

## Prinsip Proporsionalitas dalam Pengujian Undang-Undang Terhadap UUD NRI 1945 (Studi Perbandingan di Indonesia dan Jerman)

Irene Angelita Rugian

irene.angelita.rugian-2017@fh.unair.ac.id

Universitas Airlangga

### How to cite:

Irene Angelita Rugian, 'Prinsip Proporsionalitas Dalam Pengujian Undang-Undang Terhadap UUD NRI 1945 (Studi Perbandingan Di Indonesia Dan Jerman)' (2021) Vol. 4 No. 4 Jurist-Diction.

### Histori artikel:

Submit 3 Mei 2021;  
Diterima 15 Juni 2021;  
Diterbitkan 1 Juli 2021.

### DOI:

10.20473/jd.v4i4.28482

p-ISSN: 2721-8392

e-ISSN: 2655-8297



### Abstract

*In several decisions that have been decided by the Mahkamah Konstitusi, some of the judges considerations only test norms with benchmarks contrary to the UUD NRI 1945 or not? However, MK has not tested the basis of the petition itself, there are limitation of rights, open legal policy, and the real harm felt by the petitioner. Therefore, it is necessary to have a principle of proportionality that can be used by judges to assist in deciding cases related to limiting rights and open legal policy. In order to know the concept of the principle of proportionality, it is necessary to conduct a comparative study between Indonesia and Germany by analyzing the concept and development of this principle. The method used is legal research with a statute approach, a case approach, a comparative approach and a conceptual approach. From the results of these studies, it was found that the principle of proportionality in Germany was well conceptualized and developed rapidly. In fact, this principle has become a general principle in the Germany Federal Constitutional Court. Meanwhile in Indonesia, this principle is still unknown and undeveloped like Germany.*

**Keywords:** *The Principle of Proportionality; Legitimate Aim; Suitability; Neccessity; Balancing in Narrow Sense.*

### Abstrak

Dalam beberapa putusan yang telah diputus oleh MK, beberapa pertimbangan hakim hanya menguji norma dengan tolak ukur bertentangan dengan UUD NRI 1945 atau tidak? Namun, MK belum menguji sampai kepada dasar dari permohonan itu sendiri, yaitu pembatasan hak, open legal policy, dan kerugian yang nyata dirasakan oleh pemohon. Maka dari itu, perlu adanya prinsip proporsionalitas yang dapat digunakan para hakim untuk membantu memutus perkara yang berkaitan dengan pembatasan hak dan open legal policy. Agar mengetahui konsep dari prinsip proporsionalitas, maka perlu melakukan studi perbandingan antara Indonesia dan Jerman dengan menganalisis konsep dan perkembangan prinsip tersebut. Metode yang digunakan adalah *legal research* dengan pendekatan *statute approach*, *case approach*, *comparative approach* dan *conceptual approach*. Hasil penelitian ditemukan bahwa prinsip proporsionalitas di Jerman telah terkonsep dengan baik dan berkembang dengan pesat. Bahkan prinsip tersebut telah menjadi prinsip umum dalam Germany Federal Constitutional Court. Sedangkan di Indonesia, prinsip tersebut masih belum dikenal oleh MK. Sehingga, proporsionalitas belum memiliki konsep yang jelas dan tidak berkembang seperti negara Jerman.

**Kata Kunci:** Prinsip Proporsionalitas; *Legitimate Aim*; *Suitability*; *Neccessity*; *Balancing in Narrow Sense*.

Copyright © 2021 Irene Angelita Rugian

## Pendahuluan

Mahkamah Konstitusi berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD NRI 1945 berwenang untuk mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final dalam hal menguji UU terhadap UUD NRI 1945, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD, memutus pembubaran partai politik dan memutus perselisihan tentang hasil pemilu. Wewenang MK tersebut sangat menarik sebab MK memiliki kewenangan yang berkaitan erat langsung dengan konstitusi Indonesia, khususnya kewenangan untuk menguji undang-undang terhadap UUD NRI 1945 (*judicial review*).

Pada dasarnya semua UU dapat diuji di MK. Pengujian tersebut juga mempunyai dasar hukum tersendiri, yaitu adanya materi muatan dalam UU yang dalam penyelenggaraannya seseorang atau warga negara Indonesia menganggap bahwa hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya UU. M.Laica Marzuki dalam jurnalnya juga menerangkan bahwa:

Berdasarkan Pasal 51 ayat 3 Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi memberikan 2 (dua) macam pengujian UU, yaitu:

- a. Pengujian undang-undang secara formal (*formele toetsing*), yakni pengujian terhadap suatu undang-undang dilakukan karena proses pembentukan undang-undang tersebut dianggap pemohon tidak memenuhi ketentuan berdasarkan Undang-Undang Dasar.
- b. Pengujian undang-undang secara materiil (*materieele toetsing*), yakni pengujian terhadap suatu undang-undang dilakukan karena terdapat materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang yang dianggap pemohon bertentangan dengan Undang-Undang Dasar.<sup>1</sup>

Permohonan *judicial review* yang diuji ke MK dalam beberapa putusannya menyatakan bahwa UU yang diajukan tidak bertentangan dengan konstitusi. Sehingga amar putusannya menyatakan bahwa permohonan ditolak. Sementara itu dari adanya keberlakuan suatu UU yang dirasa merugikan hak konstitusional

---

<sup>1</sup> M. Laica Marzuki, 'Judicial Review di Mahkamah Konstitusi' (2004) 1 Jurnal Legislasi Indonesia.[3].

warga negara dan ternyata putusan MK menyatakan bahwa UU yang diajukan tidak bertentangan, menyisakan masalah yang sangat penting, yaitu aspek kerugian pemohon yang belum terselesaikan. Aspek kerugian tersebut belum terselesaikan karena norma yang diujikan hanya diukur sebatas bertentangan dengan konstitusi atau tidak. Namun lebih lagi, aspek kerugian yang diajukan pemohon perlu diuji juga dengan menitik beratkan pada pertanyaan, yaitu pertama, apakah norma yang diajukan untuk *judicial review* tersebut jika dilaksanakan atau dalam pelaksanaannya merugikan masyarakat secara umum atau tidak. Kedua, UU yang telah dibuat apakah telah sesuai dengan tujuan dibuatnya norma tersebut atau tidak, sehingga tidak menimbulkan kerugian.

