



KONSTITUSI & PANDEMI COVID-19

DISAMPAIKAN DALAM KULIAH UMUM ON LINE YANG DISELENGGARAKAN
OLEH FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS SURABAYA & JIMLY SCHOOL OF LAW
AND GOVERNMENT (JSLG) SURABAYA.

KAMIS, 23 APRIL 2020

Di semua negara konstitusional modern

Konstitusi merupakan aturan-aturan dasar bernegara----- sebagai kesepakatan tertinggi mengenai pola-pola yang diidealkan dalam hubungan

- (i) di antara sesama warga negara,
- (ii) antara warga negara dengan organ-organ atau jabatan-jabatan pemerintahan negara, dan
- (iii) antar organ, lembaga, atau jabatan-jabatan bernegara itu satu sama lain dalam praktik kehidupan berbangsa dan bernegara, serta
- (iv) dalam hubungan antara negara dan warganegara dengan subjek hukum asing, baik dengan warga negara asing, dengan negara lain yang berkepentingan, atau dengan organisasi internasional lainnya, di dalam wilayah negara atau di luar wilayah negara.

Pola-pola hubungan yang diidealkan itu, selalu menekankan

1. prinsip kebebasan dan kemerdekaan,
2. prinsip keadilan dan kesetaraan,
3. prinsip kesejahteraan,
4. prinsip kerukunan, perdamaian dan solidaritas.

Dalam struktur dan sistem ketatanegaraan yang bersifat domestik,

Ada pengaturan mengenai :

- ▶ pola-pola hubungan saling mengimbangi dan saling mengendalikan antar fungsi-fungsi kekuasaan negara (*checks and balances*) di antara antar organ-organ negara,
- ▶ prinsip-prinsip jaminan kebebasan dan hak asasi manusia,
- ▶ mekanisme pengambilan keputusan yang demokratis dan berdasar atas hukum dan konstitusi, sesuai dengan prinsip demokrasi dan negara hukum modern dengan menempatkan cabang kekuasaan kehakiman secara tersendiri sebagai kekuatan pengimbang dan pengendali yang bersifat independen.



- Jika kepentingan politik dan bisnis bersengketa, harus ada pihak ketiga yang diharapkan bersikap imparsiial untuk memutus dengan keadilan.
- Jika cabang kekuasaan eksekutif dan legislatif tidak menemukan solusi untuk keluar dari persengketaan, maka kekuasaan pengadilanlah yang dipercaya untuk memutuskan solusi yang berkeadilan.

KONSTITUSI MODERN

Aturan-aturan konstitusional

Juga memuat ketentuan yang khusus untuk menghadapi keadaan yang bersifat darurat

the state of emergency

Perbedaan antara rezim hukum keadaan normal dan keadaan darurat

- ▶ Dalam keadaan biasa atau norma berlaku hukum yang normal. Jika hukum keadaan normal diterapkan untuk keadaan yang darurat, tidak akan ada keadilan.
- ▶ Demikian pula jika dalam keadaan normal diberlakukan hukum yang seharusnya diperuntukkan bagi keadaan darurat atau tidak normal, maka tidak ada juga keadilan yang dihasilkan.
- ▶ Prinsip yang harus dijadikan pegangan adalah “*normale rechts voor normale tijd, en abnormale rechts voor abnormale tijd*”. (Hukum yang normal untuk waktu yang normal, dan hukum yang abnormal untuk waktu yang abnormal).
- ▶ Keadaan tidak normal dapat membahayakan warga, atau bahkan membahayakan keselamatan bangsa dan negara.

The state of emergency

Mengatur pemberian kewenangan khusus dalam keadaan darurat kepada presiden sebagai pemegang kekuasaan pemerintahan atau kepada otoritas konstitusional lainnya

(emergency powers)

- ▶ mendeklarasikan dan menetapkan berlakunya dan berakhirnya keadaan darurat itu,
- ▶ menerbitkan aturan-aturan yang bersifat sementara selama dalam keadaan darurat dengan menanggihkan pelbagai jaminan hak dan kebebasan, menanggihkan pelbagai proses penegakan hukum dan sebagainya, dan
- ▶ memerintahkan tindakan-tindakan pemerintahan yang dalam keadaan normal dapat dinilai melanggar undang-undang dalam rangka mengatasi dan memulihkan keadaan agar segera kembali menjadi normal serta melakukan tindakan penyelamatan untuk kepentingan seluruh penduduk.

