



**MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA**

**RISALAH SIDANG
PERKARA NOMOR 4/PUU-XVI/2018**

**PERIHAL
PENGUJIAN UNDANG-UNDANG NOMOR 8 TAHUN 1981
TENTANG KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM
ACARA PIDANA (KUHP)
TERHADAP UNDANG-UNDANG DASAR NEGARA
REPUBLIK INDONESIA TAHUN 1945**

**ACARA
MENDENGARKAN KETERANGAN DPR DAN
AHLI PRESIDEN
(V)**

J A K A R T A

RABU, 21 MARET 2018



**MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA**

**RISALAH SIDANG
PERKARA NOMOR 4/PUU-XVI/2018**

PERIHAL

Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) [Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2)] terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

PEMOHON

1. Sutarjo

ACARA

Mendengarkan Keterangan DPR dan Ahli Presiden (V)

**Rabu, 21 Maret 2018, Pukul 11.14 – 12.42 WIB
Ruang Sidang Gedung Mahkamah Konstitusi RI,
Jl. Medan Merdeka Barat No. 6, Jakarta Pusat**

SUSUNAN PERSIDANGAN

- | | |
|------------------------|-----------|
| 1) Anwar Usman | (Ketua) |
| 2) I Dewa Gede Palguna | (Anggota) |
| 3) Aswanto | (Anggota) |
| 4) Wahiduddin Adams | (Anggota) |
| 5) Saldi Isra | (Anggota) |
| 6) Suhartoyo | (Anggota) |
| 7) Manahan MP Sitompul | (Anggota) |

Saiful Anwar

Panitera Pengganti

Pihak yang Hadir:

A. Kuasa Hukum Pemohon:

1. Moh. Noval Ibrohim Salim

B. Pemerintah:

1. Purwoko
2. Ekky Herosmen
3. Quarta Fitraza
4. J. Permadi Wibowo

C. Ahli dari Pemerintah:

1. Topo Santoso
2. Chairul Huda

SIDANG DIBUKA PUKUL 11.14 WIB

1. KETUA: ANWAR USMAN

Sidang Perkara Nomor 4/PUU-XVI/2018 dibuka dan dinyatakan terbuka untuk umum.

KETUK PALU 3X

Assalamualaikum wr. wb. Selamat siang, Om Swastiastu. Pemohon, dipersilakan untuk memperkenalkan diri.

2. KUASA HUKUM PEMOHON: MOH. NOVAL IBROHIM SALIM

Baik. Terima kasih, Yang Mulia. Untuk sidang hari ini yang hadir saya Moh. Noval selaku Kuasa Pemohon, Yang Mulia. Terima kasih.

3. KETUA: ANWAR USMAN

Ya. Dari DPR, berhalangan. Kuasa Presiden, silakan.

4. PEMERINTAH: PURWOKO

Terima kasih, Yang Mulia. Dari Pemerintah yang hadir dari Kejaksaan Ekky Herosmen (JPN), Quarta Fitraza (JPN), dari Kepolisian Kombes Polisi J. Permadi Wibowo, S.I.K., M.H., Asisten Utama di Hukum Polri. Kemudian dari Kumham, saya sendiri Purwoko. Terima kasih, Yang Mulia.

5. KETUA: ANWAR USMAN

Ya, baik. Agenda persidangan hari ini adalah untuk mendengar keterangan Ahli dari Presiden dan menurut catatan ada dua orang Ahli. Pertama, Prof. Topo Santoso, kemudian Pak Dr. Chairul Huda. Dipersilakan ke depan untuk diambil sumpahnya dulu.

Mohon, Yang Mulia Pak Wahiduddin, untuk memandu.

6. HAKIM ANGGOTA: WAHIDUDDIN ADAMS

Untuk Ahli Prof. Topo Santoso dan Dr. Chairul Huda, S.H., M.H., ikuti lafal yang saya tuntunkan.

"Bismillahirrahmaanirrahiim. Demi Allah saya bersumpah sebagai Ahli akan memberikan keterangan yang sebenarnya, sesuai dengan keahlian saya."

7. AHLI BERAGAMA ISLAM:

Bismillahirrahmaanirrahiim. Demi Allah saya bersumpah sebagai Ahli akan memberikan keterangan yang sebenarnya, sesuai dengan keahlian saya.

8. KETUA: ANWAR USMAN

Ya terima kasih, mohon kembali ke tempat.

Jadi karena dari DPR berhalangan hadir, sesuai dengan surat pemberitahuannya, maka kita langsung mendengar keterangan Ahli. Siapa terlebih dahulu? Pak Prof. Topo Santoso? Silakan. Ya, waktunya sekitar 10 atau 15 menit.

9. AHLI DARI PEMERINTAH: TOPO SANTOSO

Assalamualaikum wr. wb. Yang Mulia Majelis Hakim Konstitusi, izinkan saya untuk menyampaikan beberapa pokok pikiran sebagai Ahli di dalam uji materi Perkara Nomor 4/PUU-XVI/2018.

Dalam perkara yang sedang diuji ini, saya berpendapat ada lima persoalan yang perlu dibahas, yaitu:

1. Apakah penahanan (detention) pada hakikatnya sama dengan satu pemidanaan (punishment)?
2. Apakah penahanan bertentangan dengan kepastian hukum (legal certainty)?
3. Apakah penahanan bertentangan dengan presumption of innocence (praduga tak bersalah)?
4. Apakah penahan bertentang dengan due process of law atau due process model?
5. Dan yang terakhir, apakah penahan pada tahapan penyidikan dan penuntutan harus mendapat judicial authority?

Dari kelima persoalan utama ini, sesuai dengan waktu yang ada, Majelis Hakim Yang Mulia, izinkan saya untuk membahas hanya tiga persoalan saja, yaitu pertama adalah penahanan kaitannya dengan kepastian hukum (legal certainty), penahanan kaitannya dengan presumption of innocence dan penahanan kaitannya dengan due process of law.

Yang pertama, penahanan terkait dengan legal certainty, penahanan yang dimaksud di sini adalah penahanan sebagaimana yang menjadi pokok persoalan dalam pengujian undang-undang ini, yaitu pada Pasal 7, Pasal 11, dan Pasal 20 KUHAP. Dalam kaitan dengan legal certainty (kepastian hukum), pertanyaan utamanya adalah apakah ketentuan-ketentuan dalam Pasal 7, Pasal 11, dan Pasal 20 ... saya mohon maaf, ada ralat di dalam legal ... pendapat hukum saya di ... tertulis Pasal 21, seharusnya Pasal 20. Apakah ketentuan tentang

penahanan dalam Pasal ... Pasal 7, Pasal 11, dan Pasal 20 KUHAP bertentangan dengan kepastian hukum, sebagaimana diatur dalam Pasal 28D ayat (1) Undang-Undang Dasar Tahun 1945 yang menyatakan setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan perlindungan, dan kepastian hukum yang adil, serta perlakuan yang sama di hadapan hukum?

Ada lima argumen yang menegaskan bahwa ketentuan penahanan dalam pasal-pasal tersebut tidak bertentangan dengan kepastian hukum, bahkan menghadirkan kepastian hukum, dibandingkan dengan pengaturan mengenai penahanan dalam HIR. Kelima argumen tersebut adalah pertama, adanya kesatuan konsep penahanan. Kedua, pembatasan waktu lamanya penahanan. Ketiga, pejabat yang dapat membuat surat penahanan, Keempat, batasan tindak pidana apa yang tersangka atau terdakwa dapat ditahan. Dan terakhir, dasar atau alasan untuk melakukan penahanan.

Dilihat dari konsep penahanan, Pasal 1 angka 21 KUHAP telah menyatakan bahwa penahanan adalah penempatan tersangka atau terdakwa di tempat tertentu oleh penyidik, atau penuntut umum, atau hakim dengan penetapannya dalam hal serta menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini.

Di dalam KUHAP, instansi sesuai dengan tahapan proses peradilan, yaitu adalah penyidikan, penuntutan, dan persidangan memiliki kewenangan untuk melakukan penahanan dan penahanan ini hanya satu konsep saja, yaitu penahanan. Ini berbeda dengan ketentuan di dalam HIR yang memiliki beberapa nomenklatur.

Di dalam persoalan batasan waktu lamanya penahanan, ini juga KUHAP telah menegaskan secara jelas penyidik berapa lama dapat melakukan penahanan, kemudian perpanjangan penahanan untuk waktu yang berapa lama. Semuanya diatur secara limitatif, 20 hari dapat diperpanjang 40 hari, lalu penuntut umum juga dapat melakukan penahanan sesuai batas waktu yang seluruhnya limitatif. Mulai tahap penyidikan, penuntutan, pemeriksaan pengadilan, kemudian di tahapan pengadilan banding dan kasasi. Seluruhnya ada tahapan waktu cara limitatif. Yang tahapan waktu ini kalau kita lihat di berbagai negara secara perbandingan, itu juga tidak terlalu berbeda dengan negara-negara lain. Bahkan ada negara lain yang memiliki batasan waktu lebih dari secara total 18 bulan, misalnya. Di dalam standar internasional, biasanya batasan waktu penahanan tidak boleh lebih dari 18 bulan sampai 2 tahun yang dianggap sudah terlalu lama.

Di dalam ketentuan sebelum KUHAP, masa penahanan ini bisa sangat panjang berlarut-larut dan tidak ada kepastian hukum, sedangkan di KUHAP ketentuannya secara tegas dan limitatif diatur. Begitu juga dalam kaitannya dengan pejabat yang dapat membuat surat penahanan, sudah tegas dan jelas di dalam ketentuan KUHAP.

Lalu persoalan lain adalah mengenai batasan tindak pidana apa yang tersangka atau terdakwa dapat ditahan? Dalam kaitan ini, KUHAP memberikan batasan, yaitu tindak pidana yang dapat dilakukan penahanan secara jelas diatur hanya tindak pidana yang diancam dengan pidana 5 tahun atau lebih, kemudian tindak pidana yang ditentukan secara limitatif, seperti Pasal 282 ayat (3), Pasal 296, dan seterusnya, diatur di Pasal 21 ayat (4).

Ketentuan ini juga sama di berbagai negara diatur, tindak pidana-tindak pidana apa yang tersangka atau terdakwa dapat ditahan. Bahkan ketentuan dalam KUHAP sebetulnya jauh lebih melindungi. Karena di beberapa negara seperti Norwegia, orang bisa ditahan jika tindak pidananya diancam dengan 6 bulan. Ada yang tindak pidana diancam dengan 1 tahun, 1,5 tahun, 2 tahun, dan seterusnya sudah bisa ditahan. Di Belanda sendiri 4 tahun bisa ditahan. Sedangkan di Indonesia, Pasal 21 ayat (4) itu secara tegas menyatakan 5 tahun atau lebih, kecuali di beberapa pasal yang ditentukan secara limitatif juga di huruf b-nya, yaitu 282 dan seterusnya.