Hakim MK dalam pertimbangan hukumnya lebih banyak melakukan penafsiran UUD NRI 1945 atau bahkan dalam putusannya yang “cukup dengan menggunakan (mengutip) pasal-pasal dalam UUD sebagai dasar pengujian (tanpa mengelaborasi lebih lanjut makna dibalik teks konstitusi tersebut)”.<sup>2</sup> Ketika memang ditemukan norma yang diajukan tidak bertentangan dengan UUD NRI 1945, maka putusan tersebut ditolak dengan pertimbangan hukum bahwa norma yang diajukan merupakan kebijakan hukum terbuka pembuat UU atau *open legal policy*.

*Open legal policy* merupakan salah satu pertimbangan hakim MK dalam memutus perkara *a quo*. Dalam laporan penelitian mengenai klasifikasi putusan-putusan MK menunjukkan bahwa “apabila setelah diuji oleh MK ternyata substansi permasalahan norma tersebut dinyatakan oleh Mahkamah merupakan kebijakan hukum terbuka (*open legal policy*) maka MK akan menyatakan norma tersebut tidak melanggar atau sejalan dengan konstitusi”.<sup>3</sup>

Mendukung hal tersebut, hasil penelitian tentang penafsiran konstitusi dalam pengujian UU terhadap UUD yang diterbitkan oleh Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi RI menunjukkan bahwa ada kelompok putusan yang

---

<sup>2</sup> Bisariyadi, [et.,al.], *Laporan Hasil Penelitian: Penafsiran Konstitusi dalam Pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar* (Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia 2016).[28].

<sup>3</sup> *ibid.*[72].

cukup dengan menggunakan (mengutip) pasal-pasal dalam UUD sebagai dasar pengujian. Selain itu, kelompok penelitian ini juga mendapatkan hasil penelitian yang menyatakan bahwa hasil dari penelitian ini :

“dapat mengungkapkan asumsi awal bahwa kebanyakan putusan yang masuk dalam kelompok putusan ini adalah putusan yang menggunakan batu uji pasal-pasal yang mengatur mengenai jaminan perlindungan hak asasi manusia. Asumsi ini didasarkan pula pada kenyataan bahwa banyak dari permohonan yang diregistrasi oleh Mahkamah Konstitusi berawal dari kasus konkret yang dialami pemohon dan kemudian pemohon menganggap bahwa hak konstitusionalnya dirugikan berkaitan dengan peristiwa yang dialaminya tersebut”.<sup>4</sup>

Dari penjelasan tersebut diketahui bahwa proses *judicial review* di MK hanya sebatas mengukur UU yang diujikan dalam proses pembuatannya apakah telah sesuai dengan Undang-Undang Dasar atau tidak dan kedua mengukur substansi dari UU yang diujikan apakah bertentangan dengan UUD atau tidak. Kuncinya, ialah, ‘bertentangan atau tidak’. Sehingga aspek lain seperti materi muatan dari *open legal policy* pembuat UU tidak diperhitungkan. Adanya kewenangan *open legal policy* seharusnya juga mempertimbangkan Undang-Undang Dasar dan kepentingan umum warga negara Indonesia secara proporsional. Tidak dapat dipungkiri jika UU yang dibuat, materi muatannya yang mengandung *open legal policy* bersifat merugikan kepentingan umum dan hal itu yang harus diperhatikan juga.

Selain itu, aspek kerugian yang diajukan pemohon dalam permohonannya tidak diperhitungkan lebih lanjut. Padahal dimungkinkan suatu norma yang diujikan di MK dan putusan MK tersebut menyatakan ditolak, ternyata ditemukan bahwa dalam implementasi UU yang diujikan tersebut memang merugikan pemohon atau bahkan merugikan kepentingan umum. Hal tersebut yang saat ini terjadi dalam pengujian UU di MK, terkhusus masalah *competing rights* (hak yang bersinggungan) yang sering diajukan pengujiannya ke MK.

Dari hal tersebut menunjukkan bahwa tidak adanya proporsionalitas dalam pertimbangan hakim. Tidak proporsional antara tolak ukur pengujian hakim (bertentangan dengan konstitusi atau tidak) dengan permasalahan yang diajukan

---

<sup>4</sup> *ibid.*[29].

pemohon (UU yang merugikan pemohon). Hakim menguji UU terhadap UUD untuk mengukur UU telah sesuai dan tidak bertentangan dengan konstitusi atau tidak. Sedangkan aspek yang kerugian pemohon yang dijadikan dasar *judicial review* tidak dipertimbangkan lebih dalam. Dari hal ini terdapat suatu pertanyaan krusial, jika MK menyatakan bahwa suatu UU tidak bertentangan dengan UUD apakah menjamin bahwa implementasi UU tersebut tidak menimbulkan kerugian bagi pemohon khususnya dan bagi seluruh warga negara Indonesia secara umum. Jika tidak menjamin, keadaan tersebut dikatakan tidak proporsional.