Tujuan Konservatif Emergency powers adalah

- ▶ agar ancaman bahaya dapat diatasi sedemikian rupa sehingga keadaan negara dapat segera kembali pulih dengan sistem hukum yang normal kembali berfungsi.

Menurut hasil studi **John Ferejohn** dan **Paquale Pasquino**, tujuan konservatif tercermin dalam kenyataan sejak zaman Romawi kuno, bahwa pemerintahan eksekutif tidak diperbolehkan mengadakan perubahan sepihak secara permanen terhadap sistem hukum dan konstitusi, kecuali hanya untuk sementara waktu karena timbulnya keadaan darurat.



“Emergency powers, exercised in this conservative way, have long been thought to be a vital and, perhaps, even an essential component of a liberal constitutional—that is, a rights-protecting—government. They are the key to resolving the dilemma faced by such governments when they are under either external or internal attack.”

Menurut John Ferejohn dan Pasquale Pasquino, ada tiga “*models of emergency powers*” dalam perkembangan sejarah, yaitu:

- ▶ Roman Dictatorship model;
- ▶ Neo-Roman Model of Constitutional Emergency Power) Konstitusi Weimar 1919 dan Konstitusi Perancis 1958); “Vested in the elected executive head of government).
- ▶ Legislative Model of Emergency Powers; the law of exception menurut John Ferejohn dan Pasquale Pasquino.

Namun, terlepas dari kekurangan dan kelemahan istilah “*Constitutional Dictatorship*” Sanford Levinson dan Jack M. Balkin, dalam kesimpulan menegaskan:

- ▶ *“The notion of ‘constitutional dictatorship’ may seem at first a contradiction in terms, but it is a reality that every modern democracy (like very ancient one) must eventually face. Whatever problems may attend the design of emergency powers in a constitutional democracy, it would be even worse to slide into patently unconstitutional dictatorships; the past century alone has witnessed far too many examples.”*
- ▶ (Pengertian ‘kediktatoran konstitusional’ mungkin pada awalnya nampak kontradiktif dalam peristilahan, tetapi adalah kenyataan bahwa setiap demokrasi modern (seperti yang sangat kuno) akhirnya harus menghadapinya. Apapun masalah yang terdapat dalam desain kekuasaan darurat dalam demokrasi konstitusional, akan lebih buruk lagi jika dibiarkan berkembang menjadi kediktatoran unkonstitusional; yang pada abad terakhir saja telah begitu banyak kita saksikan contoh-contohnya).

Karena itu, yang terpenting adalah bagaimana kekuasaan pemerintahan darurat dikendalikan dengan efektif dalam pelaksanaannya. Salah satunya dengan memperkuat peran para wakil rakyat di parlemen.

Melengkapi pendapat John Ferejohn dan Pasquale Pasquino, kita dapat mengembangkan pengertian mengenai beberapa model pemerintahan darurat yang tersendiri, yaitu:

- ▶ Roman Classical Model;
- ▶ Weimar and Hitlerian Emergency Power;
- ▶ New-Roman Constitutional Emergency Powers atau “Constitutional Dictatorship”;
- ▶ Model of Unitary Executive Emergency Powers and Distributed Dictatorship;
- ▶ The New Legislative Model of Emergency Powers; dan
- ▶ Model campuran “Executive-Legislative-Judicial checks and balances”, dimana komando tetap di tangan Presiden tetapi terus dikendalikan oleh parlemen dan dapat diuji oleh lembaga peradilan.

Mekanisme Pengendalian Konstitusional

Ada dua mekanisme yang dapat dilakukan untuk mengawasi dan mengendalikan pemerintahan darurat (*emergency powers*).

- ▶ Pertama, pengendalian dilakukan dengan model Romawi atau neo-Romawi yang memisahkan antara pejabat yang mendeklarasikan keadaan darurat dengan pejabat yang melaksanakan kekuasaan pemerintahan darurat.
- ▶ Kedua, dapat pula diterima bahwa kedua fungsi deklarasi dan pelaksana pemerintahan darurat ada di tangan yang sama, tetapi keputusannya dapat terus menerus diawasi oleh lembaga parlemen, dan dapat pula diperkarakan atau diuji di pengadilan atau lembaga lain yang sejenis.