Kemudian mengenai dasar atau alasan untuk melakukan penahanan. Di dalam Pasal 21 ayat (1) KUHAP telah ditegaskan bahwa 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 dan/atau mengulangi tindak pidana. Ketentuan semacam ini di banyak negara juga diatur, termasuk adanya penambahan bahwa terdakwa dikhawatirkan mengganggu atau mengancam orang lain atau terdakwa tidak hadir di persidangan dan seterusnya. Tapi pada prinsipnya, di berbagai negara telah diatur apa alasan penahanan bisa dilakukan.

Majelis Hakim Yang Mulia. Selanjutnya kaitannya penahanan dan presumption of innocence. Apakah penahanan bertentangan dengan presumption of innocence?

Dalam KUHAP, asas praduga tak bersalah dijelaskan dalam penjelasan umum, KUHAP butir ke-3 huruf c yaitu, "Setiap orang yang disangka, ditangkap, ditahan, dituntut atau dihadapkan di muka sidang pengadilan, wajib dianggap tidak bersalah sampai adanya putusan pengadilan yang menyatakan kesalahannya dan memperoleh kekuatan hukum tetap." Sedangkan dalam Pasal 8 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 dinyatakan bahwa setiap orang yang disangka, ditangkap, ditahan, dituntut atau dihadapkan di depan pengadilan, wajib dianggap tidak bersalah sebelum ada putusan pengadilan yang menyatakan kesalahannya dan telah memperoleh kekuatan hukum tetap. Ketentuan semacam ini merupakan ketentuan yang secara universal diakui seperti dalam Universal Declaration of Human Rights Tahun 1948, ICCPR Tahun 1966 dan seterusnya, berbagai konvensi

regional seperti Eropa, Amerika, dan sebagainya. Dan KUHP telah menganut itu, begitu juga dengan Undang-Undang tentang Kekuasaan Kehakiman.

Pertanyaannya kemudian, berdasarkan kedua ketentuan tersebut, jelas bahwa prinsip ini telah dianut di Indonesia. Pertanyaannya, apakah ketentuan penahanan diatur dalam pasal-pasal yang menjadi permasalahan dalam uji perundang-undangan ini, yaitu Pasal 7, Pasal 11, dan Pasal 20, apakah bertentangan dengan prinsip presumption of innocence ini atau tidak?

Penahanan yang dilakukan pada tahap penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan di pengadilan atau di beberapa literatur dikenal sebagai pre trial detention atau trial detention, itu bukanlah suatu pemidanaan atau sentencing, bukan suatu pemenjaraan atau imprisonment, sehingga tidak melanggar prinsip praduga tak bersalah atau presumption of innocence. Di beberapa negara, penahanan sebelum seseorang diadili, ini kadang disebut dengan administrative detention atau nonpunitive detention, pre trial detention, dan lain sebagainya, dan ini banyak dilakukan di berbagai negara.

Di negara-negara yang mengatur penahanan secara komplet, lengkap, dan detail seperti Turki, Afrika Selatan, Polandia, dan lain sebagainya, penahanan diatur secara detail dan mengikuti ketentuan-ketentuan internasional. Dan toh penahanan juga banyak dilakukan dengan angka berkisar sekitar 100 per 100.000 jumlah penduduk. Begitu juga dengan negara-negara lain, meskipun tingkat jumlah orang yang ditahan berbeda-beda satu negara dengan negara lain, tetapi ketentuan-ketentuan menyangkut dengan perlindungan terhadap seorang yang ditahan, itu diakui di kebanyakan negara.

Jadi selama dalam tahanan, baik dalam tahap penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan di pengadilan, bukan berarti tersangka atau terdakwa sudah dianggap melakukan tindak pidana. Penahanan semacam ini dilakukan bukan untuk mencapai tujuan pemidanaan, seperti retributive/special deterrence/general deterrence, rehabilitation, dan lain sebagainya, melainkan untuk kepentingan pemeriksaan penyidikan, kepentingan penuntutan, dan kepentingan pemeriksaan di pengadilan. Sifatnya bukan punitive, melainkan untuk alasan tertentu seperti mencegah tersangka atau terdakwa melarikan diri, menghilangkan alat bukti, mengulangi perbuatannya, dan lain sebagainya.

Untuk lebih jelasnya bahwa penahanan tidaklah dapat dikatakan melanggar prinsip praduga tak bersalah, kita dapat melihat, contohnya pada Konvensi HAM Eropa Tahun 1950 atau The 1950 European Convention of Human Rights. Di konvensi ini diatur adanya presumption of innocence pada Pasal 6 ayat (2) juga right to liberty and security of person pada Pasal 5 ayat (1). Akan tetapi, toh pada saat yang bersamaan, konvensi ini juga menerima pembatasan atas hak

kebebasan itu atau dengan kata lain, penahanan bisa dijustifikasi dengan sejumlah persyaratan yang diatur di Pasal 5 konvensi tersebut. Jadi, adanya penahanan bisa berdampingan dengan presumption of innocence dan hak atas kemerdekaan, sepanjang memenuhi syarat-syarat tertentu dalam undang-undangnya.

Kemudian yang berikutnya adalah mengenai kaitan penahanan dan due process of law atau due process model. Apakah penahanan bertentangan dengan due process of law atau due process model? Kita mulai dengan pengertian due process of law. Dimana dapat dikatakan bahwa due process of law adalah suatu prinsip yang fundamental tentang keadilan, dimana semua urusan hukum, baik perdata maupun pidana, khususnya di pengadilan, semua prosedur hukum yang ditulis di dalam undang-undang dengan praktik di pengadilan, termasuk informasi atau keterangan tentang hak-hak, harus ditaati bagi setiap orang, sehingga tidak terjadi perlakuan yang merugikan atau membeda-bedakan.

Tujuan dari due process of law ini adalah sebagai perlindungan, baik untuk hak-hak pribadi, maupun hak-hak publik melawan ketidakadilan. Begitu juga dalam berbagai konvensi hal ini diatur. Sementara due process model menurut konstruksi Herbert Packer adalah jika disandingkan dengan crime control model, ada dua model yang memang bersaing. Tetapi sesungguhnya, tidak ada satu negara pun yang murni menganut due process model dan tidak ada satu negara yang murni menganut 100% crime control model, sehingga kedua-duanya ini biasanya terjadi konvergensi di masing-masing sistem peradilan setiap negara.

Dalam due process model, fungsi utama dari sistem peradilan dia menjamin adanya proses hukum yang adil atau keadilan yang fundamental berdasarkan hukum. Sistem peradilan pidana terfokus pada hak tersangka atau terdakwa bukan hak korban. Kewenangan polisi harus dibatasi untuk mencegah penekanan petugas pada seorang individu. Sistem peradilan pidana harus bertanggung jawab atas aturan, prosedur, dan pedoman untuk menjamin keadilan dan konsistensi dalam proses peradilan.

Sementara crime control model, lebih dititikberatkan pada perlindungan masyarakat terhadap terjadinya kejahatan yang akan menimpa mereka, tapi kedua model ini sebetulnya kadang-kadang dipakai bergantian oleh satu negara dan seringkali juga dalam perundang-undangnya di kedua model ini dianut, walaupun titik beratnya bisa berlainan. KUHAP sendiri sebetulnya lebih condong kepada due process model atau due process of law.

Dan pertanyaannya kemudian, apakah ketentuan tentang penahanan di KUHAP bertentangan atau tidak sesuai dengan due process of law atau due process model tadi? Dalam due process of law ada jaminan, setiap orang bebas dari perampasan kebebasannya

dengan cara sewenang-wenang atau arbitrary. Pasal 9 dari Universal Declaration of Human Rights dan Pasal 9 ayat (1) dari ICCPR, sama-sama menjamin ketentuan tentang hak atas kebebasan dan larangan atas penangkapan dan penahanan yang sewenang-wenang.

Penahanan yang sewenang-wenang ini dimaksudkan adalah penahanan yang dilakukan tidak sesuai dengan hukum atau perundang-undangan. Atau sesuai, tetapi dijalankan tidak sesuai dengan tujuannya.

Kaitan pasal yang diujikan saat ini, yaitu Pasal 7, Pasal 11, dan Pasal 20, kita lihat bahwa tersangka memiliki hak-hak di dalam setiap tahapan, baik penyidikan, penuntutan, maupun pemeriksaan di pengadilan. Bahkan juga seorang tersangka atau terdakwa ... seorang dapat mengajukan praperadilan, ini kaitannya dengan penahanan dan judicial authority.

Apakah penahanan pada tahapan penyidikan dan penuntutan harus mendapat judicial authority atau tidak? Berbagai negara mengatur secara berbeda-beda dalam hal ini. Adanya ... ada yang penahanan menjadi kewenangan dari polisi untuk waktu tertentu, tapi kemudian diajukan kontrolnya atau pengawasannya oleh lembaga lain. Juga kejaksaan dalam melakukan penahanan, tapi dilakukan kontrol lembaga lain. Dan diatur secara berbeda-beda, ada yang dikontrol oleh magister, atau magistraat, atau suatu hakim khusus, dan seterusnya.

Dalam kaitan dengan pertanyaan apakah penahanan dalam Pasal 7, Pasal 11, dan Pasal 20 itu bertentangan dengan due process of law dan bertentangan dengan suatu ketentuan dimana harus ada judicial authority? Saya melihat bahwa dengan adanya aturan mengenai habeas corpus, yaitu melalui praperadilan, sesungguhnya seorang tersangka dapat menguji apakah penahanannya sah atau tidak. Dan lembaga praperadilan yang merupakan lembaga semacam habeas corpus untuk konteks Indonesia, itu dapat diuji, sehingga tidak dilakukan sewenang-wenang penahanan itu. Artinya, di dalam KUHAP ... di dalam KUHAP, kontrol atas penahanan, juga perpanjangan penahanan, dan seterusnya sudah diatur di dalam undang-undang di dalam KUHAP.

Demikianlah pokok-pokok pemikiran saya sebagai Ahli pada persidangan ini yang ... Majelis Hakim Yang Mulia. Intinya adalah bahwa ketentuan yang sedang diujikan saat ini Pasal 7, Pasal 11, dan Pasal 20 dalam berbagai aspek yang terkait dengan beberapa isu hukum yang diujikan, sebetulnya masih selaras dengan berbagai standar yang berlaku secara internasional.

Terima kasih. Assalamualaikum wr. wb.

10. KETUA: ANWAR USMAN

Walaikumsalam wr. wb. Ya, terima kasih, Prof.

Ya, lanjut ke Pak Dr. Chairul Huda. Silakan, Pak. Ya, waktunya hampir sama sekitar 10 sampai 15 menit.

11. AHLI DARI PEMERINTAH: CHAIRUL HUDA

Terima kasih, Yang Mulia. Assalamualaikum wr. wb. Yang Mulia Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi, yang terhormat Pemohon atau Kuasanya, Pihak Pemerintah, dan DPR, yang berbahagia hadirin sekalian.