Sebenarnya norma dalam UU yang diujikan oleh pemohon yang didasari oleh adanya kerugian ketika norma tersebut diimplementasikan atau ke depan dimungkinkan akan memberikan kerugian bagi pemohon sendiri atau pun warga negara lainnya perlu dipertimbangkan juga dengan prinsip proporsionalitas ketika diujikan di MK. Sehingga hakim MK tidak sekedar menginterpretasikan UUD atau hanya mengutip pasal dalam UUD. Apabila hal tersebut tetap terjadi, maka persoalan *judicial review* yang diajukan ke MK tetap tidak menyelesaikan masalah.

Selain aspek kerugian yang perlu diselesaikan juga dalam *judicial review* ke MK seperti penjelasan diatas, selain itu ada hal lain lagi yang perlu dicermati berkaitan dengan proporsionalitas, yaitu terhadap hak konstitusional yang berkaitan dengan *limitation clause* dalam UUD NRI 1945. *Limitation clause* (pembatasan hak) adalah seperti yang kita temui pada Pasal 28J ayat (2) UUD NRI 1945. Kewenangan pembatasan hak tersebut dianggap perlu, sebab “Sebenarnya, apa yang diatur dalam konstitusi Indonesia tersebut hakekatnya merupakan perimbangan antara hak dan kewajiban. Negara menjamin berbagai hak, namun demikian negara memiliki kewenangan untuk melakukan pembatasan atau pengurangan”.<sup>5</sup> Sehingga, dari penjelasan tersebut dapat dikatakan bahwa pembatasan hak juga merupakan salah satu upaya untuk menyeimbangkan pelaksanaan hak antar warga negara.

Bentuk *limitation clause* yang sering kita ketemui, ialah, dilanggarnya hak-hak konstitusional dengan diaturnya suatu norma dalam UU untuk suatu tujuan. Selanjutnya,

---

<sup>5</sup> Sefriani, ‘Kewenangan Negara Melakukan Pengurangan Dan Pembatasan Terhadap Hak Sipil Politik’ (2012) 1 Jurnal Konstitusi.[3].

Sefriani dalam jurnalnya juga menerangkan bahwa “Pelanggaran-pelanggaran hak konstitusional yang dirasakan warga pada umumnya tidak lepas dari pembatasan (*limitation*) atau pencabutan (*derogation*) terhadap hak-hak yang dijamin oleh konstitusi yang dilakukan negara sebagai pemegang kedaulatan melalui berbagai undang-undang.”<sup>6</sup> Sampai disitu, yang menjadi permasalahan dalam aspek yang kedua ini, ialah, sampai batas apa negara dapat membatasi hak konstitusional warga negara dan apakah tujuan pembatasan hak konstitusional tersebut memiliki tujuan-tujuan yang sah.

Kedua permasalahan tersebut berkaitan dengan prinsip proporsionalitas dalam *judicial review*. Secara singkat Bisariyadi mengungkapkan bahwa prinsip proporsionalitas dikenal juga sebagai suatu ukuran atau formula. Lebih lengkapnya ia menyatakan bahwa prinsip proporsionalitas, ialah;

“formula untuk mengukur bilamana terjadi tumpang tindih antara hak-hak yang harus dilindungi oleh pengadilan dengan kebijakan yang dikeluarkan oleh pemerintah untuk kepentingan bersama seluruh masyarakat. Formula proporsionalitas digunakan sebagai acuan untuk memutus perkara dalam persidangan”.<sup>7</sup>

Berbagai peradilan konstitusi di negara-negara lainnya mengenal prinsip proporsionalitas dalam kewenangan *judicial review*nya. Penggunaan prinsip tersebut dalam praktiknya telah diselenggarakan di berbagai negara, antara lain Jerman, Kanada, Afrika Selatan, dan India.<sup>8</sup> Prinsip proporsionalitas atau sering disebut sebagai asas proporsionalitas jarang sekali didengar dan diketahui keberadaannya dalam lingkungan *judicial review* oleh MK.

Prinsip proporsionalitas jarang sekali digunakan hakim MK di Indonesia. Namun di berbagai negara Eropa maupun Amerika telah mengenal prinsip tersebut dan digunakan untuk memutus perkara *judicial review* di negaranya, contohnya, Jerman. Mahkamah Konstitusi Jerman atau *Germany Federal Constitutional Court* (GFCC) ketika dihadapkan dengan *competing rights*, maka para hakim menggunakan prinsip proporsionalitas. Hakim tidak serta merta menguji dari UU yang diuji saja. Namun,

<sup>6</sup> *ibid.*[2].

<sup>7</sup> Bisariyadi, ‘Penerapan Uji Proporsionalitas Dalam Kasus Pembubaran Partai Politik: Sebuah Perbandingan’ (2018) 48 Jurnal Hukum & Pembangunan.[87].

<sup>8</sup> Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations* (Cambridge University Press 2012).[182].

hakim mencari keseimbangan antara hak konstitusional warga negara dan kepentingan umum dalam norma UU yang diuji tersebut. Oleh karena itu, untuk mengetahui konsep dan perkembangan prinsip proporsionalitas dalam *judicial review*, maka akan dilakukan studi perbandingan antara Indonesia dan Jerman.

Berdasarkan latar belakang yang telah dijelaskan diatas, maka permasalahan yang akan dibahas dalam penulisan ini, yaitu:

1. Prinsip Proporsionalitas dalam Pengujian Undang-Undang (*Judicial Review*) oleh Peradilan Konstitusi (*Constitutional Court*);
2. Perbandingan Prinsip Proporsionalitas dalam *Judicial Review* oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dan *Germany Federal Constitutional Court* (*Bundesverfassungsgericht*).

### **Metode Penelitian**

Metode yang digunakan dalam penelitian adalah *legal research* dengan tipe penelitian hukum *Reform Oriented Research*. “*Reform Oriented Research* merupakan suatu penelitian yang secara intensif mengevaluasi kecukupan dari aturan-aturan hukum yang ada dan yang merekomendasikan perubahan-perubahan terhadap beberapa aturan hukum yang ditemukan sesuai yang diinginkan”.<sup>9</sup> Pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah *statute approach*, *case approach*, *comparative approach* dan *conceptual approach*.

