitu apakah sebagai perorangan warga negara Indonesia, kesatuan masyarakat hukum adat, badan hukum, atau lembaga negara;
- b. kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya, dalam kualifikasi sebagaimana dimaksud pada huruf a, sebagai akibat diberlakukannya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;

[3.8] Menimbang bahwa Pemohon adalah perseorangan warga negara Indonesia yang merasa dirugikan hak konstitusionalnya, karena berlakunya KUHAP Pasal 21 ayat (1) dan Pasal 95 ayat (1) beserta Penjelasannya;

Bahwa Pemohon merasa dirugikan hak konstitusionalnya untuk memperoleh perlindungan dan kepastian hukum, serta perlakuan yang sama di hadapan hukum sebagaimana dijamin dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Secara konkrit kerugian tersebut diakibatkan tindakan Kepolisian Negara Republik Indonesia yang menangkap Pemohon layaknya seorang buronan penjahat besar, yaitu dengan cara memecahkan kaca mobil yang ditumpangi Pemohon, dilanjutkan dengan dipegangnya tangan Pemohon dengan ditarik secara paksa, dan ditodong senjata laras panjang sambil mengatakan "saya tembak kamu". Menurut Pemohon tindakan tersebut adalah suatu tindakan penyimpangan kekuasaan publik, bukan tindakan pribadi yang hanya dipandang sebagai tindakan perdata, dan bukan pula tindakan pidana perorangan, karena bilamana tindakan perorangan, maka pastilah telah diusut dan diberi sanksi tegas oleh Institusi Kepolisian Negara Republik Indonesia. Terhadap Pemohon juga dilakukan penahanan dan perpanjangan penahanan yang dilakukan tanpa alasan-alasan objektif yang dapat diukur dan sangat tergantung pada pendapat subyektif dari penyidik atau penuntut umum.

Menurut Pemohon tindakan tersebut mendapat pembenaran hukum dengan adanya ketentuan Pasal 21 ayat (1) KUHAP yang memungkinkan

penyidik atau penuntut umum melakukan penahanan atau perpanjangan penahanan dengan alasan subjektif, walaupun tindakan tersebut dilakukan secara eksekutif dan melanggar hak-hak tersangka yang dijamin oleh hukum. Di samping itu, Pemohon juga tidak dapat melakukan gugatan praperadilan atau tuntutan ganti kerugian terhadap aparaturnegara yang menjalankan kewenangannya secara eksekutif yang melanggar hak-hak konstitusional Pemohon, karena adanya Pasal 95 ayat (1) KUHAP yang tidak memungkinkan Pemohon mengajukan tuntutan ganti kerugian atas tindakan penyidik atau penuntut umum yang melanggar hukum. Berdasarkan fakta tersebut, Pemohon menganggap hak konstitusionalnya untuk mendapatkan perlindungan dan kepastian hukum, serta perlakuan yang sama di hadapan hukum sebagaimana diatur dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 terlanggar;

[3.9] Menimbang bahwa berdasarkan dalil-dalil Pemohon tersebut, menurut Mahkamah, Pemohon memenuhi syarat kedudukan hukum (*legal standing*) sehingga Pemohon dapat mengajukan permohonan *a quo*;

[3.10] Menimbang bahwa oleh karena Mahkamah berwenang mengadili permohonan *a quo*, serta Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) maka selanjutnya Mahkamah akan mempertimbangkan pokok permohonan;

### **Pokok Permohonan**

[3.11] Menimbang bahwa Pemohon pada pokoknya memohon pengujian KUHAP Pasal 21 ayat (1) dan Pasal 95 ayat (1) beserta Penjelasannya terhadap UUD 1945, yang masing-masing menyatakan:

Pasal 21 ayat (1)

*“Perintah penahanan atau penahanan lanjutan dilakukan terhadap seorang tersangka atau terdakwa yang diduga keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup, dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana”.*

Pasal 95 ayat (1)

*“Tersangka, terdakwa atau terpidana berhak menuntut ganti kerugian karena ditangkap, ditahan, dituntut dan diadili atau dikenakan tindakan lain, tanpa alasan*

*yang berdasarkan undang-undang atau karena kekeliruan mengenai orangnya atau hukum yang diterapkan”.*

Penjelasan Pasal 95 ayat (1)

*“Yang dimaksud dengan ‘kerugian karena dikenakan tindakan lain’ ialah kerugian yang ditimbulkan oleh pemasukan rumah, penggeledahan dan penyitaan yang tidak sah menurut hukum. termasuk penahanan yang lebih lama daripada pidana yang dijatuhkan”.*

Pemohon mengajukan alasan-alasan yang pada pokoknya sebagai berikut:

- Pasal 21 ayat (1) *a quo*, melahirkan *diskresi absolute* yang dimiliki oleh penyidik yang dapat menimbulkan ketidakpastian hukum yang adil bagi tersangka karena setiap saat penyidik dapat menahan dan memperpanjang masa penahanan terhadap tersangka karena alasan yang subjektif tanpa ada ukuran objektif dan hanya berdasarkan kekhawatiran penyidik bahwa tersangka akan melarikan diri, menghilangkan alat bukti dan/atau mengulangi tindak pidana;
- Demikian juga ketentuan dalam KUHAP Pasal 95 ayat (1) beserta Penjelasan, menurut Pemohon melanggar prinsip kepastian hukum yang adil dan mengabaikan hak-hak tersangka yang dilindungi oleh konstitusi untuk memperoleh perlakuan hukum yang adil karena tersangka tidak dapat menuntut aparat penegak hukum (penyidik) yang melakukan tindakan penangkapan maupun penahanan secara eksekutif melalui perkara praperadilan maupun tuntutan ganti rugi. Ketentuan KUHAP Pasal 95 ayat (1) dan Penjelasan tidak memberikan kemungkinan bagi seorang tersangka melakukan upaya hukum praperadilan atas tindakan eksekutif yang dilakukan oleh penyidik atau penuntut umum, karena tuntutan ganti rugi dalam proses praperadilan yang hanya dibatasi pada kerugian karena ditangkap, ditahan, dituntut dan diadili atau dikarenakan tindakan lain tanpa alasan yang berdasarkan Undang-Undang atau karena kekeliruan mengenai orangnya atau hukum yang diterapkan. Bahkan “tindakan lain” dalam ketentuan *a quo* hanya dibatasi pada kerugian yang diakibatkan oleh pemasukan rumah, penggeledahan dan penyitaan yang tidak sah menurut hukum. Menurut Pemohon, Pasal tersebut bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;

