

**PERAN *DISSENTING OPINION* HAKIM KONSTITUSI
DALAM PEMBAHARUAN HUKUM NASIONAL**
(The Role of Dissenting Opinion of Constitutional Judges in National Legal Reform)

Sunny Ummul Firdaus; Putri Anjelina Nataly Panjaitan; Rizky Kurniyanto Widyasmito
Fakultas Hukum Universtas Sebelas Maret, Surakarta
Pusdemtanans LPPM Universtas Sebelas Maret, Surakarta
Firdaussunny@yahoo.com

Tulisan Diterima: 17-01-2020; Direvisi: 06-03-2020; Disetujui Diterbitkan: 06-03-2020

DOI: <http://dx.doi.org/10.30641/dejure.2020.V20.1-10>

ABSTRACT

In the current legal culture in the judiciary, judges have the freedom to carry out judicial activism, including different opinions with other judges who form decisions. Not a few decisions were taken without acclamation, because there are judges who submit dissenting opinion. This paper outlines dissenting opinion as an alternative reference for judges, especially constitutional judges, in carrying out legal reform. This is necessary so that dissenting opinion as alternative legal narratives can enrich and encourage future legal developments. The results showed that dissenting opinion is a product of the interpretation of constitutional judges whose existence guarantees that a decision is born from a futuristic debate. Even though they have no legal power, dissenting opinion can be used as an alternative reference for constitutional judges in examining relatively similar cases. This is because the issue of constitutionality is a growing issue, often even becoming a reference in significant legal reform, so that constitutional judges must explore the law from a variety of relevant perspectives, including making dissenting opinion an alternative reference. This study is expected to be a compass that can show the direction of legal reform going forward.

Keywords: *dissenting opinion; reference for judges; constitutional judges; legal reform*

ABSTRAK

Dalam kultur hukum di peradilan saat ini, hakim memiliki kebebasan dalam melaksanakan aktivisme yudisial, termasuk berselisih pendapat dengan hakim lainnya yang membentuk putusan. Tidak sedikit putusan yang diambil tanpa aklamasi, karena terdapat hakim yang mengajukan *dissenting opinion*. Tulisan ini menguraikan mengenai *dissenting opinion* sebagai alternatif referensi bagi hakim, khususnya hakim konstitusi, dalam melakukan pembaharuan hukum. Hal ini diperlukan agar *dissenting opinion* sebagai narasi hukum alternatif dapat memperkaya dan memberikan dorongan perkembangan hukum di masa depan. Hasil penelitian menunjukkan bahwa *dissenting opinion* merupakan produk penafsiran hakim konstitusi yang keberadaannya memberikan jaminan bahwa suatu putusan lahir dari perdebatan yang futuristik. Kendati tidak memiliki kekuatan hukum, *dissenting opinion* dapat dijadikan sebagai alternatif referensi bagi hakim konstitusi dalam memeriksa perkara yang relatif sama. Hal ini dikarenakan persoalan konstusionalitas merupakan isu yang terus berkembang, bahkan seringkali menjadi acuan dalam pembaharuan hukum yang signifikan, sehingga hakim konstitusi harus menggali hukum dari berbagai perspektif yang relevan, termasuk di dalamnya menjadikan *dissenting opinion* sebagai alternatif referensi. Telaah ini diharapkan mampu menjadi kompas yang dapat menunjukkan arah pembaharuan hukum kedepannya.

Kata kunci: *dissenting opinion; referensi hukum; hakim konstitusi; pembaharuan hukum*

PENDAHULUAN

Tinjauan sejarah mengungkapkan bahwa meskipun sedikit dan terisolasi, ada beberapa contoh pengakuan *dissenting opinion* dalam tradisi hukum sipil. Bahkan semakin berkembang tidak hanya pada peradilan umum, namun juga pada peradilan konstitusional.¹ Pemberlakuan *dissenting opinion*, sejalan dengan semangat keterbukaan. Jika pembacaan putusan majelis hakim bersifat terbuka, maka sudah semestinya proses pembentukan putusan itu pun terbuka.

Dissenting opinion hakim konstitusi merupakan esensi kebebasan personal hakim dalam rangka menemukan kebenaran materiil. Kebebasan dalam menyampaikan pandangan yang berbeda terhadap suatu perkara merupakan perwujudan dari kebebasan eksistensial hakim, yakni salah satu jenis kebebasan yang paling tinggi dan mencakup seluruh eksistensi dan personal hakim yang tidak terbatas terhadap satu aspek. Kebebasan eksistensial ini mendorong hakim untuk mewujudkan eksistensi hakim secara kreatif dalam merealisasikan pandangannya secara mandiri, berdikari dan tanpa adanya intervensi dari pihak manapun.²

Secara yuridis, Undang-Undang Mahkamah Konstitusi memberikan kebebasan kepada hakim konstitusi untuk menafsirkan konstitusionalitas suatu norma, sehingga dalam waktunya memutus perkara, posibilitas putusan yang mengandung *dissenting opinion* masih besar. Menurut Simon Butt, penyampaian *dissenting opinion* dalam suatu putusan oleh hakim konstitusi telah menjadi praktik yang jamak dilakukan sejak permulaan MK berdiri.³ Awalnya, terdapat kekhawatiran bahwa pengumuman secara terbuka akan memperlihatkan bahwa putusan tidak memiliki otoritas dan argumentasi yang kuat atau setidaknya menunjukkan adanya ketidakstabilan putusan yang dikeluarkan. Akan tetapi, seiring berjalannya waktu, praktik pemuatan *dissenting*

opinion tersebut dapat meningkatkan kepercayaan publik terhadap MK.