Dalam pemahaman saya, permohonan ... permohonan uji materiil kali ini berkaitan dengan atau menyangkut kewenangan penyidik sebagaimana dimaksud dalam KUHAP melakukan penahanan terhadap tersangka. Jadi saya fokus saja, bicara soal penahanan yang dilakukan oleh penyidik. Karena kalau penahanannya dilakukan oleh misalnya hakim, tidak menjadi fokus apa yang dimohonkan.

Oleh karena itu, izinkan saya memberikan pandangan-pandangan, seperti biasa yang saya sampaikan dalam Sidang Mahkamah Yang Mulia, selalu dikaitkan dengan asas-asas hukum, itu bagian dari spesialisasi saya.

Baik. Yang pertama adalah tentu harus dibedakan apakah atau penahanan ini ada dua ... dua masalah, ada dua wilayah. Bisa dia merupakan wilayah norma yang menjadi kewenangan Mahkamah dan juga dia bisa menjadi wilayah pelaksanaan dari penahanan yang menjadi kewenangan hakim praperadilan, tadi Prof. Topo sudah singgung.

Oleh karena itu, mengenai hal yang dimohonkan dalam uji materi kali ini harus benar-benar dipastikan, apakah masalah yang dimohonkan ini adalah masalah norma atautkah masalah pelaksanaan penahanan? Nah, ini menurut saya pertama-tama harus di ... dipisahkan seperti itu.

Nah, persoalan berkenaan dengan norma yang terkait dengan penahanan itu, memang berhubungan dengan masalah penegakan hukum. Jadi, ada masalah penegakan hukum yang berhubungan dengan masalah penahanan, tetapi masalah penahanan ini juga berhubungan dengan perlindungan dari hak-hak sipil masyarakat, terutamanya adalah hak atas kebebasan di dalam negara demokrasi. Jadi, memang ada dua persoalan di situ. Satu sisi dia akan berhubungan dengan persoalan yang berhubungan dengan pengurangan hak. Dalam pemahaman saya, penahanan adalah bagian dari pengurangan hak, penahanan adalah proses hukum. Tapi di sisi lain, untuk melakukan penahanan, maka harus ada prosedur, harus ada mekanisme yang menjamin bahwa pelaksanaan pengurangan hak itu dilaksanakan menurut ketentuan undang-undang.

Oleh karena itu, yang pertama kali harus dilihat adalah di mana sebenarnya persoalan berkenaan dengan penahanan dalam ranah

norma ini seharusnya diatur? Nah, kalau dilihat Pasal 28 huruf j[Sic!] ayat (2), dihubungkan dengan beberapa ketentuan yang ada, memang kalau kita lihat bahwa masalah penahanan ini menjadi domainnya undang-undang. Jadi, dia ... pemberian kewenangannya dan sekaligus mekanisme pengendaliannya, prosedurnya, harus diberikan oleh undang-undang dan itu sudah diakomodir oleh KUHAP. KUHAP-lah yang memberi kewenangan untuk ... berbagai pejabat untuk melakukan penahanan, termasuk penahanan yang dilakukan oleh penyidik.

Jadi, kalau dilihat dari sisi ini, kalau menurut saya, apakah penahanan diberikan kewenangan kepada penyidik saja, atau kepada penuntut umum saja, atau kepada hakim, atau kepada tiga sekaligus, itu domainnya pembentuk undang-undang. Pembentuk undang-undanglah yang berwenang menentukan itu. Sehingga bisa saja pembentuk undang-undang menentukan bahwa penahanan menjadi kewenangan hakim saja, bisa juga pembentuk undang-undang menentukan bahwa penyidik pun berwenang melakukan penahanan.

Intinya sebenarnya yang penting pejabat yang melakukan penahanan itu diberi wewenang oleh undang-undang. Sehingga konstitusionalitasnya adalah bukan ditentukan apakah ini dia harus dilakukan atas izin hakim atau hanya boleh dilakukan oleh hakim atau tidak, tetapi konstitusionalitas yang pertama adalah apakah ada undang-undang yang memberi kewenangan kepada penyidik untuk melakukan penahanan? Jika ada, konstitusional.

Menurut pendapat saya pula, oleh karenanya berkenaan dengan hal ini, sifatnya suatu kebijakan hukum pidana yang kebijakan hukum yang terbuka (open legal policy). Jadi, kalau sekarang dalam KUHAP pembentuk undang-undang memberi kewenangan kepada penyidik, tidak mengapa kalau suatu saat pembentuk undang-undang dalam KUHAP baru misalnya, hanya memberi kewenangan-kewenangan itu, kewenangan penahanan itu kepada hakim. Jadi, problemnya adalah bahwa yang penting telah diberikan kewenangan oleh undang-undang.

Yang kedua, tentu kalau dibandingkan dengan habeas corpus, tadi Prof. Topo sudah menyinggung, sekali lagi pada dasarnya, sebenarnya persoalannya adalah persoalan apakah memang diberi wewenang dan yang pasal-pasal yang diuji ini adalah pasal yang memberi kewenangan.

Nah, kalau dilihat dari aspek historis, tadi sudah disinggung oleh Prof. Topo. Dilihat dari aspek geografis, dilihat dari aspek pragmatis, maka dapat dipahami kalau pembentuk KUHAP Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 itu memberi kewenangan pula kepada penyidik untuk melakukan penahanan. Pertama, dari segi aspek historis, kita tidak bisa begitu saja mengganti HIR dan KUHAP dalam sistem yang sama sekali berbeda, sehingga kemudian HIR yang sudah memberi kewenangan kepada penyidik dilanjutkan pula oleh KUHAP tetap diberikan

kewenangan untuk penyidik untuk melakukan penahanan, tentu dengan berbagai macam aturan tambahan.

Yang kedua, dari segi aspek geografis. Kalau kewenangan itu menjadi domain hakim saja, bisa dibayangkan luas wilayah Indonesia yang begitu luas, dimana pengadilan hanya ada di ibu-ibu kota, kabupaten/kota, sehingga ini akan bermasalah, akan menghambat proses penegakan hukum.

Juga dari segi pragmatis lebih hemat, lebih simpel kalau misalnya penyidik juga diberi kewenangan penahanan tentunya dengan berbagai mekanisme yang nanti akan saya jelaskan di belakang. Sehingga kemudian menurut saya sekali lagi, kewenangan melakukan penahanan itu boleh saja, dapat saja diberikan kepada penyidik sepanjang oleh pembentuk undang-undang dinyatakan demikian. Dan untuk ukurannya, kemudian menguji pasal-pasal yang dimohonkan dalam pengujian uji materiil kali ini, tentunya tidak bisa berdiri sendiri.

Salah satu hal yang menurut saya patut dicatat, pemberian ... pengujian pasal yang berhubungan dengan pemberian kewenangan penyidik untuk melakukan penahanan tanpa mengaitkan dengan ketentuan yang menjadi mekanisme dilakukannya penahanan. Tadi Prof. Topo menyinggung persoalan alasan dilakukannya penahanan, tanpa menyinggung berkenaan dengan pembatasan waktu penahanan, tanpa menyinggung berkenaan dengan kontrol dilakukannya penahanan, menurut saya, ini akan menjadi satu hal yang keliru kalau kita memenuhi permohonan dari Para Pemohon. Mengapa? Karena tidak bisa dilepaskan pasal yang memberi kewenangan penyidik untuk melakukan penahanan tidak bisa dilepaskan dari berbagai mekanisme yang ada di dalam KUHAP terkait dengan hal itu. Paling tidak ada tiga mekanisme kontrol yang ada. Self control, tadi Prof. Topo menyinggung persoalan berkenaan dengan jangka waktu penahanan, pejabat yang dapat memberikan penahanan, kapan perpanjangan penahanan bisa dilakukan, oleh siapa perpanjangan penahanan dilakukan, itu pada dasarnya ada self control. Jadi, kewenangan yang ada pada penyidik ada mekanisme self control yang dimiliki oleh penyidik untuk mengontrol pelaksanaan kewenangan itu.

Di samping itu juga, ada horizontal control. Jadi, penahanan juga bisa dikontrol oleh sejawat, oleh aparatur sistem peradilan pidana yang lain. Tidak berarti kalau penyidik melakukan penahanan tidak bisa dikontrol oleh aparatur peradilan yang lain, apakah penuntut umum atau pengadilan.

Yang terakhir, tentu judicial control. Ketentuan penahanan yang diuji kali ini harusnya dihubungkan dengan berkenaan dengan ketentuan, apakah penahanan yang diberi ... kewenangan penahanan yang diberikan oleh penyidik itu bisa dikontrol atau tidak oleh pengadilan? Nyatanya ada yang bisa dikontrol berdasarkan Pasal 77

KUHAP yang tadi Prof. Topo sudah singgung berhubungan dengan ... apa namanya ... praperadilan.

Jadi, kalau menurut saya, selagi ketentuan berkenaan dengan pemberian kewenangan kepada penyidik untuk melakukan penahanan itu bisa dikontrol, baik oleh penyidik itu sendiri, oleh rekan sesama penegak hukum, maupun oleh pengadilan, maka tidak ada problem konstitusionalitas di situ. Lain kalau diberi kewenangan untuk menahan tanpa ada mekanisme kontrol, tentu saya sependapat dengan Pemohon, nyatanya KUHAP memiliki mekanisme kontrol-kontrol tersebut.

Selanjutnya yang ingin saya kemukakan adalah khusus berkenaan dengan alasan penahanan. Tadi sudah disinggung oleh Prof. Topo di Pasal 21 KUHAP. Jadi menurut saya, penyimpangan di dalam tataran pelaksanaan norma, terutama adalah berkenaan dengan ketentuan berhubungan dengan alasan penahanan. Bahwa begitu seolah-olah longgarnya penyidik bisa melakukan penahanan karena tergantung dari subjektivitas, seolah-olah yaitu ada kekhawatiran melarikan diri, mengulangi perbuatannya, dan merusak, menghilangkan barang bukti. Persoalan ini menurut saya, satu persoalan tersendiri yang harus diuji tersendiri yang tidak terkait dengan permohonan ini. Jadi, yang harusnya dipersoalkan sebenarnya adalah apakah ketentuan berkenaan dengan alasan dilakukannya penahanan itu telah menjamin kepastian hukum dan perlakuan yang adil yang menjadi batu uji dari permohonan ini, yaitu soal-soal yang berhubungan dengan legal certainty, soal kepastian hukum, dan persoalan konstitusional yang berhubungan dengan equality before the law.

Nah, persoalan itu bukan terletak di dalam Pasal 7, Pasal 11, Pasal 20, adanya di Pasal 21. Jadi menurut saya, walaupun mau dipersoalkan di situ, walaupun kita bisa melihat juga secara mendalam bahwa Ketentuan Pasal 21 pun sudah memberi batasan-batasan yang cukup untuk dapat dikatakan penahanan berdasarkan dasar yang ditentukan dalam hukum.