[3.12] Menimbang bahwa untuk membuktikan dalil-dalilnya, Pemohon telah mengajukan alat bukti surat atau tulisan yang diberi tanda bukti P-1 sampai dengan bukti P-5, serta telah mengajukan tiga ahli yaitu **DR. Mudzakir, SH., MH., DR. Bernard I. Tanya, SH., MH., DR. M. Sholehuddin, SH., MH.**, yang memberi keterangan di bawah sumpah dalam persidangan tanggal 19 April 2011, yang selengkapnya termuat dalam bagian Duduk Perkara, pada pokoknya menerangkan sebagai berikut:

**Ahli : DR. Mudzakir, SH., MH.**

- Menurut ahli, dalam praktik peradilan penggunaan wewenang menahan melalui interpretasi subjektif berdasarkan Pasal 21 KUHAP sudah dilakukan secara berulang-ulang dan boleh dikatakan sudah menjadi yurisprudensi tetap, sehingga penggunaan wewenang untuk melakukan penahanan sepenuhnya menjadi wewenang *discretionary* oleh aparat penegak hukum yang memiliki wewenang untuk melakukan penahanan. Mengenai persoalan kekhawatiran melarikan diri, merusak dan menghilangkan barang bukti, mengulangi tindak pidana, cenderung diinterpretasi secara subjektif oleh pejabat yang menahan, sehingga memberi hak atau wewenang untuk melakukan penahanan. Tidak ada ukuran yang jelas tentang terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti.
- Interpretasi secara subjektif yang menggunakan parameter subjektif tersebut tidak memiliki indikator yang jelas, tegas, dan pasti mengenai alasan hukum menahan tersangka atau terdakwa. Hal itu menyebabkan hak-hak hukum tersangka, terdakwa, yang dilindungi dan dijamin oleh Undang-Undang Dasar 1945 dilanggar, yakni persamaan kedudukan di depan hukum. Interpretasi melarikan diri atau tidak melarikan diri tergantung selera atau interpretasi subjektif dari aparat yang memiliki wewenang menahan. Hal tersebut memunculkan perlakuan diskriminasi dan ketidakpastian hukum. Interpretasi subjektif terhadap kedua pasal tersebut juga berpotensi terjadi penggunaan kewenangan yang sewenang-wenang, atau penyalahgunaan wewenang dalam melakukan penahanan. Interpretasi demikian tidak sesuai dengan alam pikiran dan perkembangan hukum yang terjadi sekarang setelah adanya amandemen UUD 1945.
- Interpretasi yang subjektif dengan parameter-parameter dan ukuran yang subjektif bisa mempengaruhi penggunaan kekuasaan yang merdeka dalam



menjalankan peradilan pidana, guna menegakkan hukum dan keadilan. Ketika tersangka sudah ditahan, dapat mempengaruhi kebebasan hakim untuk memutus secara objektif dan independen terhadap suatu perkara yang sedang diadili. Hakim tidak akan pernah memidana terdakwa di bawah lamanya masa tahanan dan masa tahanan dihitung sebagai masa pidana penjara. Menurut Profesor Deter Sach Mester, "Pidana penjara singkat adalah pidana yang sia-sia karena hakim hanya bermain terhadap masa tahanan." Sehingga praktis tidak ada yang namanya pemasyarakatan dan pendidikan atau pembinaan terhadap terpidana.

- Dalam KUHAP dikenal asas praduga tak bersalah. Dengan adanya penahanan serta diproses, dipastikan tersangka tersebut terbukti, misalnya tertangkap tangan dan dapat dipastikan di pengadilan bisa dibuktikan. Oleh karena adanya asas praduga tak bersalah sebagai asas hukum, maka tersangka seolah-olah telah bersalah dan hal ini bertentangan dengan asas praduga tidak bersalah karena hakim harus menyatakan bersalah, karena sudah ditahan dan harus dipotong masa tahanan dalam menjatuhkan pidana penjara.
- Bahwa masa penahanan diperhitungkan sebagai bagian dari pidana penjara yang menurut ahli menahan sama artinya menghukum atau menjatuhkan pidana. Penggunaan kewenangan tersebut dilakukan secara hati-hati karena melanggar asas fundamental dalam KUHAP yang disebut sebagai asas praduga tak bersalah.
- Dalam filsafat pemidanaan, penahanan adalah bentuk daripada penjatuhan sanksi pidana penjara dan oleh sebab itu penahan wajib untuk diperhitungkan dalam penjatuhan pidana penjara. Oleh sebab itu, maka dalam tahapan praperadilan semestinya bukti yang cukup adalah bukti yang cukup bahwa perbuatan terdakwa telah memenuhi unsur-unsur delik dan bila nanti diproses ke pengadilan ada jaminan kepastian terdakwa akan memenuhi atau terbukti memenuhi unsur-unsur delik. Sehingga apabila hakim mengambil keputusan adalah mempertimbangkan masa tahanan dengan masa lamanya penjara yang ditambah dengan dipotong masa tahanan. Hal itu, secara filsafat pemidanaan, *rational logic* dan argumen hukum dapat dibenarkan. Tetapi, ketika interpretasi terbukti cukup hanya semata-mata dugaan saja, dalam makna adanya dugaan yang keras, dengan bukti yang cukup dan tidak mengarah pada pemenuhan unsur, akibatnya akan menjadi dilema dalam praktik penegakan hukum. Hakim

dihadapkan pada posisi yang sulit, apakah harus menyatakan terbukti atau tidak terbukti bila orang sudah ditahan, apalagi penahanan yang sudah cukup lama sehingga hakim mau dan tidak mau harus mempertimbangkan masa tahanan ini sebagai lama pidana penjaranya.

- Setiap orang memiliki hak hukum, termasuk hak kemerdekaan yang dilindungi oleh konstitusi. Konstitusi melindungi setiap hak seseorang, termasuk kemerdekaan, harta kekayaan, dan sebagainya. Perampasan hak setiap orang tidak boleh dilakukan kecuali dibolehkan oleh konstitusi. Ada pergeseran pemaknaan penahanan dimana hak setiap orang tidak boleh dirampas oleh siapa pun. Perampasan hak setiap orang berupa penahanan hanya boleh dilakukan apabila dibenarkan oleh konstitusi. Pengecualian hak konstitusional tersebut dilakukan berdasarkan undang-undang.
- Bahwa undang-undang memberikan wewenang kepada aparat penegak hukum yang terkini untuk ditafsirkan sendiri oleh pejabat yang bersangkutan. Penggunaan wewenang menahan dari undang-undang dilakukan berdasarkan putusan pengadilan atau persetujuan pengadilan.