Konstitusi dan Demokrasi (Kode) tahun 2016 menyebutkan bahwa dari keseluruhan putusan yang diambil oleh Mahkamah Konstitusi (MK) tahun 2004-2016, terdapat sekitar 115 putusan yang didalamnya memuat *dissenting opinion*.⁴ Angka *dissenting opinion* ini terus bertambah, terutama yang terkenal adalah *dissenting opinion* 4 (empat) orang hakim konstitusi pada perkara terkait dengan hak angket KPK oleh DPR pada tahun 2018 lalu.⁵ Sebagian besar *dissenting opinion* memang seringkali terjadi pada pengujian undang-undang yang berkaitan dengan proses politik, seperti UU Pemilu, UU Pilpres dan UU Pilkada, sedangkan lainnya adalah pengujian terhadap UU yang berkaitan dengan penegakan hukum, seperti dalam pengujian UU KPK, Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, UU Pornografi, dan lainnya. Termasuk juga *dissenting opinion* terhadap Perppu.⁶ Postur putusan yang mengandung *dissenting opinion* dengan jumlah yang besar ini tentu mengundang pertanyaan terkait dengan bagaimana *dissenting opinion* ini dapat 'bekerja' dalam hukum acara MK.

Beberapa diantara hakim konstitusi memiliki pandangannya masing-masing dalam menghadapi suatu perkara. Ada putusan yang terdapat satu orang hakim yang melakukan *dissenting*, namun tidak sedikit juga putusan yang terdapat sebanyak empat orang hakim yang *dissenting*. Komposisi lima berbanding empat (5:4) dalam suatu putusan MK menunjukkan ruang rasionalitas hakim menjadi sangat terbuka. Putusan tersebut memperlihatkan pergulatan pemikiran hakim terhadap suatu perkara yang memerlukan pertimbangan hukum yang signifikan. Di sisi lain, perbandingan ini justru menunjukkan kualitas dari putusan yang terbentuk tidak memenuhi representatif penuh dari majelis hakim. Kendatipun lima hakim sudah

1 Katalin Kelemen, "Dissenting Opinions in Constitutional Courts", *German Law Journal*, Vol. 14, No. 08, (2013): 1351.
2 Tata Wijayanta dan Hery Firmansyah, *Perbedaan Pendapat dalam Putusan Pengadilan*, (Yogyakarta: Pustaka Yustisia, 2011), 75.
3 Simon Butt, *The Constitutional Court and Democracy in Indonesia*, (Leiden and Boston: Brill Nijhof, 2015), 67.

4 Veri Junaidi, dkk., *Tiga Belas Tahun Kinerja Mahkamah Konstitusi Dalam Memutus Pengujian Undang-Undang*, (Jakarta: Konstitusi dan Demokrasi Inisiatif, 2016), 17-20.
5 Mei Susanto, Hak Angket DPR, KPK dan Pemberantasan Korupsi, *Jurnal Integritas*, Volume 4, Nomor 2, Desember 2018.
6 Muhammad Reza Winata, "Politik Hukum dan Konstitusionalitas Kewenangan Pembubaran Organisasi Kemasyarakatan Berbadan Hukum oleh Pemerintah", *Jurnal Penelitian Hukum De Jure*, Volume 18, Nomor 4 (2018): 445 - 464.

cukup untuk membuat putusan tersebut sah dan memiliki kekuatan hukum tetap, namun timbul pertanyaan terkait dengan legitimasi putusan tersebut terhadap putusan yang diputus secara aklamasi.

Dalam berbagai kasus yang dikategorikan 'hard case', sangat terbuka ruang untuk pertarungan paradigma antar hakim konstitusi. Tamanaha bahkan menyebutkan bahwa "*What jurists refer to as 'hard cases' usually fall into one of the two preceding categories: cases involving gaps, conflicts, or ambiguities in into one of the two preceding categories: cases involving gaps, conflicts, or ambiguities in the law, and cases involving bad rules or bad results. It confuses matters to lump the two together under the same label because they raise distinct dilemmas*".⁷ Jadi secara alamiah, ketika dihadapkan pada perkara yang rumit, hakim konstitusi bisa memiliki pandangan yang berbeda-beda.

Adanya putusan MK yang memiliki *dissenting opinion* tentunya masih menjadi perdebatan di kalangan ahli. Sebagian ahli menilai bahwa putusan tersebut sepanjang telah memenuhi ketentuan UU dan prosedur beracara yang benar, maka memiliki dasar pemberlakuan yang mengikat. Namun sebagian ahli menilai bahwa putusan MK yang demikian itu apabila diterapkan di Indonesia secara penuh, tidak memiliki kebermanfaatan bagi para pihak. Bahkan, meskipun *dissenting opinion* itu disatukan dalam naskah putusan, yang akan diterapkan secara definitif ialah putusan dari mayoritas hakim itu sendiri. Pandangan lain semakin kritis, ketika menyebut putusan yang diambil dengan selisih satu orang hakim, seharusnya tidak diputuskan atas dasar majelis hakim. Namun dikembalikan kepada legislatif sebagai *open legal policy*.

Perdebatan mengenai putusan MK yang mengandung *dissenting opinion* tentunya perlu diselesaikan secara akademis melalui pengkajian secara ilmiah dan mendalam. *Dissenting opinion* merupakan warisan sistem peradilan kontemporer yang dapat menjadi rujukan bagi hakim dalam melakukan penalaran hukum, karena *dissenting opinion* merupakan uraian argumentasi hakim pada suatu perkara tertentu. Tidak sedikit ahli yang menyebutkan bahwa *dissenting opinion*

dapat menjadi alternatif pembaharuan hukum kedepannya, karena memuat gagasan-ide orisinal yang berbeda dari sifat putusan yang terkadang masih kasuistis.