Mekanisme Pengendalian Konstitusional

- ▶ Mekanisme pertama merupakan pengendalian “ex ante” yang didesain untuk memastikan lembaga yang mendeklarasikan tidak mendapatkan keuntungan apa-apa baik secara kelembagaan atau pribadi dengan deklarasi tersebut.
- ▶ Sedangkan alternatif kedua merupakan pengendalian ‘ex post control’ seperti dipraktikkan dalam putusan Mahkamah Agung Amerika Serikat dalam perkara Milligan dan Korematsu.

NEGARA REPUBLIK INDONESIA



- ▶ Berdasarkan UUD 1945, Indonesia sudah menentukan pilihannya, yaitu pilihan kedua dengan tidak memisahkan fungsi deklarasi dengan fungsi pemerintahan pelaksana, tetapi dengan mengatur keadaan bahaya atau keadaan darurat itu dalam Pasal 12 UUD 1945.
- ▶ Ketentuan mengenai syarat-syarat dan akibat-akibat dari keadaan darurat itu diamanatkan oleh UUD 1945 agar diatur lebih lanjut dengan undang-undang.
- ▶ Pasal 12 UUD 1945 jelas menentukan: “Presiden menyatakan keadaan bahaya. Syarat-syarat dan akibatnya keadaan bahaya ditetapkan dengan undang-undang”.

NEGARA REPUBLIK INDONESIA

- ▶ Artinya, Presiden yang menyatakan atau mendeklarasikan keadaan bahaya atau keadaan darurat, dan tentu Presiden pula yang memimpin pemerintahan dalam keadaan darurat itu. Namun, syarat-syarat sebagai “ex-ante control” dan akibatnya keadaan bahaya itu diatur lebih lanjut dalam dan dengan undang-undang yang tersendiri.
- ▶ pelaksanaan pemerintahan darurat itu terus menerus diawasi oleh parlemen, dan keputusan-keputusan serta kebijakan-kebijakannya yang dituangkan dalam bentuk peraturan perundang-undangan dapat dijadikan objek pengujian, baik oleh Mahkamah Konstitusi maupun oleh lembaga peradilan dalam lingkungan Mahkamah Agung.
- ▶ Dengan demikian, mekanisme pengendalian terhadap pemerintahan darurat dalam sistem hukum dan konstitusi Indonesia dapat mencakup “ex ante”, “interim”, dan bahkan “ex post controls”.

John Ferejohn dan Pasquale Pasquino membedakan 4 hal dalam membuat klasifikasi mengenai pengaturan pemerintahan darurat, yaitu:

- ▶ (1) siapa yang mendeklarasikan keadaan darurat;
- ▶ (2) siapa yang menjalankan kekuasaan pemerintahan darurat;
- ▶ (3) siapa yang menyatakan berakhirnya keadaan darurat; dan
- ▶ (4) siapa yang dapat ikut campur menilai atau mengadili pertanyaan-pertanyaan hukum yang berhubungan dengan keputusan-keputusan yang ditetapkan oleh pemerintahan darurat.

Dalam hal ketentuan mengenai keadaan darurat ini hendak dimuat dalam UUD, maka diidealkan agar ketentuan konstitusi juga memuat mengenai keempat hal itu, yaitu:

- ▶ (i) qua deklarasi (*qua-declaration*);
- ▶ (ii) qua-pelaksana kekuasaan (*qua-exercise*);
- ▶ (iii) qua-penentu pengembalian kepada keadaan normal (*qua reestablishment of normality*), dan
- ▶ (iv) qua pengkendali terhadap pelaksanaan pemerintahan darurat.

model yang dianjurkan John Ferejohn dan Pasquale Pasquino tidak cocok dengan pemerintahan republik dengan sistem presidential seperti Indonesia.