**Ahli : DR. Bernard L. Tanya, SH., MH.**

- Aspek yang akan disorot mengenai analisis terhadap Pasal 21 ayat (1) KUHAP adalah problem teori, problem filosofis, dan problem praktis. Dari frasa yang telah disebutkan, terbukti telah membuka peluang terjadinya penyalahgunaan wewenang dalam penegakan hukum. Beberapa fakta mengenai hal ini yang pernah terjadi dalam praktik, *pertama*, diskriminasi penahanan, ada yang ditahan dan ada yang tidak ditahan tanpa rasionalitas yang dapat diterima secara inter subjektif; *kedua*, aparat menentukan sendiri ditahan tidaknya seseorang, *ketiga*, tidak ada rujukan objektif mengapa seseorang ditahan dan yang lain tidak; *keempat*, muncul alasan-alasan ekstra yuridis seperti tidak kooperatif, sering jumpa pers, dan lain sebagainya.
- Perlu ada batasan yang lebih *accountable*, mengingat dalam KUHAP tidak terdapat norma yang memberi jalan keluar yang lebih *accountable* atas kelemahan frasa tersebut, maka perlu tafsir konstitusional oleh Mahkamah Konstitusi untuk mengakhiri kekacauan tafsir dalam praktik, demi terjaminnya proses hukum yang adil dalam peradilan pidana.
- Frasa Pasal 21 ayat (1), “mengingkari hakikat hukum acara pidana” dan tiap hukum acara pidana dalam negara hukum yang demokratis, dibangun atas 3

pengendalian, yaitu *pertama*, peradilan pidana merupakan suatu sistem yang dilengkapi kekuasaan yang besar untuk menuntut; *kedua*, hak-hak seorang individu tidak hilang dan harus dihormati dalam seluruh proses hukum; *ketiga*, tiap kekuasaan mempunyai peluang untuk disalahgunakan. Oleh karena itu, prinsip hukum acara dalam negara hukum yang demokratis adalah kekuasaan dibatasi dan prosedur ditentukan.

- Secara teoritis KUHAP sebagai hukum acara merupakan norma yang mengontrol tindakan aparat penegak hukum agar tidak eksekutif. Ia merupakan norma bagi aparat dalam menjalankan secara *rigid* kewenangan menuntut yang dimilikinya dalam kerangka *due process*.
- Dalam hakikat yang demikian hukum acara pidana termasuk KUHAP memiliki sifat kritis normatif untuk 2 fungsi yaitu *pertama*, mencegah pelaksanaan kekuasaan aparat yang tanpa batas, sebab kekuasaan cenderung korup; *kedua*, kekuasaan aparat untuk menuntut setiap orang yang melanggar dibolehkan dalam batas-batas yang ditentukan secara *rigid* oleh undang-undang.
- Fungsi melindungi dan fungsi instrumental, menurut Nico Keyser, berkaitan dengan keharusan adanya jaminan prosedur yang memadai dan pasti, agar tidak terjadi kesewenang-wenangan. Dua fungsi tersebut yang *mutatis mutandis* tercermin dalam *due process model*, menuntut kehati-hatian aparat dalam proses peradilan. Bagi *due process model*, kelalaian merupakan sebuah keniscayaan. Bahkan kelalaian atau *human error* adalah sesuatu yang inheren dalam diri manusia, tak terkecuali aparat penegak hukum yang paling profesional sekalipun. Berdasarkan asumsi inilah, maka *due process model* menolak *informal fact finding process* dan sebaliknya lebih mengandalkan *formal adjudicative* karena, *pertama*, semua proses peradilan pidana harus dilakukan langkah demi langkah melalui proses normatif yang ketat; *kedua*, sejauh mungkin menghindari kesalahan mekanisme administrasi; *ketiga*, mencegah secara maksimum praktik kursif; *keempat*, pelaksanaan kekuasaan tidak boleh ditentukan secara arbitrer atau voluntaristik sepihak oleh aparat; *kelima*, proses peradilan harus mengikuti prosedur normatif dan bukan mengikuti kehendak pihak pelaksana hukum.
- Peluang yang diberikan kepada aparat untuk memaknai sendiri frasa yang sangat elastis dalam Pasal 21 ayat (1) yaitu keadaan yang menimbulkan

kekhawatiran potensial mencederai fungsi kritis normatif dari hukum acara pidana. Sebagaimana terbukti antara lain lewat beberapa kasus, frasa Pasal 21 poin kedua, terbukti atau terbuka bagi perangai negatif kekuasaan. Ini poin kedua catatan ahli mengenai Pasal 21 ayat (1) khususnya frasa 'keadaan yang menimbulkan kekhawatiran. Pelajaran paling dasar yang bisa dipetik dari perjalanan semua peradaban politik adalah bahwa kekuasaan mesti dibatasi. Inilah yang menjadi dasar dan menjadi salah satu jantung pergulatan pemikiran kebanyakan filosof dan ilmuwan sosial sepanjang masa.

- Frasa Pasal 21 ayat (1) yang begitu elastis potensial menjadi ruang bagi penyalahgunaan kekuasaan dan manipulasi kepentingan pemangku kekuasaan dan mencederai hak konstitusional seseorang yaitu dalam hal ini tersangka ataupun terdakwa. Kewenangan yang diberikan pada aparat untuk menentukan sendiri makna keadaan yang menimbulkan kekhawatiran potensial mencederai hak tersangka dan terdakwa. Hak-hak warga negara yang dijamin konstitusi seperti dalam Pasal 27, Pasal 28, Pasal 28D, Pasal 28G, dan Pasal 28I ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945 yang juga dimiliki seorang tersangka ataupun terdakwa akan mudah terlangkahi jika tidak ada ukuran yang jelas dan intersubjektif dalam menilai keadaan yang menimbulkan kekhawatiran tersebut.
- Frasa menimbulkan kekhawatiran adalah soal emotif dan tidak ada alat ukur yang jelas. Gambaran ketidakpastian hampir pasti terjadi dalam penilaian terhadap keadaan yang menimbulkan kekhawatiran dalam frasa Pasal 21 ayat (1) KUHAP, karenanya demi tegaknya *due process* dalam pelaksanaan upaya paksa, khususnya dalam hal penangkapan dan penahanan, maka sangat dibutuhkan ada tafsir konstitusional oleh Mahkamah yang memberi batas-batas atau indikator-indikator yang jelas dan terukur, misalnya adanya fakta tindakan tertentu yang menjurus pada keadaan, seperti melarikan diri, menghilangkan barang bukti, mengulangi tindak pidana, dan lain sebagainya. Atau untuk mencegah pertimbangan sepihak yang subjektif, maka dalam hal penahanan perlu meminta izin atau penetapan pengadilan.
- Bahwa Pasal 95 ayat (1) KUHAP, menurut ahli, mengenai penjelasan Pasal 95 ayat (1) KUHAP, penjelasan pasal *a quo* mencederai keadilan, hukum yang adil, dan keadilan konstitusional. *Principal interest* dalam hukum yang adil tidak saja berupa imperatif menghukum tiap pelanggaran, tetapi lebih dari itu tiap kerugian harus diganti sepadan. Prinsip ini sejatinya sudah terakomodasi

dalam KUHAP, negara diberi kewenangan yang cukup luas untuk menuntut setiap orang yang melanggar. Pada saat yang bersamaan, tiap orang berhak menuntut ganti rugi atas setiap pelaksanaan kewenangan yang tidak sah atau ilegal, sebagaimana tercermin dalam norma Pasal 95 ayat (1).