Dissenting opinion sebagai alternatif dalam rangka pembaharuan hukum tidak bisa dilepaskan dari latar belakang hakim konstitusi. Hakim Konstitusi adalah seorang negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan, sehingga sifat keahliannya tidak bisa dihilangkan, kendati pun memegang jabatan sebagai hakim konstitusi yang terikat oleh peraturan yang terkait institusinya. Sifat keahlian itu terjelma dari setiap keputusan yang diambil yang berdasarkan pada pertimbangan berbasiskan pengetahuan dan pengalamannya dalam bidang konstitusi dan ketatanegaraan. Hal ini menunjukkan bahwa seharusnya *dissenting opinion* tidak hanya dijadikan sebagai 'ornamen' pengadilan semata, melainkan dijadikan sebagai bagian terpenting dalam hukum acara di MK.

Opini hakim disenter adalah bukti konkret bahwa hakim konstitusi menafsirkan berdasarkan latar belakangnya yang seorang ahli. Argumentasi yang disampaikan selalu berkenaan dengan penafsirannya secara individu terhadap suatu perkara. Kendati saat ini tidak bersifat mengikat, namun *dissenting opinion* berisi pengetahuan hakim yang digali dari pengalamannya di bidang konstitusi dan ketatanegaraan. Oleh sebab itu, penulis menilai bahwa opini hakim disenter merupakan bagian dari *expert opinion*, yang dapat menjadi kunci dalam perkembangan hukum di Indonesia.

Berdasarkan uraian di atas, penulis menilai perlu untuk mengkaji secara mendalam mengenai *dissenting opinion* dalam praktik di MK serta bagaimana peranannya apabila dijadikan sebagai referensi bagi hakim konstitusi lainnya dalam rangka pembaharuan hukum. Hal ini diperlukan mengingat hukum selalu berkembang mengikuti perkembangan zaman, sedangkan tatkala putusan pengadilan tidak bisa mengakomodir, ada alternatif lain yang bisa jadi telah diuraikan secara komprehensif dalam suatu *dissenting opinion* pada perkara yang relatif sama sebelumnya.

7 Brian Z. Tamanaha, *Beyond The Formalist-Realist Divide, The Role of Politics in Judging*, (New Jersey: Princeton University Press, 2010), 192.

METODE PENELITIAN

Jenis penelitian dalam penelitian hukum ini adalah penelitian hukum (*legal research*). Penelitian ini bertujuan untuk menemukan dan mendeskripsikan kerangka konsep pada hukum positif (hukum tertulis). Penelitian ini menggunakan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) yang berkaitan dengan Mahkamah Konstitusi beserta hukum acaranya (khususnya mengenai *dissenting opinion*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*) yang berkaitan dengan doktrin-doktrin atau prinsip-prinsip tentang *dissenting opinion* yang selanjutnya menjadi gambaran konseptual dari gagasan yang dikembangkan. Penelitian ini menggunakan metode penalaran (silogisme). Metode ini berpangkal dari pengajuan premis mayor kemudian diajukan premis minor dan dari kedua premis tersebut ditarik suatu kesimpulan atau *conclusion*.

PEMBAHASAN DAN ANALISIS

A. Perkembangan *Dissenting Opinion* di Mahkamah Konstitusi

Paradigma ber hukum menitikberatkan mengenai bagaimana seorang hakim dapat menemukan keadilan substantif dengan cara memberikan perlakuan yang adil terhadap hak dan kewajiban. Hal ini dapat ditempuh apabila hakim memiliki kebebasan dalam menilai dan menafsirkan yang seringkali diasosiasikan dengan istilah aktivitas yudisial hakim (*judicial activism*)⁸. Brian Galligan dalam (Judith Bannister) mendefinisikan *judicial activism* sebagai kontrol atau pengaruh oleh lembaga peradilan terhadap institusi politik dan administratif.⁹

Istilah aktivitas yudisial adalah sama dengan "*judicial behaviour*" yang mengacu pada apa yang seorang hakim lakukan. Lawrence Baum menyebutnya sebagai "...the most consequential forms of judicial behaviour typically consist of decisions or contributions to decisions".¹⁰ Fungsi hakim adalah bagaimana menemukan interpretasi

yang tepat guna menghasilkan putusan yang berkeadilan. Mengenai kompleksitas hakim dalam memutus perkara, Charles Geyh menyebutkan bahwa "...the judges are complicated creatures whose decisions are variously influenced by law, ideology, strategic objectives, self-interest, and the audiences they address is neither...".¹¹

Aktivitas yudisial seorang hakim membuka ruang bagi suatu penafsiran yang berbeda antara satu hakim dengan hakim lainnya. Perbedaan pendapat atau *dissenting opinion* ini merupakan praktik yang secara alamiah berkembang pada negara *common-law*, kemudian diadopsi pada negara-negara yang mulai melihat *dissenting opinion* sebagai bentuk peneguhan institusi pengadilan yang merdeka. Hakim diberikan kewenangan untuk menafsirkan secara tersendiri suatu perkara, kendati tetap terikat oleh prinsip, asas dan peraturan yang berlaku. Hal ini juga menunjukkan bahwa suatu putusan tidak diambil berdasarkan kompromi, sesuatu yang menurut Dyson Heydon, hanya bisa terjadi pada pengadilan yang 'memaksa' keputusan harus selalu bulat.¹²

Tidak hanya pada pengadilan biasa, *dissenting opinion* juga berkembang pesat pada pengadilan konstitusional di negara-negara Eropa Timur dan Eropa Tengah, khususnya pada perkara *judicial review*. Istilah *judicial review* perlu dibedakan dengan *executive review* atau *legislative review*.¹³ Jerman adalah salah satu negara yang menjadi rujukan dalam penerapan *dissenting opinion* di pengadilan konstitusinya (*the Federal Constitutional Court of Germany*). Dalam Pasal 30 ayat 2 *The Federal Constitutional Court Act*, disebutkan bahwa "...the judge who expresses a differing view on the decision or its reasoning, may set forth these views in a dissenting opinion, which shall be annexed to the decision,".