- ▶ Pertama kekuasaan negara dalam keadaan darurat tidak mungkin dikonstruksikan berada di tangan DPR, DPD, ataupun MPR. Dalam sistem pemerintahan presidential, Presiden lah yang merupakan kepala negara dan kepala pemerintahan, yang memegang kekuasaan asli dan sekaligus kekuasaan sisa.
- ▶ Dalam sistem presidential, pusat kekuasaan yang berasal dari rakyat itu ada di tangan Presiden, kecuali yang menurut UUD dan UU sudah dengan tegas diberikan kepada lembaga-lembaga negara lainnya, yang tidak dapat lagi dicampuri oleh Presiden.
- ▶ Di luar semua kekuasaan yang sudah diatur dan dibatasi itu, tetap adalah kekuasaan rakyat yang dimandatkan kepada Presiden untuk menjalankannya dengan sebaik-baiknya untuk kepentingan rakyat yang berdaulat.

Oleh sebab itu, model legislatif yang diidealkan oleh John Ferejohn dan Pasquale Pasquino tidak cocok untuk diterapkan di Indonesia berdasarkan Pancasila dan UUD 1945.

Ke-empat aspek yang dibahas oleh Ferejohn dan Pasquino tersebut di atas, juga dapat dikatakan kurang lengkap.

- ▶ Karena dalam praktik di Indonesia, kita dapat membedakan antara pengawasan yang dilakukan oleh lembaga perwakilan rakyat atau parlemen, dengan pengawasan dan pengendalian yang dilakukan oleh lembaga peradilan yang dapat berlangsung simultan.
- ▶ Selama pelaksanaan pemerintahan darurat dan akibat hukum keputusan, kebijakan, dan tindakan pemerintahan darurat terus menerus dapat diawasi oleh DPR dan DPD sesuai kewenangan konstitusionalnya masing-masing, serta
- ▶ dapat terus menerus terbuka untuk diperkarakan di pengadilan oleh siapa saja yang berkepentingan untuk mendapatkan keadilan.

Di Indonesia Objek pengawasan dan pengujian terdiri atas

- (a) keputusan-keputusan administrasi negara atau keputusan tata usaha negara,
- (b) produk peraturan perundang-undangan yang memuat kebijakan-kebijakan pemerintahan dan pembangunan selama keadaan darurat, ataupun
- (c) tindakan-tindakan pemerintahan yang dinilai merugikan hak-hak konstitusional dan hak-hak perdata warganegara.

- ▶ **Semua itu dapat diawasi dan dinilai secara politik oleh lembaga politik di parlemen, atau dinilai, diuji, dan diadili di forum peradilan sesuai dengan kewenangannya masing-masing.**
- ▶ **Pengadilan Tata Usaha Negara mengadili produk-produk keputusan administrasi negara atau tata usaha negara.**
- ▶ **Pengadilan Negeri memeriksa, memutus, dan mengadili gugatan perdata ataupun tuntutan pidana.**
- ▶ **Mahkamah Agung menguji legalitas peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang, dan**
- ▶ **Mahkamah Konstitusi menguji undang-undang ataupun Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar.**

Sistem Konstitusi Indonesia

- ▶ Sesungguhnya sudah jauh lebih maju dari apa yang dikaji dan ditawarkan oleh John Ferejohn dan Pasquale Pasquino.
- ▶ Sayangnya, ketentuan Pasal 12 UUD 1945 sebagai satu-satunya pasal yang mengatur mengenai soal ini sama sekali belum dipahami dengan benar, dan kebanyakan orang menghindari untuk mengatur penjabarannya lebih lanjut dengan undang-undang.
- ▶ Akibatnya sampai sekarang, ketentuan penjabaran Pasal 12 UUD 1945 yang masih berlaku “*de-jure*” hanya UU No 23 Tahun 1959 yang sudah sangat ketinggalan zaman.