- Bahwa khusus mengenai tindakan lain, Undang-Undang Kepolisian, Pasal 16 ayat (2) huruf e, menyebut tindakan penyelidikan, penyidikan yang dilaksanakan jika memenuhi syarat tidak bertentangan dengan suatu aturan hukum, selaras dengan kewajiban hukum yang mengharuskan tindakan tersebut dilakukan, harus patut, harus masuk akal, dan termasuk dalam lingkungan jabatannya, pertimbangan yang layak berdasarkan keadaan yang memaksa, dan terakhir menghormati hak asasi manusia. Konstruksi undang-undang tentang tindakan lain adalah semua tindakan yang diperlukan dalam lingkup penyelidikan dan penyidikan yang memenuhi 5 syarat di atas. Hal itu berarti undang-undang memberi kewenangan yang cukup besar kepada negara untuk mengambil tindakan yang diperlukan dalam menuntut setiap pelanggaran.
- Penjelasan Pasal 95 ayat (1), di satu sisi norma Pasal 95 ayat (1) membuka ruang keadilan untuk menuntut ganti rugi terhadap pelaksanaan kewenangan yang tidak sah, namun pada sisi yang lain Penjelasan Pasal 95 ayat (1) tersebut justru melakukan pembatasan yang menyebabkan ketidakadilan. Hak orang yang dirugikan justru dibatasi, hal tersebut menyebabkan anomali. Hukum acara pidana berposisi kritis normatif terhadap kekuasaan, dimana kekuasaan dikontrol, diawasi dan hak rakyat dijamin.
- Asas-asas utama hukum pidana seperti legalitas, *lex certa*, *equality before the law*, praduga tak bersalah, kompensasi dan rehabilitasi, merupakan wujud paling eksplisit sifat kritis normatif terhadap kekuasaan. Asas tersebut sekaligus merupakan komitmen negara untuk melindungi hak asasi setiap orang yang tersangkut dalam perkara pidana, dari sinilah mengapa *due process of law* begitu penting dalam peradilan pidana. *Into due process of law* menurut Tobias dan Peterson adalah jaminan konstitusional agar warga negara dilindungi dari tindakan sewenang-wenang aparat penegak hukum. Itulah jantung dari *due process of law*.
- *Due process of law*, tidak hanya terbatas pada penerapan aturan-aturan hukum acara secara formal legalistik, tapi lebih dari itu secara konseptual mengandung

komitmen untuk menjamin hak-hak seorang warga negara. Penjelasan Pasal 95 ayat (1) KUHAP tidak mencerminkan prinsip hukum yang adil dan keadilan konstitusional, sehingga harus dinyatakan inkonstitusional.

**Ahli : DR. M. Sholehuddin, SH., MH.**

- Pasal 21 ayat (1) KUHAP, di kalangan praktisi hukum sering diinterpretasikan dengan istilah alasan atau syarat penahanan subjektif, sehingga penahanan yang dilakukan seolah-olah dianggap sah bila memenuhi syarat-syarat penahanan subjektif, sebagaimana diatur dalam Pasal 21 ayat (1) KUHAP, padahal sesungguhnya yang dimaksud dalam norma Pasal 21 ayat (1) KUHAP adalah perlunya penahanan, bukan sahnya penahanan, karena sahnya penahanan itu sudah ditetapkan atau diatur di dalam Pasal 21 ayat (4) KUHAP;
- Bahwa Pasal 21 ayat (1) KUHAP tidak dapat berdiri sendiri, dan tidak ada keterhubungan dengan ayat-ayat berikutnya, terutama pada ayat (4). Ini dibuktikan pada frase di awal kalimat ayat (4) tersebut, yaitu 'penahanan tersebut'. Kata 'tersebut' dalam struktur kalimat bahasa Indonesia menunjuk pada alinea sebelumnya. Inilah yang menunjukkan bahwa antara Pasal 21 ayat (1) KUHAP ada keterhubungan dengan Pasal 21 ayat-ayat berikutnya, karena itu sesungguhnya Pasal 21 ayat (1) KUHAP itu hanyalah soal perlunya penahanan, bukan sahnya penahanan, karena yang sahnya penahanan ada di Pasal 21 ayat (4). Bila ayat (1) dan ayat (4) itu dihubungkan, maka pengertian yang benar itu menurut tata kalimat atau sintaksis demikian, terhadap tersangka atau terdakwa yang diduga keras melakukan tindak pidana dan/atau percobaan maupun pemberian bantuan dalam tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara lima tahun atau lebih atau melakukan tindak pidana sebagaimana dimaksud seterusnya, dapat dipandang perlu untuk dilakukan penahanan;
- Ketika dimungkinkan tersangka atau terdakwa akan melarikan diri atau merusak, menghilangkan barang bukti, atau mengulangi tindak pidana. Tetapi tindakan penahanan tersebut tetap harus didasarkan pada bukti permulaan yang cukup bahwa tersangka atau terdakwa telah diduga melakukan tindak pidana sebagaimana dimaksud yang sudah ditetapkan dalam Pasal 21 ayat (4). Jika digabung pengertian dari makna Pasal 21 ayat (1) dan Pasal 21 ayat (4) memang seharusnya digabung karena secara sintaksis mempunyai hubungan tata kalimat. Dengan demikian, ketentuan yang sesungguhnya di dalam

KUHAP soal penahanan, tidak mengenal istilah penahanan subjektif atau penahanan objektif karena sesungguhnya KUHAP adalah mengatur masalah penahanan bersifat limitatif dan sudah ditentukan batas-batasnya.