Pengadilan konstitusional adalah institusi *sui generis*, karena mereka menggabungkan institusi peradilan (*dispute resolution*) dan politik (*lawmaking*). Mereka hanya terikat oleh

8 Istilah ini pertama kali diperkenalkan oleh Arthur Schlesinger pada Januari 1947 dalam majalah *Fortune*. Lihat dalam Keenan D. Kmiec, "The Origin and Current Meanings of 'Judicial Activism'", *California Law Review*, vol. 92, Issue 5, (2004): 1446.
9 Judith Bannister, *Government Accountability*, (Port Melbourne: Cambridge University Press, 2015), 390.
10 Lawrence Baum, *The Puzzle of Judicial Behavior*, (Ann Arbor: Michigan University Press, 2005), 2.

11 Charles G Geyh, "Can Rule of Law Survive Judicial Politics?", *Cornell Law Review*, No 97 (2012): 222.
12 Dyson Heydon, "Threats to Judicial Independence: The Enemy Within", *Law Quarterly Review*, No. 129 (2013): 205.
13 Taufik H. Saimatupang, "Mendudukan Konsep Executive Review dalam Sistem Hukum Ketatanegaraan Indonesia", *Jurnal Penelitian Hukum De Jure*, Volume 19, Nomor 2, (2019): 217-230.

undang-undang yang mengaturnya, sehingga tidak bisa dipengaruhi oleh basis kepentingan politik manapun.¹⁴ Hal ini dikarenakan pengadilan konstitusional memiliki tugas etik untuk menjaga konstitusi. Karena fungsinya tersebut, pengadilan konstitusional adalah ruang yang ideal untuk berkembangnya *dissenting opinion*, karena bisa memainkan peran penting dalam memperkaya debat konstitusi dan dapat membantu proses evolusi hukum konstitusi kedepannya. Dalam kultur politik di Jerman, *dissenting opinion* telah meningkatkan kepercayaan masyarakat terhadap institusi tersebut.

Secara eksplisit, tidak ada pengaturan tentang *dissenting opinion* dalam UU Mahkamah Konstitusi. Frase yang dipakai adalah “*pendapat anggota majelis hakim yang berbeda*”. Pendapat yang berbeda menurut Jimly, dibedakan menjadi dua yaitu *dissenting opinion* dan *concurrent opinion* atau *consenting opinion*.¹⁵ Suatu putusan dianggap sebagai *concurring* apabila terdapat argumentasi anggota majelis hakim yang berbeda dengan mayoritas anggota majelis hakim yang lain namun tidak berimbas pada perbedaanamar putusan. Di sisi lain, suatu putusan dikatakan *dissenting* jika pendapat suatu anggota majelis hakim berbeda dengan pendapat mayoritas anggota majelis hakim yang lain dan perbedaan tersebut tak sekedar dalam hal penalaran saja, melainkan sampai menyentuh pada amar putusan.

Penjabaran lebih lanjut dari UU Mahkamah Konstitusi tertuang dalam Peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK). Dalam kaitannya dengan hukum acara pengujian undang undang, MK telah mengeluarkan PMK No. 6/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang. Secara spesifik, ketentuan tentang pendapat berbeda diatur dalam pasal 32 ayat (6). Bunyi lengkap dari ketentuan dalam pasal tersebut adalah “*Pendapat Hakim Konstitusi yang berbeda terhadap putusan dimuat dalam putusan, kecuali hakim yang bersangkutan tidak menghendaki*”. Dengan pengaturan yang demikian, bisa ditafsirkan bahwa bisa saja hakim memiliki pendapat yang berbeda, namun

pendapatnya tersebut tidak tertuang dalam putusan.

Penyampaian *dissenting opinion* dalam suatu putusan oleh hakim konstitusi telah menjadi praktik yang jamak dilakukan sejak permulaan MK berdiri. Secara kelembagaan, MK sendiri merupakan suatu kemajuan bagi kelangsungan hukum bangsa Indonesia.¹⁶ Awalnya, terdapat kekhawatiran bahwa pengumuman *dissenting opinion* secara terbuka dalam suatu putusan akan memperlihatkan bahwa putusan tidak memiliki otoritas dan argumentasi yang kuat atau setidaknya menunjukkan adanya ketidakstabilan putusan yang dikeluarkan. Akan tetapi, dalam perjalanan waktu, praktik pemuatan alasan dan pendapat berbeda tersebut justru dapat meningkatkan kepercayaan publik terhadap Mahkamah karena adanya transparansi dan peningkatan legitimasi serta akuntabilitas putusan yang dikeluarkan. Selain itu, pendapat berbeda pada umumnya dapat menjadi basis bagi penajaman dan perubahan hukum ataupun putusan di masa mendatang.¹⁷

Praktik *dissenting opinion* berkembang secara signifikan di MK. Sejak kehadirannya tahun 2003, *dissenting opinion* telah menjadi bagian dari pilihan hakim dalam memutus perkara. Dalam banyak putusan, hakim menggunakan haknya untuk berselisih dengan mayoritas, sebagaimana dicontohkan di atas. Simon Butt menjelaskan bahwa *dissenting opinion* di Indonesia terbagi menjadi dua kategori besar sesuai dengan periode kepemimpinan: Tahun 2004-2008 adalah periode awal MK yang dipimpin oleh hakim Jimly Asshiddiqie, dengan *dissenting opinion* yang gemuk, yaitu berjumlah 54 *dissenting opinion* dari 153 putusan MK. Periode ini diisi oleh hakim konstitusi yang cenderung menganut aliran progresif. Sedangkan periode 2009-seterusnya, adalah periode yang mengalami penurunan dari segi jumlah *dissenting opinion*, meskipun jumlah putusan yang dikeluarkan MK terus bertambah.¹⁸

14 Rudolf Streinz, “The Role of the German Federal Constitutional Court Law and Politics”, *Ritsumeikan Law Review*, No. 31 (2014): 95-118.