Terakhir, Yang Mulia. Sebuah pilihan, apakah pemberian kewenangan penahanan kepada penyidik ini terkait dengan hubungannya dengan kewenangan pengadilan? Menurut pendapat saya, meminjam istilah administrasi negara, di sini berlaku asas praduga sah, setiap penahanan oleh penyidik dipandang sah kecuali dinyatakan sebaliknya oleh hakim praperadilan. Saya pikir, itu pilihan saja. Kalau setiap penahanan dilakukan oleh penyidik harus atas izin pengadilan, baru sah atas izin pengadilan, atau setiap penahanan yang dilakukan oleh penyidik itu selalu dianggap sah kecuali dinyatakan oleh pengadilan, itu persoalan strategi perundang-undangan belaka, itu persoalan pilihan-pilihan di dalam membuat norma dan tampaknya pembentuk KUHAP memilih itu. Setiap tindakan penyidik dianggap sah,

kecuali ... termasuk melakukan penahanan, kecuali hakim praperadilan menyatakan sebaliknya, menyatakan tidak sah.

Yang sama menurut saya, equal dia ketika setiap penahanan yang dilakukan penyidik, baru dianggap sah kalau dilakukan atas izin pengadilan, atas izin hakim. Sehingga kemudian tidak bisa dibandingkan dengan izin yang lain. Kalau misalnya penyidik wajib memperoleh izin dari ketua pengadilan negeri kalau melakukan penyitaan, sementara penahanan tidak perlu dilakukan hal itu, itu tidak bisa dibandingkan, tidak apple to apple membandingkan hal itu karena manusia yang punya kehendak tentu berbeda dengan barang, gitu. Barang yang juga terkait pihak ketiga ... hak pihak ketiga sehingga kemudian perlu mekanisme yang lebih ketat dalam rangka untuk berkenaan dengan pengambilalihan kekuasaannya. Sedangkan manusia yang punya kehendak, yang bisa lari, yang bisa menghindar, justru di sini diperlukan sebuah pilihan yang lebih strategis. Dan menurut saya dengan melihat kondisi Indonesia alasan historis, alasan geografis, dan alasan pragmatis, menurut saya pilihan pembentuk undang-undang untuk menyatakan bahwa setiap penahanan dilakukan oleh penyidik itu sah kecuali dinyatakan sebaliknya oleh hakim praperadilan atau menggunakan asas praduga sah atas kewenangan itu, menurut saya adalah pilihan yang pada saat ini masih relatif cukup tepat.

Demikian yang dapat saya sampaikan, mudah-mudahan tidak melampaui waktu yang ditentukan. Terima kasih. Assalamualaikum wr. wb.

12. KETUA: ANWAR USMAN

Ya, terima kasih. Dari Kuasa Presiden, apa ada hal-hal yang ingin didalami atau ditanyakan?

13. PEMERINTAH: EKKY HEROSMEN

Terima kasih, Majelis Hakim Yang Mulia.

Bapak Ahli yang kami hormati, dalam sidang-sidang sebelumnya ada mengemuka mengenai ada perbedaan pemberlakuan penahanan dan penyitaan di dalam Undang-Undang KUHAP sebagaimana telah disinggung oleh Dr. Chairul Huda tadi mengenai penahanan oleh penyidik yang tidak memerlukan izin, persetujuan hakim atau pengadilan, sementara penyitaan memerlukan izin dari hakim ataupun pengadilan. Apa teorinya atau pembentuk undang-undang ... alasan pembentuk undang-undang membedakan antara penyitaan dan penahanan ini? Yang satu izin hakim, sementara penahan tidak ... penyitaan memerlukan izin hakim?

Apakah ini hanya seperti yang dijelaskan tadi pilihan atau strategi dari pembentuk undang-undang saja? Sementara di ... seperti yang

dijelaskan Pak Dr. Chairul Huda tadi, ini hanya pilihan atau strategi dari pembentuk undang-undang. Apakah ada masalah, misalnya ... misalnya menyangkut penyitaan tersendiri ... penyitaan itu sendiri menyangkut hak keperdataan atau kebendaan seseorang, yang mana dalam penyitaan nantinya terhadap hak keperdataan atau benda yang disita tersebut, hakim akan memutuskan terhadap kepemilikannya? Apakah akan dikembalikan kepada di mana tempat benda itu disita, dikembalikan yang berhak lainnya, atau dirampas untuk negara, kemudian dilelang dan menimbulkan hak kepemilikan baru atas benda tersebut dari hasil lelang? Sehingga untuk penyitaan harus mempunyai izin atau persetujuan dari pengadilan. Nah, ini bagaimana menurut pendapat Ahli? Terima kasih.

14. KETUA: ANWAR USMAN

Dari meja Hakim? Ya, Pemohon dulu, silakan.

15. KUASA HUKUM PEMOHON: MOH. NOVAL IBROHIM SALIM

Cukup, Yang Mulia. Dari Pemohon cukup.

16. KETUA: ANWAR USMAN

Dari kiri dahulu. Yang Mulia, silakan.

17. HAKIM ANGGOTA: SALDI ISRA

Terima kasih, Pak Ketua.

Assalamualaikum wr. wb. Ahli, Prof. Topo Santoso dan Dr. Chairul Huda. Pertama, saya akan mulai dulu dari Prof. Topo Santoso. Di dalam Keterangan Ahlinya, itu coba menjelaskan soal penahan itu dari lima aspek dan aspek keduanya Saudara mengaitkan penahanan dengan kepastian hukum (legal certainty), tetapi kan ada perkembangan teori baru soal kepastian hukum ini, Prof. Topo, Ahli. Ada muncul jauh lebih maju dibandingkan sekadar kepastian hukum, tetapi ada teori yang dikembangkan oleh Jan Michiel Otto disebut dengan real legal certainty. Bagaimana Ahli menjelaskan penahanan itu dilihat dari aspek real legal certainty itu? Jadi, bukan legal certainty saja, tetapi yang real legal certainty. Itu yang pertama.

Yang kedua, di Keteranganannya juga, Ahli mengatakan bahwa penahanan itu bukan sebuah pemidanaan (sentencing) yang disebut di situ, tetapi kan dalam proses lebih lanjut penahan itu kan diakumulasi, kalau dia bersalah kan, diakumulasi dengan ... apa namanya ... masa hukuman berikutnya. Bagaimana menjelaskan secara argumen ... apa ... legal argumentatif bahwa sebetulnya penahanan itu bukan bagian

dari perjalanan ... pemidanaan? Ketika masa tahanan itu dihitung sebagai bagian ... apa ... bagian dari lamanya menjalankan masa pidana. Itu salah satu argumentasi yang dikemukakan oleh Pemohon, itu untuk Prof. Topo.

Untuk Dr. Chairul Huda, tadi Ahli mengatakan bahwa sebetulnya penahanan di ... karena fokus tadi soal tingkat penyidikan, penahanan kewenangan yang diberikan untuk melakukan penahanan dalam proses penyidikan, dalam hal ini kepada penyidik, itu open legal policy. Sekarang kata Ahli, open legal policy-nya begitu, sangat mungkin juga ke depan bisa berbeda, tergantung perumus undang-undangnya.

Nah, kalau begitu, tolong Ahli memberikan perspektif kepada kami, apa sih sisi positif-negatifnya kalau penahanan di tingkat penyidikan itu dihilangkan? Atau kalau tidak akan dihilangkan, harus mendapat izin dari pengadilan misalnya. Jadi, positif, negatifnya. Karena kan bisa saja, di sini menghilangkan ini karena kan bagian dari soal hak asasi manusia sebetulnya. Tolong kami diberi perspektif soal ini, itu yang pertama.

Yang kedua, Ahli mengatakan penahanan itu di tingkat penyidikan itu sebagai open legal policy ... ini masih ada hubungannya dengan open legal policy, di satu sisi. Tetapi di sisi lain, ketika ada hak subjektif yang diberikan kepada penyidik untuk melakukan penahanan, Ahli mengatakan, "Ini mungkin bisa diuji." Nah, bagaimana menjelaskannya secara baik? Sama-sama open legal policy, tetapi yang satu Ahli cenderung mengatakan, "Tidak bisa diuji karena sekarang sudah ada." Yang satu lagi dikatakan, "Ini mungkin bisa diuji."

Terima kasih.

18. KETUA: ANWAR USMAN

Yang Mulia Pak Palguna.

19. HAKIM ANGGOTA: I DEWA GEDE PALGUNA

Terima kasih.

Mungkin ada persambungan dengan pertanyaan Yang Mulia Prof. Saldi, ini untuk kedua Ahli. Satu hal yang sudah dibantah oleh Ahli dari dalil Pemohon adalah Pemohon berangkat dari pemahaman bahwa pena ... penahanan itu sama dengan hukuman dan karena yang berwenang menjatuhkan hukuman adalah hakim, maka penahanan juga harus mendapat izin hakim. Itu sudah dibantah oleh Prof. Topo tadi. Tetapi pertanyaan saya yang kepada kedua Ahli itu begini. Di luar dari konstruksi itu, apakah memang ada ajaran di dalam hukum pidana yang menyatakan bahwa yang berwenang melakukan itu memang hanya hakim? Itu satu.

Ini juga untuk kedua Ahli, untuk yang kedua. Secara implisit kalau dilihat dari dalil-dalil Pemohon secara komprehensif, seolah-olah penahanan itu, persoalan penahanan itu, atau keabsahan, atau legalitas dari penahanan itu yang memerlukan tindakan sangat berhati-hati, seolah-olah hanya merupakan domain atau bagian dari satu sistem ... apa ... sistem peradilan pidana tertentu, dalam hal ini due process model atau due process of law. Apakah ya memang soal penahanan itu hanya merupakan ... apa ... absolut bagian dari criminal justice system tertentu? Itu. Ataukah ... ataukah sesungguhnya problem yang sebenarnya adalah bahwa di dalam due process model, kontrol untuk melakukan penahanan itu memang lebih ketat, apakah itu soalnya? Sehingga tidak bisa digunakan itu sebagai dalil. Misalnya, kalau itu memang bukan wilayah eksklusif hanya merupakan bagian dari due process of law saja atau due process model, sehingga tidak bisa dijadikan sebagai dalil bahwa kalau bertentangan dengan misalnya due process model, ya, ini kemudian juga menjadi inkonstitusional, kan begitu jadinya. Itu dua pertanyaan saya.

Terima kasih, Yang Mulia.

20. KETUA: ANWAR USMAN

Yang Mulia Pak Suhartoyo, silakan.

21. HAKIM ANGGOTA: SUHARTOYO

Ya, terima kasih. Ya, saya tambahkan juga Para Ahli. Memang masih berkaitan, tapi karena memang keterangan dua Ahli ini hampir juga kata Pak Saldi itu berkelindan itu.