- Batas-batas tersebut, terdiri atas, *pertama*, penahanan yang hanya diberikan kepada penyidik, kepada penuntut umum, dan kepada hakim, yang bersifat limitatif dan bentuk kewenangan yang diberikan oleh undang-undang bersifat *discretionary*. Ini dibuktikan dengan frasa di dalam Pasal 21 ayat (4) KUHAP, 'penahanan hanya dapat', dimana kata 'dapat' di sini menunjukkan pemberian kewenangan secara *discretionary* di dalam soal penahanan, sehingga pemberian kewenangan itu bersifat *discretionary*. *Kedua*, penahanan yang dapat dilakukan itu hanya terbatas pada tersangka atau terdakwa yang melakukan tindak pidana dan secara limitatif 5 tahun lebih dan/atau melakukan tindak pidana sebagaimana ditetapkan dalam ketentuan undang-undang. *Ketiga*, penahanan hanya dapat dilakukan terhadap tersangka atau terdakwa yang diduga keras melakukan tindak pidana yang didasarkan pada bukti yang cukup. *Keempat*, kewenangan *discretionary* untuk melakukan penahanan tersebut, terbatas pada tersangka yang kemungkinan akan melakukan perbuatan-perbuatan melarikan diri, merusak barang bukti, atau mengulangi tindak pidana;
- Apabila seorang tersangka atau terdakwa tidak memenuhi salah satu kriteria kemungkinan tersebut, maka penahanannya dianggap tidak sah, karena frasa 'dalam hal' yang tercantum dalam rumusan norma Pasal 21 ayat (1), menurut ragam bahasa perundang-undangan hanya dapat digunakan untuk menyatakan suatu kemungkinan, suatu keadaan yang bisa mungkin terjadi atau tidak mungkin terjadi. Frasa 'dalam hal', bila melihat dari ragam bahasa dan metode teknik perundang-undangan, setiap kalimat, dalam pasal ada frasa 'dalam hal', menunjukkan atau menyatakan suatu kemungkinan, suatu keadaan, atau kondisi yang mungkin terjadi atau tidak mungkin terjadi.
- Interpretasi atau salah tafsir terhadap Pasal 21 ayat (1) KUHAP disebabkan karena dua hal, *pertama*, kekurangpahaman terhadap ragam bahasa perundang-undangan, sehingga yang tidak atau tidak paham terhadap ragam bahasa perundang-undangan akan memaknakan secara salah tafsirnya, karena sesungguhnya metode teknik perundang-undangan sudah sebenarnya harus dipakai dan sudah ada. Pasal 21 ayat (1) KUHAP, dimaknakan atau

interpretasinya salah, karena didukung oleh tata kalimat yang tidak benar dalam struktur kalimat atau sintaksis bahasa Indonesia. Mestinya Pasal 21 ayat (4) naik menjadi ayat (1), sehingga Pasal 21 tidak dimaknakan berdiri sendiri;

- Pasal 21 ayat (4) yang secara limitatif soal penahanan dinaikkan ke atas menjadi ayat (1), karena limitatif pertama kali, dan telah ada di dalam konsep RUU KUHAP. Pasal 21 ayat (4) yang sekarang dinaikkan menjadi Pasal 21 ayat (1), hanya dalam RUU KUHAP karena memang struktur kalimatnya tidak menimbulkan salah tafsir, seperti yang selama ini terhadap Pasal 21 ayat (1) KUHAP dianggap berdiri sendiri sehingga timbul interpretasi subjektif, timbul istilah penahanan subjektif, padahal sesungguhnya tidak demikian.
- Mengenai penjelasan Pasal 95 ayat (1) juga secara tata bahasa, *pertama*, bunyi Pasal 95 ayat (1) adalah tersangka, terdakwa, atau terpidana berhak menuntut ganti kerugian karena ditangkap, ditahan, dituntut, atau diadili, atau dikenakan tindakan lain. Frasa tindakan lain tidak berhenti, jika berhenti maka akan menimbulkan salah tafsir. Tetapi ada koma, tanpa alasan yang sah berdasarkan undang-undang dari struktur kalimat. Kalimat dalam Pasal 95 ayat (1) terdiri dari subjek, predikat, objek, keterangan keadaan. Tanpa alasan yang sah berdasarkan undang-undang adalah keterangan keadaan yang berfungsi menjelaskan. Dengan demikian jika ada penjelasan lain terhadap Pasal 95 ayat (1) justru secara tata bahasa akan menimbulkan pengertian yang kontradiktif dengan norma asalnya dengan Pasal 95, karena sudah ada penjelasan, kecuali kalau tidak ada frasa tanpa alasan yang sah.
- Makna dikenakan tindakan lain, tidak perlu ada penjelasan, karena dia sudah dijelaskan tanpa alasan yang sah dan kepentingan hukum yang hendak dilindungi di dalam Pasal 95 ayat (1) adalah soal terjadinya sewenang-wenang atau *abus de droit*, atau penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*) atau *wederrechtelijkheid* (melawan hukum). Jadi tindakan aparat yang sewenang-wenang, yang menyalahgunakan wewenang, yang melawan hukum, kepentingan hukum yang akan dilindungi supaya tidak terjadi hal demikian. Dengan kata lain, apabila Pasal 95 sudah jelas kemudian dijelaskan, yang bentuknya limitatif, maka tidak akan pernah tercapai kepentingan hukum yang hendak dilindungi oleh norma Pasal 95 ayat (1) karena kepentingan hukum yang hendak dilindungi oleh Pasal 95 ayat (1) adalah perbuatan yang sewenang-wenang, yang menyalahgunakan wewenang, yang melawan hukum



dari aparat, yang mendapatkan kewenangan diskresioner mengenai soal penahanan atau upaya paksa yang lain.

- Ada peringatan pakar hukum pidana dan kriminologi yang pernah dibaca ahli dalam buku, *“The Other Side of Criminology.”* Prof. Peter berpendapat, *“The limitation of end control over, the powers and the state constitute the royal juridical dimensions of criminal law. The juridical task of criminal law is not policing society but policing the police.”* Pembatasan dan pengendalian kekuasaan negara merupakan tugas yuridis senyatanya dari hukum pidana. Tugas hukum pidana bukanlah sekedar mengatur masyarakat, tetapi lebih pada mengatur aparatnya sendiri.

[3.13] Menimbang terhadap permohonan Pemohon, Pemerintah telah memberikan keterangan lisan pada tanggal 12 April 2011 dan keterangan tertulis yang diterima di Kepaniteraan Mahkamah pada tanggal 26 April 2011, yang selengkapnya termuat dalam bagian Duduk Perkara, yang pada pokoknya menerangkan sebagai berikut:

- Bahwa tujuan utama dibentuknya Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang KUHAP, selain untuk menggantikan peraturan hukum acara pidana yang lama, sebagaimana terdapat dalam H.I.R, juga dalam rangka membentuk unifikasi Hukum Acara Pidana Nasional yang sesuai dengan jiwa dan pandangan hidup bangsa Indonesia, yang lebih mengedepankan aspek-aspek jaminan dan perlindungan terhadap pelaksanaan hak asasi manusia dan perlindungan terhadap harkat dan martabat manusia sebagaimana sewajarnya yang dimiliki oleh suatu negara hukum. Undang-Undang tentang KUHAP, sebagaimana diketahui di bagian pertama atau di dalam penjelasan umum bagian pertama dikatakan bahwa terhadap tersangka atau terdakwa untuk segera diperiksa, kemudian diberikan pemberitahuan apa yang diserahkan ataupun pelimpahan sesegera mungkin ke pengadilan, mendapatkan bantuan hukum, dan mendapatkan kunjungan keluarga. Hal itu menunjukkan bahwa KUHAP telah mengapresiasi atau melaksanakan perlindungan hak asasi manusia dan perlindungan terhadap harkat dan martabat manusia itu sendiri.
- Bahwa ketentuan yang tercantum di dalam Pasal 21 ayat (1) KUHAP, merupakan salah satu contoh bahwa ketentuan di dalam KUHAP yang telah mengedepankan aspek-aspek jaminan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia karena untuk melakukan penahanan terhadap tersangka atau

terdakwa diperlukan syarat-syarat yang ketat dan harus memperhatikan kondisi subjektif maupun kondisi objektif dari Tersangka atau Terdakwa. Pasal 21 KUHAP harus dipahami secara keseluruhan dan komprehensif, tidak sebagian dan sepotong-sepotong karena hal-hal yang diatur dalam ketentuan Pasal 21 KUHAP tersebut merupakan satu kesatuan pemikiran atau keputusan yang lahir atas pemikiran tertentu atau yang kita ketahui sebagai *original intent* itu sendiri. Untuk dapat melakukan penahanan terhadap seseorang Tersangka, atau Terdakwa, diperlukan syarat-syarat yang cukup ketat. Hal ini didasari pemikiran bahwa seorang tersangka atau terdakwa yang ditahan akan berdampak buruk bagi dirinya sendiri, keluarga, maupun lingkungan sosialnya;

- Bahwa hal-hal yang terkait dengan ganti rugi sebagaimana ditentukan di dalam Pasal 95 ayat (1) KUHAP beserta Penjelasannya, menurut Pemerintah, pengaturannya sudah sangat jelas mengenai batasan hal-hal yang akan diberikan ganti kerugian maupun rehabilitasi, sehingga sangat tidak tepat apabila Pemohon memohon ganti kerugian tetapi hal-hal yang disyaratkan oleh ketentuan Pasal 95 ayat (1) KUHAP beserta Penjelasannya tersebut belum terpenuhi oleh Pemohon itu sendiri;

[3.14] Menimbang bahwa terhadap permohonan Pemohon, Dewan Perwakilan Rakyat tidak menyampaikan keterangan lisan ataupun keterangan tertulis;

#### **Pendapat Mahkamah**

[3.15] Menimbang bahwa pokok permohonan Pemohon adalah menguji konstitusionalitas KUHAP yaitu Pasal 21 ayat (1) dan Pasal 95 ayat (1) beserta Penjelasannya yang menurut Pemohon bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;

[3.16] Menimbang bahwa terhadap Pasal 21 ayat (1) KUHAP, sudah pernah diputus oleh Mahkamah dalam permohonan Nomor 018/PUU-IV/2006, tanggal 20 Desember 2006 dan permohonan Nomor 41/PUU-VIII/2010, tanggal 10 Maret 2011. Dalam Putusan Nomor 018/PUU-IV/2006, bertanggal 20 Desember 2006 tersebut, Mahkamah menyatakan pasal tersebut tidak bertentangan dengan UUD 1945, sehingga permohonan tersebut ditolak, dengan pertimbangan hukum, antara lain, sebagai berikut: "*Mahkamah berpendapat bahwa penahanan oleh penyidik*

*atau penuntut umum harus didasarkan atas pertimbangan yang cukup rasional dan tidak dengan serta merta saja dilakukan penahanan yang hanya didasari keinginan subjektif semata dari penyidik atau penuntut umum. Undang-undang sesuai dengan sifatnya memang sangatlah umum, meskipun telah diusahakan dengan sebaik mungkin perumusannya, namun masih saja terbuka peluang kelemahannya. Penerapan Pasal 21 ayat (1) dan Pasal 77 KUHAP akan tergantung kepada aparat pelaksanaannya, yaitu penyidik, penuntut umum, dan hakim dalam menerapkan ketentuan tersebut dalam rangka mencegah adanya kemungkinan pelanggaran hak asasi terdakwa. Perumusan yang terdapat dalam Pasal 21 ayat (1) dan Pasal 77 KUHAP cukup menampung kebutuhan akan perlunya kepastian dan perlindungan bagi hak asasi manusia”.*

Dalam Putusan Nomor 41/PUU-VIII/2010, tanggal 10 Maret 2011, Mahkamah menyatakan permohonan Pemohon tidak dapat diterima dengan pertimbangan hukum, antara lain, sebagai berikut: *“bahwa memperhatikan dalil-dalil permohonan para Pemohon, hal yang dipersoalkan para Pemohon adalah adanya kerugian para Pemohon yang diakibatkan berlarut-larutnya penahanan terhadap para Pemohon, padahal pemeriksaan para Pemohon hanya satu kali, sehingga para Pemohon hanya menunggu dalam ketidakpastian kapan disidangkan oleh pengadilan. Dengan demikian, hal yang dipersoalkan oleh para Pemohon adalah mengenai implementasi norma pasal-pasal dalam Undang-Undang a quo, khususnya terhadap para Pemohon yang merasa mendapat perlakuan sewenang-wenang, bukan persoalan inkonstitusionalitas norma pasal yang dimohonkan pengujian. Artinya, pasal-pasal a quo secara normatif tidak bertentangan dengan UUD 1945. Mahkamah tidak menemukan adanya kerugian yang dialami para Pemohon karena adanya norma pasal-pasal yang dimohonkan pengujian, tetapi karena para Pemohon merasa mendapatkan tindakan sewenang-wenang akibat berlarut-larutnya penahanan terhadap para Pemohon karena tidak segera diajukan ke sidang pengadilan. Oleh sebab itu, menurut Mahkamah, dalam perkara a quo para Pemohon tidak mengalami kerugian konstitusional akibat berlakunya norma pasal-pasal yang dimohonkan pengujian, melainkan karena penerapan norma dalam praktik. Lagi pula, jika pasal-pasal yang dimohonkan pengujian oleh Pemohon dikabulkan, kerugian para Pemohon tidak akan hilang, bahkan justru menimbulkan kesewenang-wenangan yang lebih besar karena tidak ada lagi pembatasan masa penahanan terhadap setiap tersangka oleh Penyidik*

*atau Penuntut Umum di kemudian hari sebagaimana diatur dalam pasal-pasal a quo*".