15 Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2012), 289-291.

16 Ahmad Yani, “Sistem Pemerintahan Indonesia: Pendekatan Teori dan Praktek Konstitusi Undang-Undang Dasar 1945”, *Jurnal Ilmiah Kebijakan Hukum*, Volume 12, Nomor 2, (2018): 119 – 135.

17 Peter W. Hogg dan Ravi Amarnath, “Why Judges Should Dissent”, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 67, No. 2, (2017): 126-141.

18 Simon Butt, “The Function of Judicial Dissent in Indonesia’s Constitutional”, *Constitutional Review*, Vol. 4, No. 1, (2018): 11.

Kendati *dissenting opinion* MK cenderung berkurang akhir-akhir ini, namun kemerdekaan hakim konstitusi dalam menyampaikan pendapatnya yang tetap dipertahankan, memberikan kepastian bahwa dalam setiap putusan MK, selalu berpotensi ada hakim konstitusi yang mengajukan *dissenting opinion*. Hal ini menunjukkan bahwa pengaruh *dissenting opinion* tidak bergantung dari banyaknya hakim yang mengajukan, melainkan dari argumentasi yang dibangun oleh hakim tersebut untuk perkembangan hukum kedepannya.

B. Peran *Dissenting Opinion* dalam Hukum Acara di Mahkamah Konstitusi

Joe McIntyre menyebutkan beberapa hal yang menjadi peran dari *dissenting opinion*, yaitu bahwa: "...*dissent: as prophecy for the law; as embodying a democratic ideal; as an institutional form of civil disobedience; as safety mechanism against majority error; as a spur within the court to greater quality in decision-making; as clarifier of law and as a lever by which to undermine decisions*". Namun dalam setiap kasus, *dissenting opinion* memiliki nilai sebenarnya (*true value of dissent*) dalam hubungannya dengan nilai-nilai mendasar yang jarang diucapkan, yaitu bahwa *dissenting opinion* berperan untuk memastikan bahwa putusan telah mewujudkan suatu kejelasan, kepastian, akurasi dan kualitas yuridis, dan mungkin, adalah representasi sistem peradilan yang demokratis.¹⁹

Sedangkan Alder, menjelaskan mengenai lima fungsi utama dari *dissenting opinion*, yaitu: (1) untuk memastikan bahwa semua anggota panel hakim diperlakukan sama, tanpa ada sudut pandang yang ditekan; (2) untuk memperkuat kepercayaan publik terhadap peradilan dengan mempertajam alasan mayoritas, memastikan bahwa keputusan sepenuhnya dipertimbangkan dan bahwa masing-masing pembuat keputusan yang bertanggung jawab; (3) untuk mewujudkan nilai-nilai kebebasan berekspresi dan hati nurani sebagai nilai yang prinsipal; (4) untuk mengekspos kelemahan dalam proposisi hukum mayoritas; dan (5) dan memberi fokus pada publik untuk memperjelas pemahamannya mengenai masalah tersebut.²⁰

Apabila dilihat dari fungsinya, *dissenting opinion* ini dapat memberikan dua hal, yaitu: *Pertama*, *dissenting opinion* memberikan keyakinan kepada para pihak yang terkait, bahwa posisi dan kepentingan mereka telah dipertimbangkan secara layak. "*A dissent reassures the losing party that their view has been heard; that at least one judge agreed with them*".²¹ Demikian halnya pada perkara yang melibatkan antara negara dengan warga negara, hakim tidak mungkin hanya mempertimbangkan kepentingan negara, melainkan juga kepentingan dari warga negaranya. *Kedua*, bahwa semua hakim berperan dalam memberikan argumentasi hukumnya dalam memutus perkara. *Dissenting opinion* tidak dibuat berdasarkan suatu pandangan dari keputusan mayoritas, melainkan pemikiran yang mendalam dari setiap hakimnya. *Dissenting opinion* memberikan triangulasi yang lebih ketat dari hukum itu sendiri. Karena hukum adalah sistem yang terus bergerak (*law is a system in motion*), sehingga *dissenting opinion* ini akan memberikan suatu gambaran kemana hukum itu akan mengarah kedepannya.

Pada kasus dimana MK sulit terhindar dari pengaruh politik pemerintah, seperti di Makedonia, *dissenting opinion* adalah instrumen untuk meneguhkan perlindungan konstitusional bagi warga negaranya, sekaligus alat untuk mengevaluasi kebijakan pemerintah. Sonja Stojadinovic menjelaskan mengenai kondisi *dissenting opinion* pada Mahkamah Konstitusi Makedonia periode 2012-2015, yang dalam analisisnya menyebutkan bahwa banyak putusan Mahkamah Konstitusi yang kontroversial, seperti menolak perlindungan hak dan kebebasan berekspresi bagi jurnalis, dan bahkan disebut sebagai "*the last sanctuary from the corruption and criminal plaguing the state institutions*". *Dissenting opinion* inilah yang membuat publik masih menaruh kepercayaan pada Mahkamah Konstitusi. Bahwa apa yang diucapkan oleh hakim yang disenter, dapat menjadi pelajaran berharga bagi perbaikan Mahkamah Konstitusi kedepannya.²²

Tragic Choices?", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, (2000): 221.