- ▶ praktik penerbitan PERPU No. 1 Tahun 2020, yang sama sekali tidak ditetapkan dalam rangka pemberlakuan keadaan darurat Covid-19 berdasarkan Pasal 12 UUD 1945. PERPU ini sama saja dengan PERPU-PERPU lainnya yang ditetapkan oleh Presiden karena pertimbangan kegentingan yang memaksa berdasarkan Pasal 22 UUD 1945, bukan dalam menghadapi dan menangani ancaman bahaya yang besar dan demikian seriusnya yang terkait dengan ancaman terhadap keselamatan rakyat, bangsa, dan bahkan eksistensi negara seperti yang dimaksud oleh Pasal 12 UUD 1945.
- ▶ Semua UU yang mengatur keadaan krisis, bencana, atau kondisi darurat, tidak satupun yang mencantumkan Pasal 12 UUD 1945 sebagai rujukan yang “menakutkan” ini.
- ▶ UU No. 24 Tahun 2007 tentang Penanggulangan Bencana, UU No. 9 Tahun 2016 tentang Pencegahan dan Penanganan Krisis Sistem Keuangan, UU No. 6 Tahun 2008 tentang Karantina Kesehatan, dan bahkan PERPU No. 1 Tahun 2020, tidak satupun menyebut Pasal 12 UUD 1945 sebagai rujukan.
- ▶ Akibatnya, semua menjadi serba salah. Keadaan sudah terlanjur sebagai keadaan darurat “de-facto” (emergency de-facto) tetapi tidak diakui sebagai keadaan darurat secara “de-jure” (emergency de-jure).

- ▶ Karena PERPU No. 1 Tahun 2020 sama sekali tidak menyebutkan Pasal 12 UUD 1945 dalam 'kondisinya mengingat'nya, maka dapat dipastikan bahwa PERPU ini secara substansif-konstitusional sama sama status hukumnya dengan UU No. 24 Tahun 2007 tentang Penanggulangan Bencana, dan dengan UU No. 6 Tahun 2018 tentang Karantina Kesehatan.
- ▶ Ketiganya adalah UU yang diberlakukan dalam keadaan normal. Dengan demikian, pelaksanaan ketiga UU ini tidak boleh melanggar undang-undang yang lain, melanggar hak-hak asasi manusia, atau apalagi melanggar UUD 1945.
- ▶ Jika ketiganya melanggar UUD 1945, maka asalkan ada yang mengajukan permohonan pengujian atas konstitusionalitasnya, Mahkamah Konstitusi kapan saja dapat membatalkan atau menyatakan ketiga undang-undang ini tidak berlaku karena terbukti melanggar UUD 1945. Ketiga UU ini hanya dapat diberikan pengecualian konstitusional, jika keadaan yang menjadi dasar berlakunya adalah keadaan darurat sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 12 UUD 1945.

Mekanisme pengendalian konstitusional terhadap pemerintah darurat menurut sistem konstitusi Indonesia dapat digambarkan secara komprehensif, mulai dari tahap penentuan atau pemberlakuan (*ex-ante control*), pada tahap penyelenggaraan pemerintahan darurat (*interim control*), dan pada tahap pengakhiran keadaan darurat (*ex-post control*). Menurut sistem yang berlaku berdasarkan Pasal 12 UUD 1945, dapat dirumuskan prinsip-prinsip ketentuan sebagai berikut:

- ▶ Penentu deklarasi keadaan bahaya atau keadaan darurat adalah Presiden (*qua-declaration*) yang sekaligus adalah juga pejabat pelaksana pemerintahan darurat sebagai pemegang tanggungjawab tertinggi pemerintahan (*qua-exercise*);
- ▶ Namun, untuk menetapkan berakhirnya keadaan bahaya atau darurat (*qua reestablishment of normality*) sebaiknya dipastikan dengan tegas dengan atau dalam undang-undang bahwa yang berwenang untuk menentukan hal itu adalah DPR sebagai pengawas pemerintahan darurat dan sekaligus sebagai pemegang kekuasaan membentuk UU sebagaimana dimaksud oleh Pasal 5 ayat (1) UUD 1945;
- ▶ Di samping itu, selama keadaan darurat berlangsung, pemerintahan darurat terus harus diawasi oleh lembaga perwakilan rakyat, baik oleh DPR maupun DPD, untuk menjalankan fungsi pengawasan politik dengan sebaik-baiknya;
- ▶ Selama masa pemerintahan darurat, lembaga peradilan juga harus efektif memastikan bahwa kebijakan dan tindakan pemerintahan berlangsung dengan keadilan berdasarkan hukum dan konstitusi.