Jadi begini, Prof. Topo dulu, ya, soal kepastian hukum. Saya sulit untuk mendapatkan deskripsinya ketika kita bicara masalah kepastian hukum soal penahanan ini. Di samping tadi yang disampaikan Para Ahli memang kebanyakan soal-soal yang sifatnya lebih kepada hal-hal yang sifatnya normatif, apa yang diatur di undang-undang dan apa yang memang secara wewenang sudah diberikan oleh undang-undang. Tapi tidak menyentuh kepada sampai kepada hakikat atau ... sebenarnya apa sih hakikat atau filosofinya, kemudian seseorang yang diduga melakukan tindak pidana harus dilakukan penahanan? Jangan hanya karena alasan kemudian syarat formil, materiil, atau objektif, subjektif itu. Itu menurut saya sudah ... sudah masa lalulah.

Karena apa? Pak Chairul Huda salah satu utama, sering jadi ahli di praperadilan itu. Kalau dibawa ke praperadilan pun, hakim enggak bakal bisa menjangkau karena itu adanya di ... ada di perasaan di hati masing-masing penyidik atau lembaga yang berwenang menahan. Kalau yang menahan penuntut umum atau jaksa, itu juga kewenangan subjektif itu ada pada masing-masing hati dan ... nah, itu yang

kemudian menjadi bagaimana mengukur kepastian hukum di sana, ketika setiap pejabat pada masing-masing tingkatan penyidik, penuntut umum, hakim, kemudian serta-merta bisa atau mendapat kewenangan untuk itu yang memang diberi limpahan oleh undang-undang, sementara memang belum tentu yang bersangkutan atau pelaku ini adalah memang akan melarikan diri. Misalnya itu, syarat subjektif itu, melarikan diri, menghilangkan barang bukti, kemudian mengulangi perbuatan.

Ini contohnya misalnya yang melakukan adalah seseorang yang mempunyai kedudukan, kehormatan, mungkin punya jabatan yang kemungkinan dia apa? Untuk mengulangi perbuatannya lagi, masa dia akan mengulangi perbuatannya lagi? Yang ini saja sedang diproses. Kemudian yang kedua, menghilangkan barang bukti. Barang bukti juga sudah disita semua, misalnya. Kemudian untuk melarikan diri, dia adalah orang yang terpandang, yang punya jabatan, mungkin baik jabatan formal maupun informal, yang diragukan kalau dia akan melarikan diri, tapi itu sering terabaikan. Karena apa? Karena itu tadi, masing-masing pejabat, masing-masing tingkatan pejabat mengatakan bahwa ini memenuhi syarat formal dan materiil, syarat subjektif dan objektif. Kemudian bisa kemudian 'seenaknya mereka melakukan penahanan'.

Jadi hakikat itu yang ingin saya sampaikan dan ingin saya tanyakan di persidangan ini untuk kedua Ahli. Kemudian, itu dikaitkan dengan kepastian hukum.

Yang kedua, apakah sebenarnya syarat-syarat subjektif dan objektif itu kumulatif atau bisa alternatif, Prof. Topo dan Pak Chairul Huda? Kemudian dari sisi perspektif keadilan misalnya, tadi belum disinggung ini. Apakah sebenarnya perbuatan menahan orang yang diduga melakukan tindak pidana itu kemudian menjadi sah? Di samping karena memang memenuhi Pasal 21 KUHAP, kemudian juga memenuhi syarat subjektif, kemudian juga karena sisi pandang keadilannya adalah ini juga melihat adanya korban dalam perspektif crime control model kan, itu lebih dikedepankan misalnya, kan? Apakah Bapak-Bapak Para Ahli juga punya pandangan ke sana bahwa sisi keadilannya di situ? Bukan kemudian, "Kalau enggak suka, bawa saja ke Pasal 77 KUHAP." Bukan itu, persoalannya itu kan, sangat normatif. Dan di sana, di praperadilan itu, Pak Chairul Huda kan, kalau hakim sudah mendapatkan jawaban dari Termohon, lembaga yang menahan, baik penyidik maupun penuntut umum, mereka akan mengatakan bahwa ini sudah memenuhi Pasal 21 dan syarat subjektif. Hakim enggak bisa menilai lebih dari itu, pasti ditolaklah anu ... praperadilan itu kalau berkaitan dengan sah-tidaknya penahanan.

Lain lagi dengan sah-tidaknya penyitaan, seperti yang ditanyakan Pihak Pemerintah tadi. Saya agak ... saya sepakat dengan alasan Pak Chairul Huda. Bahwa ada sisi ... sisi keperdataan yang perlu

dipertimbangkan, tapi ... karena itu pihak ketiga. Tapi kalau kemudian menahan orang, tidak memperjuangkan kepentingan pihak ketiga juga menurut saya tidak selamanya benar karena pihak ketiga itu banyak, bisa anak, istrinya, itu lebih orang yang sangat berkepentingan dengan adanya penahanan itu. Bagaimana nanti? Yang mencari nafkah siapa? Bagaimana harkat martabat di keluarganya? Mungkin juga pihak ketiga yang mempunyai piutang terhadap orang yang ditahan itu. Karena apa? Orangya ini menjadi mandek, tidak bisa mencari rezeki misalnya.

Dalam perspektif pasal ... Pasal 34 ya, untuk izin penyitaan, tapi izin penyitaan itu kan, yang wajib hanya barang tetap. Ya, kan? Kalau penyidik tahu semua itu. Kalau yang tidak tetap, itu bisa menyusul kemudian. Artinya bukan wajib, pemberitahuan saja. Itu dari perspektif keadilan. Jadi, di ... apakah karena kerancuan juga kata ... kata Pak Topo tadi, "Antara due process of law, kemudian dengan crime control model." Yang di negara mana pun selalu itu agak ... agak ... apa ... biased, gitu, kan?

Nah, sekarang dari sisi manfaat. Saya melihat apakah hakikat daripada penahanan ini, Pak Topo dan Pak Chairul Huda, apakah sebenarnya sudah bagian dari balas dendam? Meskipun itu kemudian menjadi pertanyaan panjang karena balas dendam di situ belum waktunya. Karena apa? Katanya tadi presumption of innocence (praduga tidak bersalah). Tapi kata Prof. Saldi, "Itu diakumulasi dengan pembedanaannya."

Pasal 222 wajib di ... digabung menjadi satu-kesatuan dengan pidana yang dijatuhkan. Nah, itu apakah sudah di situ bagian dari balas dendam? Atau kemudian pemberian nestapa? Atau juga mungkin sudah merupakan ... apa, ya ... semata perampasan kemerdekaan? Kalau alasan Pak Chairul Huda kan, "Secara geografis enggak usah hakim punya kewenangan, Pak."

Ada perkara yang kemudian ditahan itu karena apa? Karena memang tersangkanya ini memang dicarinya susah. Secara geografis harus mencari ke provinsi-provinsi mana. Penyidik ketika menangkap, kemudian langsung dilakukan penahanan. Artinya, apakah itu jaminan perampasan kemerdekaan itu dikaitkan dengan itu? Bahwa memang ... tapi kalau itu demikian ... kalau itu menjadi alasan yang esensial, berarti kan, kemudian kepastian hukumnya di mana? Karena penyidik, penuntut umum, bahkan hakim sekalipun tidak kemudian selalu menerapkan hal yang sama, meskipun itu soal ... barangkali soal implementasi.

Mungkin itu, ya, pertanyaan yang ingin saya sampaikan. Pak Ketua, terima kasih.

22. KETUA: ANWAR USMAN

Ya, masih ada, Yang Mulia Prof. Aswanto.

23. HAKIM ANGGOTA: ASWANTO

Terima kasih, Yang Mulia Ketua.

Ahli Bapak Prof Topo Santoso dan Bapak Chairul Huda, memang discursus mengenai penahanan kalau dikaitkan dengan kemandirian peradilan pidana, itu memang tidak pernah tuntas. Termasuk sebenarnya kalau kita mau menelusuri lebih jauh, apa sebenarnya hakikatnya penahanan itu? Tentu kalau kita melihat untuk kepentingan praksisnya, kalau penyidik melakukannya alasan untuk kepentingan penyidikan. Kalau jaksa, alasan kepentingan penuntutan. Lalu kemudian, kalau hakim tentu alasan kepentingan pada pemeriksaan persidangan atau pemeriksaan di depan persidangan, gitu.

Nah, ini yang belum pernah kita ... atau dari sekian ahli yang membahas mengenai penahanan, itu kelihatannya tidak ada kesepahaman. Apa sebenarnya hakikat dari penahanan itu sendiri? Apalagi kalau kita coba ... apa ... lihat secara keseluruhan, mulai dari Pasal 20 sampai Pasal 31 KUHP yang berkaitan dengan penahanan, kan memang menjadi ... apa ... menjadi muncul banyak ... apa ... discursus di sana, gitu. Kalau tadi Pak Topo mengatakan bahwa kan, penahanan ini tidak bertentangan dengan prinsip peradilan yang menurut sistem peradilan pidana Indonesia menggunakan konsep *presumption of innocence*.

Bahwa seseorang wajib dianggap tidak bersalah selama ... belum ada putusan pengadilan yang menyatakan bahwa yang bersangkutan bersalah. Pertanyaannya adalah ketika orang belum dinyatakan bersalah, tetapi sudah dilakukan upaya hukum, bahkan upaya hukum paksa, ini kan jadi problem. Sehingga menurut saya, apakah sebenarnya betul kita menggunakan *presumption of innocence* atau *presumption of guilt* (praduga bersalah)? Karena ini kan belum ada putusan pengadilan, apakah dia salah, tetapi kemudian sudah dilakukan upaya hukum, bahkan penahanan itu adalah salah satu upaya hukum paksa. Seperti yang disampaikan Yang Mulia Pak Suhartoyo tadi, itu sudah perampasan kemerdekaan, walaupun hanya untuk sementara. Tetapi kemudian, kalau kita menganggap bahwa itu perampasan kemerdekaan yang ... ya, tidak juga absolut karena di Pasal 22 penahanan tidak hanya satu jenis. Bisa juga tahanan dalam kota, bisa tahanan rumah, gitu.

Nah, ini barangkali pada kesempatan ini kedua Ahli Pak Prof. Topo dan Pak Nurul[Sic!] Huda bisa memberikan kita pemahaman yang lebih komprehensif. Apa filosofi yang sangat prinsip sebenarnya dari penahanan dan apakah memang penahanan itu dibutuhkan dalam proses peradilan pidana, terutama kalau kita menggunakan atau kita sepakat menggunakan bahwa sistem peradilan pidana kita menggunakan ... apa namanya ... *presumption of innocence* tadi?

Kalau menurut saya, ya, kalau presumption of innocence mestinya tidak boleh ada upaya hukum, termasuk upaya hukum paksa yang dikenakan kepada seseorang, sepanjang belum ada putusan pengadilan yang menyatakan yang bersangkutan memang bersalah, gitu.