21 J. Louis Capmbell, *The Spirit of Dissent*, (Washington: Congressional Quarterly Press, 2005), 425-430.

22 Sonja Stojadinovic, "Political Influence on the Constitutional Court in the Republic of Macedonia:

19 Joe McIntyre, "In Defence of Judicial Dissent". *Adelaide Law Review*, Vol. 37, (2016): 439-440.

20 John Alder, "Dissents in Courts of Last Resort:

Kondisi yang serupa terjadi pada *Russian Constitutional Court. Dissenting opinion* di Mahkamah Konstitusi Rusia menjadi antitesis dari kebijakan pemerintah Rusia untuk menekan bentuk-bentuk oposisi, kritik, dan perbedaan pendapat di segala bidang. Kendati *dissenting opinion* tidak bersifat mengikat, namun mereka membawa apa yang disebut oleh Alexandra V. Orlova, sebagai “*the soft power*”, karena berani menentang konsensus yang umumnya mudah dipengaruhi oleh pemerintahan²³. *Dissenting opinion* melegitimasi tantangan terhadap konsensus dengan menunjukkan keragaman pandangan masyarakat, termasuk pandangan-pandangan yang bertentangan pendapat populer yang tampaknya mengakar. *Dissenting opinion* ini mewakili kelompok-kelompok marjinal yang sering dikecualikan dalam dialog. Dalam hal ini, hakim disenter tidak bermaksud untuk mengubah suara mayoritas hakim dan membetuk polarisasi, melainkan mengundang diskursus mengenai hak-hak warga negara, bahwa “*forming a polity where people’s rights are the subjects of an ongoing political debate.*”²⁴

Dalam kaitannya dengan kedudukan Mahkamah Konstitusi sebagai “*the guardian of the constitution*”, yang berwenang untuk menafsirkan konstitusi pada persoalan yang terkadang berkaitan dengan jaminan atas hak konstitusional warga negara, orang-orang khawatir apakah *dissenting opinion* ini dapat menghilangkan kepercayaan publik, karena putusan diambil tidak dalam keputusan bersama. Padahal, *dissenting opinion* merupakan bukti pengadilan telah menjalankan akuntabilitas yudisial yang kuat, meneguhkan prinsip pengadilan yang terbuka, serta meningkatkan partisipasi publik dalam menilai suatu putusan. Publik perlu menilai suatu putusan pengadilan untuk menghindari “*judicial autocracy*” dan “*the arbitrary exercise of judicial power*” yang berbahaya bagi kelangsungan sistem

peradilan²⁵. Penilaian publik justru menjadi stimulan yang efektif agar pengadilan dapat menghindari kesalahan, dan karenanya dapat meningkatkan integritas hakim itu sendiri.

C. *Dissenting Opinion* sebagai Referensi Hakim Konstitusi

Heather K. Gerken dalam “*Dissenting by Deciding*” menyebutkan bahwa *dissenting opinion* yang dimuat dalam putusan pengadilan terlihat lebih radikal apabila dibandingkan dengan sebelumnya yang bersifat moderat/tertutup (hanya diketahui oleh para hakim pada saat melakukan pemeriksaan). Hal ini dikarenakan hakim disenter dapat menggunakan instrumen ini untuk mengekspresikan ketidaksepakatannya dengan pendapat mayoritas. Gerken menjelaskan bahwa *dissenting opinion* akan meningkatkan persepsi sistem peradilan yang demokratis. *Dissenting opinion* akan memungkinkan masyarakat untuk menguji keakuratan dari putusan pengadilan tersebut.²⁶ Tentang bagaimana putusan tersebut dapat diuji, Ginsburg menyebutkan bahwa dalam pandangan para disenter, “*the Court’s opinion is not just wrong, but grievously misguided*”²⁷.

Fungsi *dissenting opinion* yang dapat dijadikan sebagai rujukan bagi perkembangan hukum kedepannya, pernah disampaikan oleh Justice Hughes, “*...A dissent in a court of last resort is an appeal to the brooding spirit of the law, to the intelligence of a future day, when a later decision may possibly correct the error into which the dissenting judge believes the court to have been betrayed*”. Hughes menyebutkan bahwa *dissenting opinion* bisa menjadi semacam alternatif koreksi atas suatu kesalahan pengadilan dalam mengambil putusan. Suara mayoritas hakim dirasa adil pada saat putusan itu muncul, namun tidak serta merta putusan tersebut benar secara mutlak. *Dissenting opinion* memiliki potensi untuk meletakkan fondasi pada keputusan yang akan datang, yang secara bertahap dibangun oleh orang-orang yang tertarik mengembangkan pendekatan yang digunakan oleh hakim disenter tersebut. Dengan begitu, opini disenter diasosiasikan sebagai bahan dialog

Reflections through the Dissenting Opinions in the Period of 2012-2015”, *Constitutional Review*, Vol. 5, No. 1, (2019): 70-95.

23 Alexandra V. Orlova, “The Soft Power of Dissent: The Impact of Dissenting Opinions from the Russian Constitutional Court”, *Vanderbilt Journal Of Transnational Law*, Vol. 52, (2019): 611-641.
24 Dan Priel, “Are Jurisprudential Debates Conceptual? Some Lessons from Democratic Theory”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 50, (2012): 359-393.

25 Justice Michael Kirby, “Judicial Accountability in Australia”, *Legal Ethics*, No. 6, (2003): 41-46.
26 Heather K. Gerken, “Dissenting by Deciding”, *Stanford Law Review*, Vol. 56, (2005): 102-103.
27 Ruth Bader Ginsburg, “The Role of Dissenting Opinion”, *Minnesota Law Review*, Vol. 95, No. 1, (2010): 1-2.

yang nantinya bermuara pada pemikiran hakim setelahnya ketika menghadapi kasus yang sama.

Di Kanada, sudah hal yang lumrah apabila *dissenting opinion* menjadi bahan kajian dari para akademis, untuk menguji relevansi antara substansi pendapat tersebut dengan persoalan yang sedang dan yang akan muncul kedepannya. Dialog semacam ini menunjukkan bahwa *dissenting opinion* tumbuh secara signifikan sebagai referensi bagi masyarakat sipil, yang dianggap dapat menyesuaikan (aklimasi) dengan nilai-nilai dan realitas baru di masyarakat. Claire L'Heureux-Dube menyebutnya sebagai "*the voice of future*", bahwa suatu pandangan yang diangkat oleh hakim disenter bisa memberikan gambaran bagaimana hukum kedepan dapat berjalan²⁸.