### **Prinsip Proporsionalitas Dalam Pengujian Undang-Undang (*Judicial Review*) Oleh Peradilan Konstitusi (*Constitutional Court*)**

Prinsip proporsionalitas memiliki peran yang sangat diperlukan dalam pemikiran hak konstitusional. Prinsip proporsionalitas juga dikatakan sebagai “*a universal criterion of constitutionality*” atau “kriteria universal dari konstitusionalitas”.<sup>10</sup> Hal tersebut ditandai dengan tugas utamanya, yaitu sebagai alat

---

<sup>9</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum* (Kencana Prenada Media Group 2005).[32].

<sup>10</sup> Mathias Klatt dan Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality* (Oxford University Press 2012).[1].

peredam ketika terdapat pertentangan antar hak, kepentingan, dan nilai-nilai sosial yang ada. Dari hal tersebut, penulis berpendapat bahwa prinsip proporsionalitas menjadi kriteria yang penting dalam menganalisis hak-hak dasar.

Dengan demikian, prinsip proporsionalitas menjadi komponen yang penting dalam konstitusi dan disaat menganalisis hak-hak asasi yang ada di dalamnya. Kendati demikian, prinsip proporsionalitas belum memiliki definisi, ukuran, dan tahapan-tahapan yang baku. Prinsip ini lahir dari penyelesaian sebuah kasus dan terus berkembang luas di peradilan konstitusi. Memang prinsip ini seolah-olah diterima begitu saja dan berkembang secara praktik. Tidak heran apabila konsep prinsip proporsionalitas belum terkonsep dengan baik. Untuk memahami lebih dalam tentang prinsip proporsionalitas, dapat dikemukakan beberapa perumpamaan atau gambaran tentang prinsip dan fungsi proporsionalitas.

Perumpamaan pertama tentang prinsip proporsionalitas akan diambil dari ilustrasi Bernhard Schlink, Profesor Hukum di Universitas Humboldt Berlin, mantan Hakim Mahkamah Konstitusi Negara Bagian Northrhine-Westfalia.<sup>11</sup> Dari ilustrasi

---

<sup>11</sup> Bernhard Schlink, 'Proportionality In Constitutional Law: Why Everywhere But Here?' (2012) 22 *Duke Journal Of Comparative Law And International Law*. [291-292]. Gambaran cerita tersebut, sebagai berikut : John dan Frank, keduanya bertetangga di sebuah tempat di pegunungan. Suatu malam dengan kondisi badai dan suhu udara dingin, tiba-tiba John mengambil mobil 4WD milik Frank tanpa meminta izin terlebih dahulu. Keesokan harinya sampai malam tiba, John tidak kembali. Frank sangat membutuhkan mobil miliknya untuk menjemput ibunya sebab ibunya yang memiliki penyakit radang dingin dan tidak dapat ditinggal terlalu lama. Pada akhirnya ibu Frank mengalami sakit akibat terkena suhu udara dingin, lalu Frank menyalahkan John sebab tindakannya yang meminjam mobil miliknya tanpa sebab dan mengakibatkan ibunya sakit. Dari hal tersebut, Bernhard Schlink juga memberikan gambaran tentang pertimbangan hakim apabila dihadapkan dengan kasus seperti itu. Hakim meminta penjelasan John atas perbuatannya. Ditemukan fakta bahwa John mengambil mobil 4WD milik Frank untuk mengantar istrinya yang akan melahirkan. Selain itu, John dan Frank sudah terbiasa untuk meminjam barang milik masing-masing tanpa meminta izin terlebih dahulu. Diketahui pula bahwa John juga memiliki mobil, namun memilih untuk meminjam mobil 4WD milik Frank karena dapat berjalan lebih cepat di daerah pegunungan. Hakim juga meminta keterangan dan pendapat Frank atas kejadian tersebut. Frank beranggapan bahwa John tetap melakukan perbuatan yang tidak bermoral. Frank juga telah memberitahukan kepada John apabila malam besoknya ia akan menjemput ibunya. Atas perbuatannya, ibu Frank jatuh sakit dan meminta pertanggung jawaban atas perbuatan John. Namun ditemukan fakta juga bahwa ibu Frank mendapat pertolongan dari tukang pos dan akhirnya mendapat kesembuhan. Apapun putusan hakim bahwa keduanya wajib untuk saling memaafkan dan melakukan perdamaian. Pertimbangan hakim dalam kasus tersebut menggunakan prinsip proporsionalitas. Proporsionalitas antara tujuan dan hasil akhirnya. Walaupun John telah meminjam mobil 4WD milik Frank tanpa izin terlebih dahulu, nyawa istri John terselamatkan. Tindakan John dinilai bermanfaat dan tidak ada alternatif lain selain meminjam mobil Frank. Di sisi lain juga bahwa ibu Frank juga telah sembuh akibat radang dingin yang dideritanya. Sehingga hasil akhir keduanya tetap mendapat keuntungan.

yang digambarkan oleh Bernhard Schlink, maka dapat diambil kesimpulan bahwa menganalisis proporsionalitas adalah analisa tentang cara dan tujuan. Apabila setiap kali tidak ada hukum yang mengatur maupun moral yang mengatur secara khusus mengenai perintah, larangan atau mengizinkan suatu perbuatan, maka yang dapat membenarkan atau menyatakan salah terhadap suatu perbuatan tersebut, yaitu berdasarkan tujuan yang ingin dicapai, serta bantuan, kebutuhan dan kesesuaian tindakan sebagai sarana untuk mencapai tujuan tersebut. Dapat disimpulkan bahwa karakter prinsip proporsionalitas, ialah, memilih suatu tujuan yang menggunakan cara yang bermanfaat, dibutuhkan dan tepat. Jika menggunakan cara yang tidak bermanfaat, dapat dikatakan cara tersebut tidak proporsional. Menggunakan cara yang berlebihan dan tidak tepat juga akan mendapatkan kerugian, sehingga secara ukuran tidak proporsionalitas.