Nah, mohon mungkin bisa kita dibantu untuk lebih mendapat pencerahan kaitan dengan persoalan ini karena ini diskusur ... diskursusnya tidak pernah berhenti mengenai soal penahanan ini, termasuk yang tadi, Yang Mulia Pak Suhartoyo soal persyaratan subjektif dan objektif. Itu salah satu persoalan di dalam KUHAP yang sering di ... apa namanya ... disalahgunakan oleh aparat.

Seseorang tersangka yang sama-sama misalnya, pasal yang dilanggar atau pasal yang dituduhkan sama-sama, yang satu mengajukan ... dua-duanya mengajukan permohonan penangguhan penahanan, tetapi yang satu dikabulkan, yang satu tidak dikabulkan. Argumennya aparat penegak hukum pada masing-masing tingkatannya, ya kan hak subjektif kami. Sama-sama menjamin bahwa dia tidak akan lari, sama-sama menjamin kalau lari, kami yang bisa menjadi penanggungnya, dan di dalam hukum materil kita sudah ditegaskan, apa konsekuensi orang yang menjamin tahanan, tetapi kemudian tahanan itu lari, kan tidak perlu kita khawatir sebenarnya karena ada jaminan perlindungan. Ada jaminan yang bisa mempersoalkan secara hukum, gitu.

Tetapi kemudian, ini tetap berlanjut, Pak. Tetap berlanjut dengan alasan hak subjektif aparat penegak hukum sehingga pernah ada diskusi yang mengusulkan mestinya bagian ini dihilangkan saja, ya. Kalau bisa syarat objektifnya saja, ndak usah ada syarat subjektif karena syarat subjektif 'seringkali' disalahgunakan gitu. Mohon penjelasan kedua Ahli, terima kasih.

24. KETUA: ANWAR USMAN

Ya. Silakan, Para Ahli. Ya mungkin Prof. Sutopo[Sic!] dulu, silakan.

25. AHLI DARI PEMERINTAH: TOPO SANTOSO

Terima kasih, Yang Mulia.

Ini satu kesempatan bagi kita sebenarnya untuk mendiskusikan lebih panjang mengenai masalah penahanan ini yang memang merupakan satu hal yang kontroversial dikaitkan dengan hak asasi manusia. Karena PBB sendiri pun sejak awal sudah membahas persoalan penangkapan dan penahanan ini karena ini seperti kontroversi dengan ketentuan yang lain, yaitu perlindungan terhadap hak kemerdekaan dan juga hak presem ... presumption of innocence.

Sementara, di dalam kenyataannya, seluruh dunia masih tetap menggunakan instrumen penahanan ini, bahkan angkanya pun

sekarang semakin meningkat. Saat ini sekitar 2,5 juta orang di dalam tahanan di seluruh dunia. Negara-negara dengan kerangka hukum yang sangat detail, sangat sesuai dengan standar internasional dan ketentuan PBB sedang konvensional, seperti Turki, Amerika, Polandia, Afrika Selatan, justru tahanannya lebih banyak dibanding negara lain, seperti Jepang yang tidak terlalu detail dan tidak terlalu se ... sesuai dengan standar internasional, justru tahanannya hanya 9 per 100.000 penduduk.

Dihadapkan pada pertanyaan yang filosofis mengenai apakah penahanan itu diperlukan atau tidak? Ini memang satu ... merupakan satu dilema di dalam sistem penundaan pidana karena sekarang ini juga berkembang di negara-negara Eropa bahwa sebaiknya tidak seorang pun ditahan sampai dia dinyatakan bersalah oleh pengadilan. Tapi semakin imbauan ini dikeluarkan, tetap saja jumlah orang yang ditahan semakin meningkat. Karena ada tiga argumen kenapa orang ditahan, yang sebetulnya sebagian tercakup dalam KUHP kita. Pertama adalah tingkat suspicious, strong suspicious atau kecurigaan yang seberapa jauh kecurigaan bahwa seseorang telah melakukan suatu tindak pidana, itu argumen yang pertama. Kalau dalam KUHP dinyatakan kalau sudah ada bukti, bukti yang cukup bahwa dia melakukan, ya. Di negara lain pun sama ada tiga, yaitu adanya suatu reasonable suspicions (kecurigaan yang masuk akal) kecurigaan yang sangat kuat bahwa dia pelaku tindak pidana itu. Yang kedua adalah alasan tindak pidana apa yang pantas seseorang itu ditahan. Dan ternyata, tidak ada keseragaman di seluruh dunia mengenai tindak pidana apa yang pantas ditahan. Seperti tadi saya ... Ahli sampaikan di dalam persentasi bahwa ada negara yang boleh ditambahkan jika ancaman pidananya hanya 6 bulan, ada yang 1 tahun, ada yang 2 tahun, ada yang 3 tahun, dan seterusnya. Tidak ada keseragaman di seluruh dunia. Indonesia sendiri mengambil sikap, yaitu di KUHP 5 tahun, plus beberapa tindak pidana yang lain yang sebenarnya kurang dari 5 tahun.

Kemudian yang ketiga adalah alasan yang mungkin di dalam berbagai literatur dikatakan alasan subjektif, yaitu adanya kekhawatiran dia melarikan diri, kekhawatiran dia mengulang tindak pidana, dan kekhawatiran menghilangkan barang bukti. Di negara lain pun alasan ini juga beragam, termasuk adanya alasan dikhawatirkan dia mengganggu atau mengancam saksi atau tersangka, kemudian dia bisa mengganggu atau merusak kemurnian dari peradilan yang dilakukan, dan masih banyak lagi alasan yang lain.

Jadi, ada tiga argumen yang membuat secara faktual, secara real petahana ... penahanan tetap dilakukan walaupun disadari ini sebetulnya melanggar hak-hak kemerdekaan seseorang yang ditahan yang boleh jadi nanti dinyatakan bebas atau lepas di sidang pengadilan.

Tadi, terkait ini juga dengan yang ditanyakan oleh Yang Mulia Hakim Konstitusi Prof. Saldi Isra. Bagaimana kalau nanti, kan diakumulasi di akhirnya, khususnya kalau dia dinyatakan bersalah. Memang sudah selayaknya dan sudah seharusnya orang yang dinyatakan bersalah dan kemudian dijatuhi hukuman penjara, apa yang sudah dialaminya, yaitu perampasan kemerdekaan selama beberapa waktu, harusnya dikurangi, sehingga diperhitungkan. Tapi, persoalannya bagaimana ... juga ada di dalam permohonan, bagaimana kalau dia ternyata dinyatakan tidak bersalah kan dia sudah sekian lama?

Nah, di seluruh dunia, di berbagai negara yang sepanjang Ahli tahu adalah ya solusinya adalah ada ganti rugi terhadap orang yang dilakukan seperti ini. Dan menurut hemat Ahli adalah harus penanganan ini dilakukan demikian ketatnya, sehingga tidak sembarang orang ditahan. Kalau tidak ada alasan-alasan yang masuk akal, yang pantas, yang sesuai, yang membuat orang itu pantas untuk ditahan, ya, sebaiknya tidak dilakukan penahanan. Sehingga, sebetulnya ketentuan dalam KUHAP dengan membatasi tindak pidana apa saja yang tersangka atau terdakwa yang boleh ditahan, kemudian alasan-alasan apa saja yang boleh dilakukan penahanan, yaitu tiga tadi, melarikan diri, kemudian menghilangkan barang bukti, dan mengulang, dan juga bahwa orang itu memang ada bukti yang kuat bahwa dia adalah pelaku tindak pidananya, maka barulah dilakukan penahanan.

Yahya Harahap dalam bukunya mengenai berlakunya KUHAP dalam pelaksanaannya, juga menyatakan bahwa penyidik, atau penuntut, atau bahkan hakim jika ... walaupun memiliki jatah waktu di dalam KUHAP, 20 hari plus 40 hari dan seterusnya, tidak selayaknya menggunakan keseluruhannya batas waktu ini sampai habis. Kalau dalam dia memiliki jatah 20 hari untuk menahan, tapi dalam 5 hari sudah cukup, sudah harus dikeluarkan. Begitu juga tidak harus di seluruh jatah, di seluruh kewenangan batas waktu itu dilakukan semua, sehingga memang selayaknya penahanan ini dilakukan dengan sangat selektif.

Kemudian yang lain adalah terkait dengan DPM dan DCM, due process model dan crime control model. Sebetulnya dua model ini hanyalah berbeda dalam prioritas dan juga dalam paradigmanya. Kalau due process lebih mengutamakan hak-hak individu, sedangkan crime control pada perlindungan masyarakat dari kejahatan. Tetapi, penahanan dilakukan di dalam semua negara yang menggunakan sistem due process maupun crime control. Hanya memang di negara yang sangat kuat due process model-nya, penahanan dilakukan dengan sangat ketat, dengan sangat hati-hati, izin hakim yang sangat ... apa ... sangat ketat, sangat detail, dan prasyarat-prasyaratnya lebih detail dibanding negara yang mengutamakan crime control model. Tetapi, jika suatu ketika ada situasi dimana crime control model harus

dikedepankan ancaman kejahatan yang demikian luas, misalnya seperti terorisme dan sebagainya, beberapa negara yang semula sangat kuat *due process*, beralih ke lebih condong ke *crime control* model, sehingga penahanannya mungkin dikurangi persyaratannya, prosedurnya dikurangi, dan seterusnya.

Jadi, memang di negara, baik yang menggunakan atau lebih condong menggunakan *due process* model maupun *crime control* model, penahanan dilakukan. Dan penahanan ini hakikatnya memang bukan untuk *punishment* bukan untuk menghukum, tetapi sebetulnya lebih *preventive detention* pada pencegahan tadi untuk tidak mengulang, tidak merusak barang bukti, dan tidak melarikan diri, juga agar dia dipastikan hadir di persidangan.

Mungkin bagian yang terakhir yang ingin Ahli kemukakan adalah kaitannya dengan persoalan keadilan, persoalan keadilan. Nah, ini memang di seluruh dunia seperti tadi Ahli sampaikan, sejak awal sekali sudah persoalan penangkapan dan penahanan atau upaya paksa terhadap seseorang, ini sangat diperhatikan mengingat adanya atau terjadinya bahaya di beberapa wilayah, beberapa otoritas, terjadi kesewenang-wenangan terhadap orang yang ditahan karena orang yang ditahan, dia terisolasi dari dunia luar, sehingga bisa terjadi satu risiko terjadi pelanggaran-pelanggaran hak asasi manusia hingga menjadi perhatian.

Tetapi, kalau kita melihat dari secara historis, pembuat KUHAP sekitar tahun 1980-an, pasti sudah tahu persis bahwa sejak tahun 1948 sudah ada Deklarasi HAM PBB, sejak tahun 1966 sudah ada ICCPR, dan berbagai konvensi-konvensi lain, sudah tahu pasti mereka. Tetapi, tetap membuat ketentuan-ketentuan mengenai penahanan itu sesuai dengan konteks dan kondisi Indonesia, dimana ada kontrol, ada jangka waktu, ada kepastian hukum yang tertulis di persidangan ... di dalam ... di dalam KUHAP itu sedemikian rupa menurut konteks Indonesia.