Dissenting opinion tidak hanya meneguhkan independensi hakim, melainkan juga memainkan peran dalam pengembangan hukum. *Dissenting opinion* bukan untuk menunjukkan "*self-expression*" dari hakim, melainkan berdasarkan pada argumentasi dan alasan hukum yang konkret. *Dissenting opinion* memberikan kontribusi untuk meningkatkan tingkat kesadaran hukum masyarakat; menjamin persidangan yang adil dan terbuka; berkontribusi kepada publik debat tentang hukum, serta dialog antara berbagai tingkat pengadilan (yang merupakan titik utama demokrasi peradilan); dan menarik perhatian cendekiawan dan legislator untuk mengurus masalah hukum yang hadir di masyarakat. Dalam pendekatan yang lebih emosional, disebutkan bahwa *dissenting opinion* bukanlah keluhan seorang yang kalah, tetapi sebuah argumen dari kemungkinan memenangkan perkara yang sama dari kenyataan hukum yang terus berkembang.

Hal ini terutama terjadi apabila hakim menghadapi kasus yang berkaitan dengan *incommensurable values* atau suatu "*hard case*" yang membutuhkan analisa yang tajam, tidak ada yang bisa memastikan bahwa keputusan mayoritas cenderung lebih benar daripada pendapat hakim disenter. Mungkin *dissenting opinion* ini dapat 'melemahkan' posisi mayoritas hakim dimata publik, namun juga dapat memperkaya

'*marketplace of ideas*'²⁹ yang berpengaruh terhadap perkembangan hukum kedepannya.

Istilah "*marketplace of ideas*" merujuk pada pandangan Gerard Brennan, seorang Hakim Mahkamah Agung Australia, yang menyatakan bahwa '*judges making law*' telah menunjukkan sistem peradilan sebagai tempat untuk mempertemukan pemikiran-pemikiran hakim dalam memutuskan suatu perkara. Pendapat hakim mayoritas tidak menjadikan pendapat minoritas itu buruk, begitupun sebaliknya, karena keduanya dapat menjadi referensi dalam perkembangan hukum setelahnya.

Fungsi hakim sebagai pembaharu hukum tidak dapat dilepaskan dari kebebasan hakim itu sendiri untuk menggali hukum, sehingga akan menyediakan ruang untuk melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*) dan penciptaan hukum (*rechtsschepping*). Proses ini ditempuh melalui penalaran (interpretasi) terhadap norma-norma yang ada yang dihubungkan dengan dimensi lainnya yang kompleks. Pada persoalan yang menyangkut konstitusionalisme misalnya, banyak terobosan yang dilahirkan oleh hakim konstitusi dalam melakukan pembaharuan hukum. Beberapa diantaranya ada yang berhasil dirumuskan dalam putusan, namun tidak sedikit yang berbentuk *dissenting opinion*. Ide-ide pembaharuan hukum dalam *dissenting opinion* inilah yang kemudian dapat menjadi referensi bagi hakim konstitusi dalam menilai suatu perkara yang relatif sama.

KESIMPULAN

Dissenting opinion seringkali terisolasi sebagai produk yang dihasilkan oleh hakim konstitusi, karena yang diakui mengikat secara hukum adalah argumentasi hakim yang membentuk putusan. Sedangkan di sisi lain, *dissenting opinion* justru memiliki *true value* untuk memastikan bahwa putusan telah mewujudkan suatu kejelasan, kepastian, akurasi dan kualitas yuridis. Sebagai opini hakim konstitusi yang memiliki latar belakang sebagai seorang ahli dan bidang konstitusi dan ketatanegaraan, *dissenting opinion* bisa menjadi semacam alternatif koreksi atas suatu kesalahan pengadilan dalam mengambil

28 Claire L'Heureux-Dube, The Dissenting Opinion: Voice of the Future, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 38, No. 3 (2000): 496-516.

29 Lihat dalam Gerard Brennan, "Judicial Independence", The Australian Judicial Conference (Australian National University), Canberra, November 1996, http://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/former-justices/brennanj/brennanj_ajc.htm

putusan. Suara mayoritas hakim dirasa adil pada saat putusan itu muncul, namun tidak serta merta putusan tersebut benar secara mutlak. *Dissenting opinion* dapat berperan dalam meletakkan fondasi pada keputusan yang akan datang, yang secara bertahap dibangun oleh hakim-hakim setelahnya yang tertarik mengembangkan pendekatan yang digunakan oleh hakim disenter. Dengan kata lain, *dissenting opinion* diasosiasikan sebagai bahan referensi hakim konstitusi, dalam memeriksa suatu perkara yang relatif sama. Tidak sedikit *dissenting opinion* berisi pandangan-pandangan yang cenderung progresif, melihat hukum sebagai suatu fakta yang terus berkembang, dan bahwa hukum terus mengalami pembaharuan, sehingga *dissenting opinion* tersebut dapat menjadi alternatif dalam mana hakim konstitusi melakukan pembaharuan hukum tersebut.