[3.17] Menimbang bahwa dalam Putusan Nomor 018/PUU-IV/2006, tanggal 20 Desember 2006, Pemohon memohon agar Mahkamah menyatakan Pasal 21 ayat (1) KUHAP bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) dan ayat (2), Pasal 28G ayat (1) dan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945, sedangkan dalam permohonan *a quo*, pasal yang dijadikan pengujian adalah Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;

[3.18] Menimbang bahwa karena norma yang diuji sama, dan pasal yang dijadikan pengujian yakni Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 maka dalam permohonan *a quo* pengujian atas pasal tersebut adalah *ne bis in idem*, sehingga pertimbangan hukum dan amar putusan dalam perkara Nomor 018/PUU-IV/2006, tanggal 20 Desember 2006, *mutatis mutandis* berlaku untuk permohonan *a quo*. Oleh sebab itu, maka yang perlu dipertimbangkan oleh Mahkamah dalam permohonan *a quo* adalah pengujian KUHAP Pasal 95 ayat (1) beserta Penjelasannya terhadap Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;

[3.19] Menimbang bahwa Pasal 95 ayat (1) UU Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana, menyatakan "*Tersangka, terdakwa atau terpidana berhak menuntut ganti kerugian karena ditangkap, ditahan, dituntut dan diadili atau dikenakan tindakan lain, tanpa alasan yang berdasarkan undang-undang atau karena kekeliruan mengenai orangnya atau hukum yang diterapkan*". Selanjutnya penjelasan Pasal 95 ayat (1) menyatakan "*Yang dimaksud dengan "kerugian karena dikenakan tindakan lain" ialah kerugian yang ditimbulkan oleh pemasukan rumah, penggeledahan dan penyitaan yang tidak sah menurut hukum. termasuk penahanan yang lebih lama daripada pidana yang dijatuhkan*".

[3.20] Menimbang bahwa Pasal *a quo* memberikan hak kepada seseorang untuk menuntut ganti rugi berupa kompensasi sejumlah uang ke hadapan pengadilan karena ditangkap, ditahan, dituntut dan diadili atau dikenakan tindakan lain yang ditimbulkan oleh pemasukan rumah, penggeledahan dan penyitaan tanpa alasan yang berdasarkan Undang-Undang atau karena kekeliruan mengenai orangnya atau hukum yang diterapkan menurut cara yang diatur dalam Undang-Undang. Ketentuan ini mengandung makna bahwa setiap orang dilindungi hak-

haknya sebagai seorang manusia atas kesalahan tindakan atau adanya tindakan eksekutif yang dilakukan pejabat. Atas dasar kesalahan tersebut, seseorang yang dirugikan berhak mengajukan tuntutan ganti kerugian melalui mekanisme praperadilan. Menurut Pemohon, tuntutan ganti kerugian berdasarkan ketentuan Pasal 95 ayat (1) *a quo*, hanya terbatas pada tuntutan ganti kerugian karena kesalahan penangkapan, penahanan, penuntutan atau tindakan lain yang ditimbulkan oleh pemasukan rumah, penggeledahan dan penyitaan tanpa alasan yang berdasarkan Undang-Undang atau karena kekeliruan mengenai orangnya atau hukum yang diterapkan. Termasuk penahanan tanpa alasan ialah penahanan yang lebih lama daripada pidana yang dijatuhkan. Dengan demikian, menurut Pemohon tindakan “eksekutif” atau tindakan melawan hukum lainnya oleh penegak hukum dalam hal ini penyidik, pembantu penyidik atau anggota kepolisian pada saat penangkapan maupun penahanan, misalnya pemecahan kaca mobil, tindakan yang melukai tersangka atau orang lain pada saat penangkapan tidak dapat dituntut ganti kerugian melalui mekanisme praperadilan berdasarkan Pasal 95 ayat (1) KUHAP;

[3.21] Menimbang bahwa Pemohon mendalilkan dengan berlakunya KUHAP Pasal 95 ayat (1) beserta Penjelasannya telah membatasi hak Pemohon untuk meminta ganti rugi atas tindakan yang dianggap oleh Pemohon sebagai tindakan berlebihan (*excessive*) yang dilakukan oleh polisi/penyidik pada saat proses penangkapan dan penahanan. Pada saat Pemohon ditangkap, polisi telah melakukan tindakan yang dianggap Pemohon tidak patut dan telah melanggar hak dan kebebasan Pemohon dengan memberhentikan mobil kemudian memecahkan kaca mobil dan menodongkan senjata ke muka Pemohon dengan mengatakan “saya tembak kamu!”. Akan tetapi, atas tindakan polisi tersebut, Pemohon tidak dapat meminta ganti kerugian melalui proses praperadilan karena adanya batasan untuk mengajukan gugatan praperadilan sebagaimana diatur pada KUHAP Pasal 95 ayat (1) beserta Penjelasannya, terutama dalam kategori “tindakan lain”;

[3.22] Menimbang bahwa tindakan polisi yang dinilai berlebihan oleh Pemohon ketika dilakukan penangkapan, menurut Mahkamah, memang tidak boleh terjadi. Akan tetapi hal tersebut merupakan tindakan konkrit yang bukan merupakan persoalan norma yang menjadi kewenangan Mahkamah. Dalam proses penangkapan seseorang, KUHAP telah menetapkan prosedur hukum secara rinci

yang harus ditaati oleh polisi dan/atau penyidik (*vide* Bab V Bagian Kesatu KUHAP). Begitu pula dalam hal penangkapan tersangka yang terkait dengan tindak pidana terorisme (*vide* Pasal 28 Perpu Nomor 1 Tahun 2002 sebagaimana telah ditetapkan menjadi Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2003 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme Menjadi Undang-Undang). Selain itu, KUHAP juga melindungi hak-hak tersangka dalam proses penangkapan, seperti keharusan bagi polisi untuk memperlihatkan surat tugas dan surat perintah penangkapan kepada tersangka [*vide* Pasal 18 ayat (1) KUHAP]. Apabila polisi dan/atau penyidik melanggar ketentuan tersebut, maka orang yang ditangkap berhak untuk mengajukan gugatan praperadilan dan menuntut ganti kerugian atas tindakan polisi dan/atau penyidik tersebut. Dengan demikian, adanya tindakan yang dinilai berlebihan dalam proses penangkapan sebagaimana didalilkan oleh Pemohon menjadi ranah kewenangan hakim praperadilan untuk menilai apakah benar tindakan polisi dan/atau penyidik melanggar aturan peraturan perundang-undangan;

[3.23] Menimbang bahwa Pemohon mendalilkan tindakan polisi dan/atau penyidik yang memberhentikan mobil kemudian memecahkan kaca mobil tersebut sambil menodongkan senjata laras panjang dengan mengatakan “saya tembak kamu!” tergolong sebagai “tindakan lain” sebagaimana diatur pada Pasal 95 ayat (1) KUHAP beserta Penjelasannya. Menurut Mahkamah, adanya batasan mengenai kategori “tindakan lain” dalam ketentuan Pasal 95 ayat (1) KUHAP beserta Penjelasannya tidak menjadi hambatan bagi Pemohon untuk mengajukan gugatan praperadilan maupun tuntutan ganti kerugian. Hal tersebut disebabkan adanya tindakan yang dilakukan polisi dan/atau penyidik tersebut adalah tindakan yang dilakukan atas jabatannya sebagai polisi dan/atau penyidik. Artinya, tindakan tersebut dilakukan dalam konteks untuk melakukan pengeledahan, penangkapan atau penahanan terhadap tersangka. Permasalahannya adalah apakah tindakan tersebut telah sesuai dengan aturan perundang-undangan, terutama KUHAP yang secara jelas melindungi dan menjamin hak-hak tersangka atau terdakwa atas adanya kemungkinan penggunaan kekuasaan yang diberlakukan secara sewenang-wenang. Menurut Mahkamah, perlindungan terhadap hak-hak tersangka atau terdakwa merupakan konsep yang berlaku universal untuk menjamin tegaknya hak dan kebebasan seseorang. Misalnya, di Inggris berlaku