Bahwa di dalam realitasnya, kadang-kadang kepastian hukum itu tidak bisa tercapai, menurut hemat saya, menurut hemat Ahli karena memang ada ruang diskresi di dalam setiap lembaga penegak hukum yang seharusnya memang ini ditujukan betul-betul untuk alasan keadilan dan kepastian hukum serta kemanfaatan, seperti tadi disinggung oleh Hakim ... Yang Mulia Hakim Konstitusi. Kemanfaatan ini juga tidak boleh dilupakan, dimana penahanan memang betul-betul harus dilakukan bukan untuk membalas dendam, bukan untuk *punitive reason*, alasan *punitif*, tapi betul-betul untuk memastikan bahwa seorang terdakwa bisa hadir di pengadilan. Bahwa dia tidak membahayakan orang lain atau bahkan juga membahayakan dirinya sendiri, tidak merusak jalannya proses pemeriksaan di pengadilan, sehingga menghilangkan barang bukti dan sebagainya.

Demikian, Yang Mulia, terima kasih.

26. KETUA: ANWAR USMAN

Ya, terima kasih. Lanjut ke Pak Dr. Chairul Huda, silakan.

27. AHLI DARI PEMERINTAH: CHAIRUL HUDA

Terima kasih, Yang Mulia. Sisi positif dan sisi negatif, saya langsung ke pertanyaan Yang Mulia Prof. Saldi Isra. Selain yang setelah saya kemukakan tadi, yang paling sebenarnya menjadi suatu hal yang mendasar di Indonesia adalah soal persepsi publik. Selagi pemidanaan dalam bentuk pemenjaraan menjadi suatu persepsi umum bagi publik tentang pemidanaan, maka selagi itu pula penahanan akan menjadi sebuah persepsi bahwa hukum sudah bekerja.

Ini ... ini sebenarnya yang ... yang juga menjadi ... menjadi ... apa namanya ... pangkal tolak yang paling utama menurut saya, mengapa kemudian penyidik diberi kewenangan untuk melakukan penahanan? Karena perlu sekali untuk menjawab persepsi publik bahwa apakah hukum sudah bekerja atau tidak? Ini ... ini ... ini persoalan karena masih banyak di dalam masyarakat kita kalau tidak ditahan, bahkan kalau dinyatakan bersalah, tetapi misalnya pidananya bersyarat saja, cobaan saja, masyarakat menganggap tidak dihukum atau dijatuhkan ... dinyatakan bersalah, tetapi dijatuhkan denda saja, masyarakat menganggap tidak dihukum.

Jadi, menurut saya, selagi persepsi publik bahwa yang dimaksud hukuman itu adalah penjara, maka penahanan akan menjadi sebuah persepsi bahwa hukum telah bekerja ketika penyidik melakukan penahanan, ini salah satu kelebihan. Karena kalau tidak bekerja, akibatnya adalah main hakim sendiri. Hakim saja di pengadilan bertiga, masyarakat bisa main hakim sendiri kalau tidak ada semacam suatu persepsi umum bahwa hukum sudah bekerja. Dibuktikan dengan tersangkanya ditangkap, ditahan, dan seterusnya.

Memang tentu kita akan bersoal nanti persoalan-persoalan yang berhubungan dengan victimless crime. Kalau menurut saya, ukuran yang digunakan lima tahun itu yang harusnya dikoreksi. Yang ... yang dipersoalkan di situ. Tentu seharusnya yang jadi ukuran bahwa itu bisa ditahan, bisa lebih ... bisa lebih kualitatif ukurannya, tidak kuantitatif. Misalnya terhubung dengan tadi dalam rangka menjawab persepsi publik, misalnya yang korbannya banyak, korban kekerasan, menimbulkan dampak buat masyarakat, keresahan, dan seterusnya. Kalau menurut saya, itu yang harusnya di ... dipersoalkan. Kita menggunakan lima tahun, padahal banyak juga tindak pidana, tindak pidana yang diancam dengan lima tahun, tapi tidak menimbulkan kerugian bagi pihak lain, contohnya perjudian, victimless crime, tapi bisa ditahan, kan gitu. Sehingga kemudian persepsi publik ini menjadi tidak bisa dimainkan berhubungan dengan hal itu.

Di samping juga persoalan-persoalan yang berhubungan dengan geografis, tadi sudah saya singgung. Memang negara-negara yang sepanjang pengetahuan saya, mungkin Prof. Topo bisa menambahkan nanti yang menggunakan sistem dimana hakim yang berwenang menahan, artinya walaupun penyidik melakukan penahanan harus atas izin hakim, itu negara-negara yang memang jelas border-nya, jelas batas-batasnya. Nah, Indonesia ini secara geografis bisa orang masuk ke mana saja, bisa orang keluar ke mana saja.

Nah, dilihat dari teknis penegakan hukum, ini sangat menyulitkan kalau tidak ada kewenangan penahanan oleh penyidik. Karena sekali lagi, pekerjaan penyidik untuk mencari orang yang melakukan tindak pidana itu, cuma sebagian pekerjaan saja, sebagian pekerjaan yang lain adalah collecting evidence. Collecting evidence ini sebenarnya lebih penting daripada mencari orangnya. Cuma persoalannya karena kita punya ... dengan sistem negara kepulauan, apalagi di daerah-daerah yang kampung saya di Kepulauan Riau sana yang orang bisa keluar negeri setiap saat, tanpa kemudian bisa melalui jalur-jalur yang resmi, katakanlah seperti itu. Maka kalau tidak ada kewenangan penahanan, maka menjadi sulit sekali untuk bisa dilaksanakan penegakan hukum.

Oleh karena itu, menurut saya, walaupun mau diubah pada saat mendatang, penahanan itu menjadi kewenangan hakim saja atau kewenangan hakim ... kewenangan penyidik atas izin hakim, maka harus ada emergency exit berhubungan dengan persoalan geografis ini karena tidak mudah menjawabnya. Indonesia bukan Jabodetabek. Kalau Indonesia adalah Jabodetabek, saya pikir enggak ada masalah. Cuma persoalannya, Indonesia adalah begitu luas dan kemudian ada persoalan problem geografi yang tidak bisa terjawab.

Nah, itu saya kira tambahan-tambahan berkenaan dengan apa keuntungannya. Sehingga menurut saya, sementara ini kalau KUHAP menetapkan penahanan itu menjadi kewenangan penyidik tanpa harus diperlukan persetujuan hakim, masih lebih banyak menguntungkan dari sisi ini. Kalau pun perlu nanti diubah secara sistemik, itu jadi kewenangan penyidik atas izin hakim, maka untuk daerah-daerah tertentu yang memang lalu lintas orang sangat mudah pergi ... bepergian, terutama ke luar negeri, menurut saya harus ada regulasi yang mengecualikan, tidak bisa berlaku umum.

Lalu pertanyaan tadi, masih Prof. Saldi Isra berkenaan dengan alasan subjektif, kenapa bisa diuji? Kenapa tidak dianggap itu juga open legal policy? Ketentuannya, Prof. Ketentuannya memang bisa menimbulkan ketidakpastian. Normanya yang memang bisa menimbulkan ketidakpastian. Berbeda kemudian dengan norma yang memberi kewenangan. Saya di sini menyebutkan norma atributif yang memberikan kewenangan kepada penyidik. Kalau soal kewenangan, itu domainnya pembentuk undang-undang, tapi kalau soal persoalan

alasan yang dengan itu ada diskresi di dalamnya, ini persoalannya bisa diuji.

Kalau kita lihat Pasal 21 ayat (1) KUHAP, "Perintah penahanan dan/atau penahanan lanjutan dilakukan terhadap seorang tersangka atau terdakwa yang diduga keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup dalam hal adanya kekhawatiran yang menimbulkan tersangka atau terdakwa melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti, atau mengulangi tindak pidananya." Nah, ini yang ada di dalam literatur, di dalam praktik sering dikatakan sebagai alasan subjektif. Alasan subjektif itu seringkali diartikan berdasarkan subjektivitas, padahal ... subjektif penyidik. Padahal, yang dimaksud dengan alasan subjektif itu adalah alasan berkenaan dengan orangnya. Orangnya dikhawatirkan melarikan diri, mengulangi perbuatannya, merusak dan menghilangkan barang bukti. Alasan objektif, alasan berkenaan dengan tindak pidananya.

Jadi di pasal ini ada dua alasan, alasan objektif berkenaan dengan tindak pidananya, alasan subjektif berkenaan dengan orangnya. Jadi bukan sama sekali berdasarkan subjektivitas penyidik, tapi berkenaan dengan orangnya. Cuma kadangkala dipenggal membacanya sehingga kata-kata *berdasarkan bukti yang cukup* hanya untuk alasan objektif. Sedangkan terhadap kekhawatiran dia mau melarikan diri, tidak berdasarkan bukti yang cukup.

Kalau menurut saya, kalau norma ini diperbaiki bahwa baik berkenaan dengan tindak pidananya, harus berdasarkan bukti yang cukup, dan berkenaan dengan kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, mengulangi perbuatannya atau menghilangkan barang bukti, harus juga berdasarkan bukti yang cukup, maka tidak ada problem konstusionalitas norma. Rumusan ini memang menimbulkan problem konstusionalitasnya karena memungkinkan yang bukti yang cukup itu hanya berkenaan dengan tindak pidananya, tidak berkenaan dengan kekhawatiran tadi.

Jadi, mengapa menurut saya (...)

28. HAKIM ANGGOTA: SUHARTOYO

Mumpung ingat, Prof ... anu ... Pak Dr. Chairul, supaya belum pindah ke tema yang lain. Coba diklikir dulu, apakah benar alasan subjektif itu sebenarnya ruang yang ada pada pelaku, ya, kan? Bahwa semata-mata syarat-syarat itu terpenuhi atau tidaknya ada pada pelaku. Sebenarnya itu kan subjektif milik pejabat yang menahan antara dua ini tadi. Itu bukan ... bukan karena orangnya yang mengkhawatirkan dia akan melarikan diri, itu adalah kekhawatiran pejabat yang menahan bahwa ada tiga unsur tadi, mengulangi, menghilangkan, kemudian ... apa yang satu lagi? Mengulangi

perbuatan, menghilangkan barang bukti, kemudian melarikan diri. Itu kekhawatiran yang ada pada aparat yang melakukan penahanan.

Coba diklikirkan ini, supaya persidangan ini ... yang menonton bukan hanya Bapak dan kami, mungkin sebenarnya juga sudah bisa memahami apa kehendak Pasal 21 yang sebenarnya.