Aharon Barak dalam bukunya juga menjelaskan bahwa proporsionalitas dapat didefinisikan sebagai seperangkat aturan untuk menentukan kondisi mana yang dirasa perlu dan cukup untuk melakukan pembatasan hak yang dilindungi oleh konstitusi menjadi diperbolehkan atau diizinkan (untuk melakukan pembatasan) secara konstitusional.<sup>12</sup> Proporsionalitas merupakan konstruksi hukum dan merupakan alat metodologi.<sup>13</sup> Hal tersebut digunakan untuk mengukur tindakan negara dalam merealisasikan *limitation clause* ke dalam UU. Bisariyadi juga memberikan gambaran terhadap pengujian yang menggunakan proporsionalitas, dalam jurnalnya dijelaskan:

“Pengujian proporsionalitas digambarkan sebagai suatu ukuran untuk menentukan hubungan yang layak antara tujuan (aims) yang ingin dicapai dengan cara-cara (means) yang diputuskan untuk diambil guna menggapai tujuan akhir. Langkah atau cara yang diambil tidak hanya diuji dalam rangka menilai ketepatan langkah tersebut tetapi juga untuk mengukur apakah langkah tersebut melanggar hak konstitusional atau tidak”.<sup>14</sup>

Penjelasan tersebut menunjukkan bahwa proporsionalitas juga dikenal sebagai ‘alat’ atau ‘formula’ untuk menentukan suatu UU yang memberikan pembatasan terhadap

---

<sup>12</sup> Aharon Barak. *Op. Cit.*[3].

<sup>13</sup> *ibid.*[131].

<sup>14</sup> Bisariyadi. *Op. Cit.*[92].

hak konstitusional telah memiliki tujuan yang sah atau tidak. Selain itu, untuk mengukur apakah pembatasan tersebut secara rasional dapat diterima atau tidak.

Prinsip ini menjadi populer dalam peradilan konstitusi, sebab proporsionalitas memberi tawaran kepada pengadilan untuk menjadi argumen yang terstruktur secara formal untuk menyelesaikan konflik antara hak individu dan hak yang bersinggungan atau kepentingan publik.<sup>15</sup> Hal ini juga didukung oleh Alec Stone dan Jud Mathews dalam jurnalnya, mereka memberi klaim bahwa “...*PA offers the best position currently available for judges seeking to rationalize and defend rights review, given certain strategic considerations, the structure of modern rights provisions, and the precepts of contemporary constitutionalism.*”<sup>16</sup> Hingga sampai pada keterangan tersebut, dapat disimpulkan bahwa prinsip proporsionalitas sangat penting digunakan dalam *judicial review*. Fungsinya yang sangat penting ditunjukkan dengan peran prinsip tersebut sebagai ‘alat’ atau ‘formula’ yang digunakan hakim dalam pertimbangan hukumnya.

Dari penjelasan diatas dapat ditemukan beberapa karakter yang ada dalam prinsip proporsionalitas. Pertama, prinsip proporsionalitas melekat dengan hak konstitusional yang ada dalam konstitusi itu sendiri. Kedua, memilih suatu tujuan (tujuan UU) yang memilih cara yang bermanfaat, dibutuhkan dan tepat. Ketiga, masalah yang berkaitan dengan proporsionalitas, ialah, hak yang bersinggungan dan pembatasan hak. Keempat, sebagai alat atau formula yang digunakan hakim konstitusi untuk membuat suatu putusan.

Sehingga dari hal tersebut, dapat disimpulkan bahwa prinsip proporsionalitas adalah suatu alat yang digunakan hakim untuk memutus suatu perkara terhadap hak-hak yang bersinggungan (antara kepentingan umum dan kepentingan individu) dan pembatasan hak (pembatasan terhadap hak konstitusional) dengan mencari keseimbangan diantaranya. Dapat disimpulkan pula, tujuan digunakannya prinsip

---

<sup>15</sup> Niels Petersen, *Proportionality and Judicial Activism – Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa* (Cambridge University Press 2017).[60].

<sup>16</sup> Alec S. Sweet and Jud Mathews, ‘Proportionality Balancing and Global Constitutionalism’ (2008) 47 *Columbia Journal of Transnational Law*. [78].

ini, ialah, untuk mencari keseimbangan antara kepentingan, keuntungan, dan kerugian yang sedang dipertimbangkan dengan memilih tindakan yang paling bermanfaat, dibutuhkan dan tepat.

*Judicial Review* yang menggunakan prinsip proporsionalitas dalam pengujiannya harus memenuhi tahapan-tahapan uji proporsionalitas agar dapat menentukan UU yang diuji tersebut proporsionalitas atau tidak. Seperti yang dipaparkan sebelumnya bahwa uji prinsip proporsionalitas ini harus memenuhi ukuran dan tahapan-tahapan yang harus dilalui. Ukuran dan tahapan tersebut, yakni *legitimate aim*, *suitability*, *necessity* dan *balancing in narrow sense*.<sup>17</sup> Setiap tahapan memiliki tolak ukur penilaian sendiri, yaitu:

### **1. *Legitimate aim***

Tujuan pengujian tahapan *legitimate aim*, ialah, untuk mengetahui apakah tindakan negara dalam membatasi hak konstitusional atau dalam memilih suatu cara atau jalan yang diambil (*means*) dalam UU (yang memberikan suatu kerugian) telah memiliki tujuan yang sah atau tidak. Maksud dari ‘tujuan yang sah’ adalah apakah tindakan negara dalam melakukan pembatasan hak konstitusional dan memilih *means* yang dipilih untuk menjadi suatu UU telah memenuhi syarat pembatasan hak dalam konstitusi atau tidak, serta memiliki tujuan yang dapat dibenarkan atau tidak. Alec Stone juga menjelaskan bahwa adanya tahapan ini untuk mengetahui, apakah pemerintah secara konstitusional berwenang mengambil tindakan semacam itu atau tidak? jika tidak berwenang, maka pemerintah melanggar norma yang lebih tinggi.<sup>18</sup> Sehingga inti penilaian dari tahap ini adalah untuk menguji tujuan UU.