SARAN

Ide mengenai *dissenting opinion* sebagai referensi hakim konstitusi seyogyanya perlu dikembangkan sebagai alternatif dalam rangka supremasi konstitusi yang dijalankan oleh MK. Persoalan konstitusi yang selalu dinamis paralel dengan agenda pembaharuan hukum yang diikuti pula oleh perkembangan penafsiran yang dilakukan oleh hakim itu sendiri. Tambahan referensi ini memperkaya pandangan hakim konstitusi sekaligus memastikan bahwa putusan yang hendak diambil nantinya berdasarkan pada pertimbangan-pertimbangan yang menyeluruh, hingga menyentuh pula pada pendekatan-pendekatan yang digunakan oleh hakim sebelumnya. Dengan demikian, tidak menutup kemungkinan ada perubahan terhadap ketentuan yang mengatur mengenai *dissenting opinion* yang selama ini hanya sekedar disebutkan sebagai 'hak' yang boleh digunakan untuk hakim, menjadi lebih konkret dengan menguraikan bagaimana kedudukannya dalam suatu putusan.

UCAPAN TERIMA KASIH

Penulis ucapkan terima kasih kepada semua pihak yang telah mendukung penulisan ini khususnya kepada Mahkamah Konstitusi yang menjadi objek yang dikaji serta Universitas Sebelas Maret.

DAFTAR KEPUSTAKAAN

- Alder, John. "Dissents in Courts of Last Resort: Tragic Choices?." *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, (2000): 221.
- Asshiddiqie, Jimly. *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*. Jakarta: Sinar Grafika, 2012.
- Bannister, Judith, et.al. *Government Accountability*, Port Melbourne: Cambridge University Press, 2015.
- Baum, Lawrence. *The Puzzle of Judicial Behavior*. Ann Arbor: Michigan University Press, 2005
- Brennan, Gerard. "Judicial Independence", The Australian Judicial Conference (Australian National University), Canberra, November 1996, http://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/former-justices/brennanj/brennanj_ajc.htm
- Butt, Simon. *The Constitutional Court and Democracy in Indonesia*. Leiden and Boston: Brill Nijhof, 2015.
- "The Function of Judicial Dissent in Indonesia's Constitutional." *Constitutional Review*, Vol. 4, NO. 1, (2018): 11.
- Capmbell, J. Louis. *The Spirit of Dissent*, Washington: Congressional Quarterly Press, 2005.
- Gerken, Heather K. "Dissenting by Deciding." *Stanford Law Review*, Vol. 56, (2005): 102-103.
- Geyh, Charles G. "Can Rule of Law Survive Judicial Politics?." *Cornell Law Review*, No 97 (2012): 222.
- Ginsburg, Ruth Bader. "The Role of Dissenting Opinion." *Minnesota Law Review*, Vol. 95, No. 1, (2010): 1-2.
- Heydon, Dyson. "Threats to Judicial Independence: The Enemy Within." *Law Quarterly Review*, No. 129 (2013): 205.
- Hogg, Peter W. dan Ravi Amarnath. "Why Judges Should Dissent." *University of Toronto Law Journal*, Vol. 67, No. 2, (2017): 126-141.
- Junaidi, Veri, dkk., *Tiga Belas Tahun Kinerja Mahkamah Konstitusi Dalam Memutus Pengujian Undang-Undang*. Jakarta: Konstitusi dan Demokrasi Inisiatif, 2016.

- Kelemen, Katalin. "Dissenting Opinions in Constitutional Courts." *German Law Journal*, Vol. 14, No. 08, (2013): 1351.
- Kirby, Justice Michael. "Judicial Accountability in Australia." *Legal Ethics*, No. 6, (2003): 41-46.
- Kmiec, Keenan D. "The Origin and Current Meanings of 'Judicial Activism.'" *California Law Review*, vol. 92, Issue 5, (2004): 1446.
- L'Heureux-Dube, Claire. "The Dissenting Opinion: Voice of the Future." *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 38, No. 3 (2000): 496-516.
- McIntyre, Joe. "In Defence of Judicial Dissent." *Adelaide Law Review*, Vol. 37, (2016): 439-440.
- Orlova, Alexandra V. "The Soft Power of Dissent: The Impact of Dissenting Opinions from the Russian Constitutional Court." *Vanderbilt Journal Of Transnational Law*, Vol. 52, (2019): 611-641.
- Priel, Dan. "Are Jurisprudential Debates Conceptual? Some Lessons from Democratic Theory." *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 50, (2012): 359-393.
- Simatupang, Taufik H. "Mendudukan Konsep Executive Review dalam Sistem Hukum Ketatanegaraan Indonesia", *Jurnal Penelitian Hukum De Jure*, Volume 19, Nomor 2, (2019): 217-230.
- Stojadinovic, Sonja. "Political Influence on the Constitutional Court in the Republic of Macedonia: Reflections through the Dissenting Opinions in the Period of 2012-2015." *Constitutional Review*, Vol. 5, No. 1, (2019): 70-95.
- Streinz, Rudolf. "The Role of the German Federal Constitutional Court Law and Politics." *Ritsumeikan Law Review*, No. 31 (2014): 95-118
- Susanto, Mei. "Hak Angket DPR, KPK dan Pemberantasan Korupsi". *Jurnal Integritas*, Volume 4, Nomor 2, Desember (2018).
- Tamanaha, Brian Z. *Beyond The Formalist-Realist Divide, Te Role of Politics in Judging*. New Jersey: Princeton University Press, 2010.
- Wijayanta, Tata dan Hery Firmansyah. *Perbedaan Pendapat dalam Putusan Pengadilan*. Yogyakarta: Pustaka Yustisia, 2011.
- Winata, Muhammad Reza. "Politik Hukum dan Konstitusionalitas Kewenangan Pembubaran Organisasi Kemasyarakatan Berbadan Hukum oleh Pemerintah, *Jurnal Penelitian Hukum De Jure*, Volume 18, Nomor 4 (2018): 445 – 464.
- Yani, Ahmad. "Sistem Pemerintahan Indonesia: Pendekatan Teori dan Praktek Konstitusi Undang-Undang Dasar 1945", *Jurnal Ilmiah Kebijakan Hukum*, Volume 12, Nomor 2, (2018): 119 – 135.