29. AHLI DARI PEMERINTAH: CHAIRUL HUDA

Baik, Yang Mulia.

Ya, itulah yang selama ini dipahami oleh para penegak hukum. Seperti Yang Mulia Hakim Konstitusi Suhartoyo tadi mengatakan, memahaminya itu adalah hak subjektif kami, kewenangan subjektif kami menilai orang mau lari atau tidak. Tapi kalau dilihat normanya, dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran, keadaan itu kan fakta, bukan subjek. Jadi alasan subjektif ini harus diobjektifkan.

Nah, ini berkenaan dengan sebenarnya letak kata *berdasarkan bukti yang cukup*, harusnya letak kata *berdasarkan bukti yang cukup* itu di belakang. Jadi, baik berkenaan dengan tindak pidananya maupun kekhawatiran ini, justru letaknya di belakang *berdasarkan bukti yang cukup*, sehingga kekhawatiran tadi bukan kekhawatiran yang sifatnya subjektif, tapi kekhawatiran yang bersifat objektif, ada ukurannya. Dia sudah apply visa, dia sudah beli tiket, dia sudah kemas-kemas, itu menjadi sebuah alasan yang objektif terhadap alasan subjektif, sebuah kriteria objektif terhadap alasan objektif.

Kalau saya memahaminya bahwa subjektivitas itu tidak terletak pada pejabat yang menahan, tapi subjektivitas itu adalah berkaitan dengan orangnya. Sehubungan dengan teori yang saya kembangkan pemisahan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana, saya ambil akarnya dari sana. Jadi, persoalan tindak pidananya dan persoalan orangnya. Jadi, kalau rumusan ini yang diuji, kalau menurut saya, saya harus sependapat dengan Pemohon, gitu lho, tapi persoalannya yang diuji soal kewenangan, Yang Mulia Prof. Saldi Isra. Menurut saya, kalau soal kewenangan kalau diberikan oleh undang-undang, selesai persoalannya, tergantung pembentuk undang-undang maunya kepada siapa.

Lalu, saya ingin menjawab berhubungan dengan presumption of innocence, mudah-mudahan tidak berbeda dengan apa yang dikemukakan oleh Prof. Topo. Saya berpandangan, bukan berarti presumption of innocence itu adalah orang tidak boleh ditahan. Presumption of innocence itu artinya orang diberi hak untuk membuktikan bahwa ia tidak bersalah, gitu. Jadi, kalau dia ditahan, sudah presumption of guilty. Kalau pengertiannya tidak boleh ditahan, berarti melanggar presumption of innocence. Menurut saya, presumption of innocence adalah orang diberi sejumlah hak untuk membuktikan bahwa dia tidak bersalah sampai dengan pengadilan

membuktikan ... menyatakan dia bersalah, makanya presumption of innocence itu derajatnya tidak sama dalam setiap tahapan, gitu.

Menurut saya, berakhir dia ketika sudah ada putusan yang berkekuatan hukum tetap, berakhir asas itu, ndak ada lagi bicara presumption of innocence di masalah ... di tingkat PK, misalnya. Tetapi, presumption of innocence kadarnya paling rendah, ya, memang pada waktu penyidikan. Jadi, ada sejumlah hak yang memungkinkan orang membela diri. Di dalam penyidikan, tersangka itu bisa mengajukan saksi atau ahli. Kalau ditahan, dia bisa mengajukan praperadilan. Bahkan selain praperadilan, juga bisa meminta dalam mekanisme yang ada sekarang melalui jalur administratif, dipropamkanlah, di manalah, di mana, itu sebagai suatu mekanisme kontrol juga. Jadi menurut saya, selagi tersangka atau terdakwa diberi hak-hak untuk membela diri, mengajukan saksi/ahli menguntungkan, didampingi penasihat hukum, bisa menguji ke praperadilan, maka itu masih dalam rangka presumption of innocence, gitu lho.

Jadi presumption of innocence bukan hanya kaitannya dengan bahwa penahanan bukan pemidanaan, tetapi juga bahwa ada sejumlah hak yang diberikan kepada tersangka atau terdakwa untuk membuktikan. Lah, makanya kemudian alat ukur apakah norma berkenaan dengan penahanan ini konstitusional atau tidak, tidak bisa diukur hanya sekedar melihat norma pemberian kewenangannya seperti yang diuji sekarang, Pasal 7, Pasal 11, Pasal 20, yang hanya berkenaan dengan norma pemberian kewenangannya. Tetapi harus dihubungkan, apakah ada limitasi waktunya? Misalnya. Apakah kemudian ada bisa diuji? Apakah kemudian ada alasan-alasan yang harus diberikan dalam undang-undang untuk kemudian yang bersangkutan membuktikan ketidakbersalahannya?

Yang ketiga, mudah-mudahan yang terakhir dan bisa dijawab ... menjawab semua pertanyaan Yang Mulia Majelis Hakim adalah berkenaan dengan hakikat, tadi dari Profesor Pak Aswanto, hakikat penahanan. Kalau saya menggunakan alat ukur bukan hanya alasan subjektif dan objektif di dalam sah-tidaknya penahanan.

Ada empat paling tidak alat ukurnya, yang sudah tercermin di dalam Pasal 21 itu sendiri. Satu, persoalan tujuan. Dua, persoalan dasar hukum kewenangan melakukan penahanan. Ketiga, persoalan berkenaan dengan alasan, tadi yang kita perdebatkan alasan objektif dan subjektif. Yang keempat, soal prosedural. Dan semua sudah diatur di dalam KUHAP. Bahwa tujuan penahanan itu adalah untuk penyidikan, untuk kepentingan penuntutan, dan pemeriksaan di pengadilan, itu diatur di dalam KUHAP. Bahwa dasar hukumnya bahwa hanya tindak pidana tertentu yang bisa dilakukan penahanan, juga sudah diatur di dalam KUHAP. Bahwa alasannya sudah ditentukan harus ada alasan objektif dan subjektif, juga sudah ditentukan dalam KUHAP. Bahwa prosedurnya harus dengan surat perintah, dengan surat tugas, dan

seterusnya, juga sudah diatur di dalam KUHAP. Jadi, kalau ini dipenuhi, pada hakikatnya adalah penahanan itu menjadi sebuah bagian dari mekanisme penegakan hukum.

Jadi, kalau saya melihat, Yang Mulia Hakim Konstitusi Aswanto ... Prof. Aswanto, hakikat penahanan adalah kebutuhan bagi aparat peradilan pidana untuk melaksanakan tugasnya, dalam konteks yang diujikan ini adalah kebutuhan penyidik, gitu. Jadi, kalau penyidik kita sudah canggih sekali, tidak butuh lagi menahan, ya, memang tidak diperlukan kewenangan itu. Tapi menurut saya, dengan administrasi kependudukan yang masih kacau-balau seperti sekarang, perpindahan secara demografi orang bisa dengan mudah, menurut saya masih diperlukan. Jadi ... adalah kebutuhan dalam rangka penegakan hukum. Jadi, penegakan hukum bagian dari perintah konstitusi yang dilaksanakan oleh aparat penegak hukum. Dan oleh karenanya hakikat dari penahanan adalah dalam rangka tools, dia sebagai tools, sebagai alat, sebagai jawaban atas kebutuhan penegakan hukum.

Jadi, memang sangat ... sangat ... apa namanya ... apa namanya ... memungkinkan untuk kemudian ada kesewenang-wenangan, di situlah persoalan konstitusionalitasnya. Dan kesewenang-wenangan itu paling besar adalah pada persoalan alasan penahanan, yaitu di Pasal 21 tadi yang saya sebutkan. Alasan penahanan ini yang kemudian pada persoalan konstitusional paling besar. Jadi, persoalan misalnya ketidakpastian hukum, persoalan berkenaan dengan tidak adanya perlakuan yang sama yang menjadi batu uji dalam permohonan ini, itu bukan persoalan berhubungan dengan Pasal 7, Pasal 11, Pasal 20, tetapi Pasal 21 dari KUHAP ini yang harusnya menjadi persoalan. Di situlah ketidakpastian dan di situlah ... apa namanya ... perlakuan yang tidak sama dapat terjadi.

Yang terakhir, saya ingin kemukakan bahwa baik hakim, penyidik atau penuntut, itu mendasarkan pada prinsip non-arrested is principle, arrested is exception. Tidak ditahan adalah prinsipnya, ditahan adalah pengecualian yang kadang-kadang praktiknya terbalik. Ditahan adalah prinsipnya, tidak ditahan adalah pengecualian. Ini kan, persoalan praktik sekali lagi. Secara prinsipal, sudah tepat menurut saya, baik diberikan kepada penyidik atautkah diberikan kepada hakim, dasarnya sama. Non-arrested is principle (tidak ditahan adalah prinsipnya), sedangkan ditahan adalah pengecualian.

Nah, kalau dasarnya sama, apakah kemudian kita bisa menjamin bahwa kalau hakim saja akan menjamin kepastian hukum? Apakah kita bisa memastikan bahwa hakim tidak juga berlaku ... tidak didasarkan kepada asas equality before the law? Kalau menurut saya, sama saja gitu, loh. Apakah itu diberikan kepada hakim, apakah diberikan kepada penyidik kalau dasarnya sama, tentu output-nya akan sama. Nah, di sini masalahnya tentu menurut saya bukan problem norma, tapi masalahnya adalah problem kualitas dari penyidik kita, profesionalitas

dari penyidik kita, dari hukum kita, dan seterusnya, dan itu sekarang ini adalah problem yang utama daripada problem norma ini.

Saya kira itu, Yang Mulia. Terima kasih.

30. KETUA: ANWAR USMAN

Ya, baik. Kuasa Presiden, apa masih ada ahli, atau saksi, atau sudah cukup? Sudah cukup? Baik.

Kalau begitu, maka sidang ini adalah sidang terakhir untuk pembuktian, maka Pemohon dan Kuasa Presiden diberi kesempatan untuk menyerahkan kesimpulan paling lambat tujuh hari, yaitu hari Kamis, tanggal 29 Maret 2018, pukul 10.00 WIB. Saya ulangi, paling lambat hari Kamis, tanggal 29 Maret 2018, pukul 10.00 WIB. Ya, sudah jelas, Pemohon? Kuasa Presiden, sudah jelas?

Baik, terima kasih, Prof. Topo dan Pak Dr. Chairul Huda atas keterangannya.

Dengan demikian, sidang selesai dan ditutup.

KETUK PALU 3X

SIDANG DITUTUP PUKUL 12.42 WIB

Jakarta, 21 Maret 2018
Kepala Sub Bagian Pelayanan Teknis
Persidangan,

t.t.d.

Yohana Citra Permatasari
NIP. 19820529 200604 2 004

Risalah persidangan ini adalah bentuk tertulis dari rekaman suara pada persidangan di Mahkamah Konstitusi, sehingga memungkinkan adanya kesalahan penulisan dari rekaman suara aslinya.