PEMERINTAHAN DARURAT MENURUT HUKUM INDONESIA

- ▶ Harus dibangun dengan pengawalan konstitusional yang ketat.
- ▶ Tanpa pengawalan atau pengendalian, kekuasaan keadaan darurat mudah terperosok ke dalam kediktatoran yang tidak terkendali.
- ▶ Dapat terjadi zaman sudah berubah tetapi rezim politiknya terus berkuasa dengan menunggangi atau menyalahgunakan rezim hukum keadaan darurat.
- ▶ Sebaliknya, dapat pula terjadi, rezim politik sudah berganti, tetapi rezim hukumnya terus dipelihara untuk keuntungan dan kemudahan kekuasaan oleh rezim baru yang ingin menikmati kekuasaan tanpa kendali.
- ▶ Atau, dapat pula terjadi bahwa hukum keadaan darurat itu terus dipertahankan untuk dipakai sebagai sarana melembagakan proses pergantian rezim politik dari waktu ke waktu dengan mengabaikan pelembagaan sistem pergantian kekuasaan secara konstitusional menurut UUD.

KESIMPULAN

Ada 2 (dua) pembenar untuk menyatakan pentingnya memuat ketentuan mengenai keadaan darurat dalam undang-undang dasar.

- ▶ **Pertama**, di dalam sistem pemerintahan negara yang berbentuk republik, standar yang diperlukan untuk melindungi kebebasan dan hak asasi manusia dalam keadaan darurat terlalu rumit untuk menjaga dan melestarikan prinsip-prinsip republik itu sendiri, sehingga ketentuan mengenai hal ini harus dituangkan dalam hukum tertinggi, yaitu konstitusi.
- ▶ Dalam sistem dikator, pengambilan keputusan cukup ditentukan oleh satu orang, tetapi dalam sistem republik, suara rakyat tercermin dalam banyak orang yang mewakili rakyat yang berdaulat, dan tercermin di banyak institusi bernegara yang cenderung lamban dalam proses pengambilan keputusan.
- ▶ Karena itu, di negara republik yang demokratis diperlukan pengaturan khusus mengenai keadaan berbahaya yang bersifat darurat dan mendesak itu dalam konstitusi.

KESIMPULAN

- ▶ **Kedua**, pentingnya ketentuan mengenai pemerintahan darurat itu dimuat dalam konstitusi untuk melindungi sistem hukum yang beroperasi rutin dalam keadaan normal dari apa yang terjadi dalam keadaan darurat.
- ▶ Bagi kelompok dualis, dalam konstitusi memang harus ada ketentuan yang dimuat mengenai dua sistem hukum sekaligus, yaitu sistem hukum keadaan normal, dan sistem hukum keadaan abnormal. Yang pertama beroperasi dalam keadaan normal untuk melindungi kebebasan dan hak-hak asasi manusia, sedangkan yang kedua yang cocok untuk berurusan dengan keadaan darurat.
- ▶ Karena itu, tidak ada tempat lain yang lebih tepat untuk mewadahi pengaturan mengenai sistem hukum yang kedua ini, kecuali seharusnya dalam UUD sebagai sumber hukum tertinggi dalam kegiatan bernegara.

Mengapa negara demokrasi konstitusional terbesar ketiga Republik Indonesia sangat gamang dan takut dengan pemanfaatan ketentuan Pasal 12 UUD 1945 sebagai satu-satunya pasal yang mengatur keadaan bahaya dalam sistem hukum Indonesia?

- ▶ **Pertama**, Sebagian terbesar sarjana hukum Indonesia, termasuk para professorya terjebak ke dalam ketidakmengertian yang akut sehingga tidak dapat membedakan antara rezim Hukum Tata Negara Normal dan rezim Hukum Tata Negara Darurat.
- ▶ **Kedua**, trauma sejarah untuk menerapkan UU No. 23 Tahun 1959 yang sudah sangat ketinggalan zaman itu. Apalagi sesudah reformasi, UUD 1945 yang dijadikan referensi UU tentang Keadaan Bahaya itupun sudah sangat jauh berubah. keadaan darurat sebagaimana diatur dalam UU No. 23 Tahun 1959 yang berasal dari PERPU itu pada mulanya memang dibentuk dalam suasana perang dan konflik bersenjata setelah Dekrit Presiden 5 Juli 1959. Karena itu, isi kebijakan yang terdapat di dalamnya sangat berbau perang dan bernuansa serba militer. Selama masa Orde Lama, dan juga masa Orde Baru, keadaan darurat ini juga sering disalahgunakan untuk kepentingan kekuasaan menurut tafsir penguasa sendiri.