### **2. *Suitability***

Pada tahap kedua uji proporsionalitas, yaitu *suitability* mencari hubungan yang rasional antara tujuan yang sah (*legitimate aim*) dan kebijakan (*means* atau

---

<sup>17</sup> Ilham Magribi, *Penerapan Prinsip Proporsionalitas Dalam Penafsiran Mahkamah Konstitusi Terhadap Limitation Clause Dalam UUD 1945* (2018) Skripsi pada Program Sarjana Universitas Padjadjaran.[56].

<sup>18</sup> Alec S. Stone and Jud Mathews.*Op.Cit.*[76].

cara).<sup>19</sup> Asas kesesuaian menyatakan bahwa harus ada hubungan rasional antara tindakan yang mengganggu hak dan tujuan yang sah.<sup>20</sup> Pertanyaan yang dapat diajukan untuk tahap ini, yaitu apakah tindakan tersebut mampu mencapai tujuan UU.<sup>21</sup> Inti dari tahap ini, yaitu **satu**, objeknya, ialah tujuan UU dan *means* dari UU tersebut. **Kedua**, mencari *rational connection* atau kecocokan antara tujuan UU dengan *means* UU tersebut.

### 3. *Necessity*

Kerangka uji proporsionalitas selanjutnya adalah *necessity*. Uji proporsional pada tahap ini berpandangan bahwa pembuat UU harus memilih cara (ketentuan dalam UU) yang dapat mengedepankan (mengutamakan) tujuan UU tersebut dan cara yang dipilih merupakan cara yang paling sedikit membatasi hak asasi manusia.<sup>22</sup> Dari pandangan tersebut maka dapat ditemukan bahwa dalam kerangka uji *necessity* ini berfokus pada dua aspek, yaitu tujuan dari UU dan pembatasan hak yang ada di dalamnya. Pengujian pada tahap ini tidak sedang menilai cara-cara atau *means* yang dipilih legislator akan mewujudkan tujuan UU atau tidak. Lainnya, dalam pengujian ini juga tidak menguji konstusionalitas tujuan UU, bahkan dalam pengujian ini diasumsikan bahwa tujuan UU tersebut benar atau telah sesuai dengan konstitusi.<sup>23</sup> Seraya memeriksa tahap *necessity*, kita tidak perlu memeriksa keabsahan maksud dari tujuan UU tersebut menurut konstitusi.

### 4. *Balancing in narrow sense*

Uji proporsionalitas yang terakhir, yaitu *balancing in narrow sense*. Tahap ini sering disebut sebagai uji proporsionalitas dalam arti sempit. Pada tahap ini yang ingin diuji, yaitu manfaat dari adanya pembatasan hak oleh suatu UU untuk mewujudkan tujuan dari UU tersebut. Lebih lanjut, dalam bukunya Aharon Barak, Ia menjelaskan bahwa untuk menjustifikasi adanya pembatasan

---

<sup>19</sup> Julian Rivers, 'Proportionality and Variable Intensity of Review' (2006) 65 *The Cambridge Law Journal*. [188].

<sup>20</sup> Kai Moller, *The Global Model of Constitutional Rights* (Oxford University Press 2012). [193].

<sup>21</sup> *ibid.* [181].

<sup>22</sup> Aharon Barak. *Op. Cit.* [317].

<sup>23</sup> *ibid.* [320].

terhadap hak konstitusional, maka harus ada keseimbangan antara manfaat yang diperoleh dengan memenuhi tujuan UU yang membatasi hak dengan kerugian yang ditimbulkan dalam memperoleh tujuan itu UU tersebut.<sup>24</sup> Dapat disimpulkan bahwa pengujian tahap ini akan mencari keseimbangan antara manfaat dengan kerugian dalam UU yang membatasi hak.

Kerangka pengujian tersebut dilalui sebagai salah satu bentuk penggunaan prinsip proporsionalitas dalam *Judicial Review*. Tahapan pengujian tersebut harus dilakukan sebab “Hak konstitusional dan proporsionalitas digunakan sebagai *filtering mechanism* agar tindakan negara koheren dengan hak-hak yang dijamin oleh konstitusi”.<sup>25</sup> Dari penjelasan-penjelasan tersebut menunjukkan bahwa kerangka pengujian memiliki karakteristik dan tujuan yang berbeda-beda.

## **Perbandingan Prinsip Proporsionalitas Dalam *Judicial Review* Jerman Dan Indonesia**

### **a. Prinsip Proporsionalitas dalam *Judicial Review* oleh *German Federal Constitutional Court***

*Germany Federal Constitutional Court* tidak asing lagi dengan prinsip proporsionalitas. Prinsip ini menjadi prinsip yang umum di Jerman.<sup>26</sup> Diterimanya prinsip proporsionalitas sebagai prinsip umum oleh GFCC menunjukkan bahwa prinsip tersebut penting dan memiliki pengakuan di hukum Jerman. Berkaitan dengan pengakuan hukum di Jerman, perlu ditelusuri posisi prinsip proporsionalitas dalam peraturan perundang-undangan di Jerman.