*writ of habeas corpus* yang melindungi hak tersangka atau terdakwa atas penahanan yang tidak sesuai dengan hukum. Dalam kasus *Miranda v. Arizona State*, Mahkamah Agung Amerika Serikat memutuskan bahwa seorang tersangka yang ditangkap atau hendak ditahan wajib diberitahukan hak-haknya sebagai tersangka. Kemudian konsep ini lebih dikenal dengan *Miranda warning* atau *Miranda rights*. Menurut Mahkamah, hal tersebut juga berlaku dalam KUHAP yang telah mengatur secara jelas syarat, tata cara dan hak-hak tersangka atau terdakwa serta menetapkan sistem untuk mengembalikan atau merehabilitasi hak-hak tersangka atas proses pengeledahan, penangkapan atau penahanan yang tidak sesuai dengan aturan hukum yaitu melalui upaya hukum praperadilan;

[3.24] Menimbang bahwa menurut Mahkamah yang dimaksud dengan “tindakan lain” dalam Pasal 95 ayat (1) KUHAP tidak hanya dibatasi melalui Penjelasannya tetapi ditentukan syarat-syaratnya sebagaimana diatur dalam Pasal 16 ayat (2) Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia, yang menyatakan, (a) tidak bertentangan dengan suatu aturan hukum; (b) selaras dengan kewajiban hukum yang mengharuskan dilakukannya tindakan jabatan; (c) tindakan itu harus patut dan masuk akal dan termasuk dalam lingkungan jabatannya; (d) atas pertimbangan yang layak berdasarkan keadaan memaksa; dan (e) menghormati hak asasi manusia. Artinya, negara melalui KUHAP memberikan kewenangan yang begitu besar kepada polisi/penyelidik/penyidik melalui kategori “tindakan lain”. Akan tetapi, seiring dengan itu negara juga membatasi kewenangan tersebut untuk menghindari adanya kemungkinan tindakan sewenang-wenang akibat begitu luasnya pengertian kewenangan “tindakan lain” dengan menetapkan syarat-syarat dan apabila syarat-syarat tersebut tidak dipenuhi oleh polisi/penyelidik/penyidik dalam menerapkan kewenangannya, maka hak tersangka atau terdakwa tetap dilindungi melalui upaya hukum praperadilan;

[3.25] Menimbang bahwa terhadap permasalahan yang dihadapi oleh Pemohon karena adanya tindakan yang dilakukan polisi/penyelidik/penyidik dalam rangka pelaksanaan tugasnya yang dianggap berlebihan atau tidak sesuai dengan ketentuan hukum, menurut Mahkamah, permasalahan yang dihadapi oleh Pemohon bukanlah permasalahan konstitusionalitas norma dalam KUHAP Pasal 95 ayat (1) beserta Penjelasannya yang mengakibatkan adanya ketidakpastian

hukum, akan tetapi adalah penerapan norma hukum dimana telah diatur cara-cara penyelesaiannya. Adapun praktik yang selama ini terjadi dalam penerapan KUHAP Pasal 95 ayat (1) dan Penjelasannya yang dipandang kurang melindungi hak tersangka atau terdakwa adalah berada dalam ranah penerapan hukum dan bukan masalah konstitusionalitas norma;

[3.26] Menimbang bahwa berdasarkan seluruh pertimbangan hukum di atas, menurut Mahkamah, KUHAP Pasal 95 ayat (1) beserta Penjelasannya tidak bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, sehingga permohonan Pemohon tidak beralasan hukum.

#### 4. KONKLUSI

Berdasarkan penilaian atas fakta dan hukum sebagaimana diuraikan di atas, Mahkamah berkesimpulan:

- [4.1] Mahkamah berwenang untuk mengadili permohonan *a quo*;
- [4.2] Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan permohonan *a quo*;
- [4.3] Dalil Pemohon untuk sebagian *ne bis in idem*, sedangkan untuk selebihnya tidak beralasan menurut hukum;

Berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5226), dan Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5076);



## 5. AMAR PUTUSAN

**Mengadili,****Menyatakan:**

- Permohonan Pemohon untuk Pasal 21 ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana tidak dapat diterima;
- Menolak permohonan Pemohon untuk selain dan selebihnya;

Demikian diputuskan dalam Rapat Permusyawaratan Hakim oleh sembilan Hakim Konstitusi yaitu Moh. Mahfud MD., selaku Ketua merangkap Anggota, Achmad Sodiki, Hamdan Zoelva, M. Akil Mochtar, Ahmad Fadlil Sumadi, Anwar Usman, Harjono, Maria Farida Indrati, dan Muhammad Alim, masing-masing sebagai Anggota, pada **hari Kamis, tanggal lima, bulan April, tahun dua ribu dua belas**, dan diucapkan dalam Sidang Pleno Mahkamah Konstitusi terbuka untuk umum pada **hari Rabu, tanggal sebelas, bulan April, tahun dua ribu dua belas**, oleh delapan Hakim Konstitusi, yaitu Moh. Mahfud MD., selaku Ketua merangkap Anggota, Achmad Sodiki, Hamdan Zoelva, M. Akil Mochtar, Ahmad Fadlil Sumadi, Anwar Usman, Harjono, dan Muhammad Alim, masing-masing sebagai Anggota, dengan didampingi oleh Hani Adhani sebagai Panitera Pengganti, dihadiri oleh Pemohon atau kuasanya, Pemerintah atau yang mewakili, dan Dewan Perwakilan Rakyat atau yang mewakili.

**KETUA,****ttd.****Moh. Mahfud MD.**

**ANGGOTA-ANGGOTA,**

**ttd.**

**Achmad Sodiki**

**ttd.**

**M. Akil Mochtar**

**ttd.**

**Anwar Usman**

**ttd.**

**Hamdan Zoelva**

**ttd.**

**Ahmad Fadlil Sumadi**

**ttd.**

**Harjono**

**ttd.**

**Muhammad Alim**

**PANITERA PENGGANTI,**

**ttd.**

**Hani Adhani**