Apabila melihat *Grundgesetz* 1949 amandemen sampai tahun 2014 (Konstitusi Republik Federal Jerman, selanjutnya disebut *Grundgesetz*), prinsip proporsionalitas tidak secara eksplisit ada di dalamnya. Namun, Ralf Poscher dalam jurnalnya menulis bahwa secara doktrinal, prinsip proporsionalitas

---

<sup>24</sup> *ibid.*[340].

<sup>25</sup> Ilham Magribi.*Op.Cit.*[52].

<sup>26</sup> Yutaka ARAI-Takahashi, ‘Proportionality - a German approach’ (1999) *Amicus Curiae Issue*. [11].

terletak pada Pasal 1 ayat (3) *Grundgesetz*.<sup>27</sup> Pasal 1 ayat (3) *Grundgesetz*, menyatakan : “*The following basic rights shall bind the legislature, the executive and the judiciary as directly applicable law*”.<sup>28</sup> Dalam tulisannya menjelaskan bahwa, ada tanggapan terhadap pasal tersebut, yaitu perlindungan konstitusional dan hak-hak fundamental yang ada dalam konstitusi dianggap sebagai deklarasi politik belaka. Namun sebaliknya, para pendiri *Grundgesetz* berupaya menciptakan sistem ketatanegaraan di mana badan legislatif terikat untuk menjunjung tinggi hak-hak fundamental.<sup>29</sup> Dari hal tersebut menunjukkan bahwa prinsip proporsionalitas ini hadir dengan mengikat badan legislatif, eksekutif, maupun *judicial* untuk menghormati dan menjunjung hak-hak dasar yang ada dalam konstitusi. Termasuk untuk memberikan definisi maupun batasan-batasan hak yang diperbolehkan oleh konstitusi dengan ukuran yang proporsional.

Tidak hanya Pasal 1 ayat (3) *Grundgesetz*, terdapat pula Pasal 2 *Grundgesetz* yang mengatur tentang kebebasan pribadi mengingat proporsionalitas yang dibahas saat ini, ialah, berkaitan dengan pembatasan hak atas adanya kebebasan pribadi. Pasal 2 *Grundgesetz*, menyatakan:

1. *Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law.*
2. *Every person shall have the right to life and physical integrity. Freedom of the person shall be inviolable. These rights may be interfered with only pursuant to a law.*<sup>30</sup>

Di ayat (1) pasal tersebut memberikan kebebasan kepada setiap individu untuk mengembangkan kepribadiannya sepanjang tidak melanggar hak orang

---

<sup>27</sup> Ralf Poscher, ‘Proportionality and the Bindingness of Fundamental Rights’ (2020) *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Billis/Knust/Rui (eds.) Hart Publishing, forthcoming.[5]. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3617525](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3617525), diakses pada tanggal 15 Oktober 2020.

<sup>28</sup> Pasal 1 ayat (3) *Grundgesetz 1949 with Amendments through 2014*.

<sup>29</sup> Ralf Poscher. *Op.Cit.*[1-2].

<sup>30</sup> Pasal 2 *Grundgesetz*.

lain atau melanggar konstitusi atau hukum moral. Sedangkan di ayat (2), juga ditekankan bahwa hakikatnya kebebasan individu tidak dapat diganggu atau dilanggar, kecuali dengan hukum. Hal ini menunjukkan bahwa masih dimungkinkan untuk melakukan pembatasan atas kebebasan hak yang hanya dapat dilaksanakan melalui hukum atau UU yang berlaku. Peran legislator disini sangat penting dalam memberikan batasan terhadap kebebasan individu yang telah dijamin oleh konstitusi. Legislator wajib membuat batasan yang proporsional dan memenuhi syarat sah yang tertuang dalam konstitusi.

Lebih lanjut, Alexander Graser dalam jurnalnya menerangkan bahwa Pasal 2 ayat (1) *Grundgesetz* telah diinterpretasi GFCC secara luas. Interpretasinya, yaitu bahwa Pasal 2 ayat (1) tersebut merupakan bentuk suatu tangkisan terhadap pembatasan hak individu.<sup>31</sup> Catatan penting, melanjutkan pembahasan tersebut, Alexander Graser menyatakan:

*“By implication, proportionality has become a constitutionally mandated limitation upon any exercise of public power that entails a burden on the individual. And since the entire proportionality test as sketched before is now viewed to rest upon this constitutional basis, there is no need any more to address it in statutory provisions”*.<sup>32</sup>

Dari kedua pasal tersebut yang dikatakan sebagai akar prinsip proporsionalitas dalam *Grundgesetz* menunjukkan bahwa hal-hal yang berkaitan dengan hak-hak dasar warga negara yang diatur dalam konstitusi, termasuk berkaitan dengan pembatasannya tidak terlepas dari prinsip proporsionalitas.

Walaupun prinsip proporsionalitas tidak tegas diatur dalam *Grundgesetz*, namun prinsip tersebut merupakan prinsip konstitusional tidak tertulis yang secara umum diakui oleh Mahkamah Konstitusi Federal.<sup>33</sup> Jika memang prinsip ini diakui secara umum pasti ada sebab yang mengakibatkan prinsip ini dianggap penting dalam *judicial review*. Mengutip jurnal Alexander Grace,<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Alexander Graser, [et., al.], ‘Proportionality and Human Rights in German, Armenian and Georgian Constitutional Adjudication’ (2017) No. 2 *Comparative Legal Studies, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ)*. [10-11].

<sup>32</sup> *ibid.*

<sup>33</sup> Yutaka ARAI-Takahashi. *Loc. Cit.*

<sup>34</sup> Alexander Graser. *Op. Cit.* [6].

prinsip tersebut berasal dari gagasan pengekangan Prusia saat menjalankan kekuasaan publik. Prinsip ini memberikan perlindungan terhadap hak-hak dasar individu dari campur tangan negara yang tidak beralasan dan tidak dapat dibenarkan melalui keseimbangan antara tujuan yang ingin dicapai oleh campur tangan negara dan cara yang digunakan.<sup>35</sup> Berangkat dari hal tersebut doktrin proporsionalitas telah berkembang menjadi salah satu elemen terpenting dari prinsip *rechtstaat* (Negara Hukum).

Mendukung hal tersebut, Yutaka juga menulis, yakni legitimasi proporsionalitas bersumber dari kewajiban untuk melindungi hak-hak dasar warga negara yang merupakan salah satu dasar dari nilai konstitusional.<sup>36</sup> Dari penjelasan tersebut, penulis beranggapan bahwa prinsip proporsionalitas merupakan prinsip yang sangat penting dalam melindungi hak-hak dasar warga negara Jerman. Bahkan prinsip tersebut melekat dengan hak-hak dasar, sehingga tidak dapat dipisahkan satu dengan yang lain. Apabila dilakukan pembatasan terhadap hak-hak dasar oleh legislator, maka legislator harus menerapkan pembatasan dengan sangat proporsional. Termasuk juga ketika UU tersebut dilakukan *judicial review*, sudah sangat pasti GFCC akan memutus perkara tersebut dengan sangat cermat dan menggunakan prinsip proporsionalitas.

Mengetahui fakta bahwa prinsip ini tidak diatur secara tegas dalam *Grundgesetz* maupun peraturan perundang-undangan Jerman lainnya, tidak membuat prinsip ini tidak berlaku. Sebaliknya, prinsip proporsionalitas tetap eksis sebagai prinsip umum dalam *judicial review*. Dianggap sebagai suatu kewajiban atau telah menjadi kebiasaan para hakim untuk menggunakan prinsip ini ketika sedang melakukan *judicial review*, tidak menuntut prinsip ini diatur tegas dalam *Grundgesetz* maupun UU. Sehingga, diatur atau tidak prinsip ini dalam peraturan perundang-undangan bukan menjadi halangan para hakim untuk memutus perkara *judicial review* dengan prinsip proporsionalitas.

---

<sup>35</sup> *ibid.*

<sup>36</sup> Yutaka ARAI-Takahashi. *Loc. Cit.*

Aspek-aspek pengujian proporsionalitas di Jerman hanya terdapat tiga elemen, yaitu *geeignet (appropriate / suitability)*, *erforderlich (necessity)*, dan *angemessen (adequate / proportionality in the narrow sense / balancing)*.<sup>37</sup> Berbeda dengan negara lainnya, Jerman tidak memasukan tahap *legitimate aim* ke dalam tahapan proporsionalitas. Dalam kasus-kasus di Jerman, GFCC memisahkan pemeriksaan *legitimacy of the objective (legitimate aim)* dengan tes proporsionalitas, yaitu ketiga aspek pengujian tersebut.<sup>38</sup> Dieter Grimm juga menjelaskan bahwa memastikan tujuan UU bukanlah bagian dari uji proporsionalitas, melainkan berfungsi sebagai dasar dan titik awal ujian.<sup>39</sup> Walaupun memisahkan tahap pertama menjadi tahap pemeriksaan tersendiri, namun inti penilaian dari tahap *legitimate aim* tidak berbeda, yaitu memeriksa keabsahan UU berdasarkan ketentuan dalam konstitusi<sup>40</sup> dengan alat ukur tujuan, manfaat, atau alasan dari UU tersebut.

**b. Prinsip Proporsionalitas dalam *Judicial Review* oleh Mahkamah Konstitusi Indonesia**

Secara gramatikal, kata proporsionalitas tidak ada di dalam UUD NRI 1945. Namun, UUD NRI 1945 mengatur tentang hak asasi manusia yang tercantum dalam BAB XA. Keberadaan bab tentang hak asasi manusia dianggap penting bagi prinsip proporsionalitas, sebab prinsip tersebut berkaitan dengan adanya ketegangan antar hak. Khususnya, terkait dengan klausul pembatasan hak yang ditemukan di Pasal 28J ayat (2) UUD NRI 1945.

Klausul pembatasan hak tersebut berada di akhir BAB XA, yang secara sistematis pasal tersebut ditempatkan sebagai penutup bab tentang hak asasi manusia. Penempatan klausul pembatasan yang ditempatkan diakhir tidak mungkin jika tidak ada maksud dari penyusun UUD NRI 1945. Sebelum

---

<sup>37</sup> Gertrude Lubbe-Wolff, Bielefeld, 'The Principle of Proportionality in The Case-Law of The German Federal Constitutional Court' (2014) 34 Human Rights Law Journal.[13]. Lihat juga Yutaka.[12].

<sup>38</sup> *ibid.*

<sup>39</sup> Dieter Grimm.*Op.Cit.*[388].

<sup>40</sup> Gertrude Lubbe-Wolff.*Op.Cit.*[13-14].

mengetahui penyebab Pasal 28J ayat (2) ditempatkan diakhir bab tentang hak asasi manusia, perlu diketahui terlebih dahulu asal-usul dicantumkannya klausul pembatasan di dalam konstitusi.

Pada awal kemerdekaan, UUD 1945 sebelum amandemen tidak mencantumkan bab tentang hak asasi manusia. Selanjutnya, mengutip naskah komprehensif buku VIII tentang amandemen UUD 1945, bab tentang hak asasi manusia mulai dimasukkan di dalam Konstitusi RIS 1949 pada Bab I Bagian V tentang Hak-Hak dan Kebebasan-Kebebasan Dasar Manusia dan klausul pembatasannya tercantum pada Pasal 32.<sup>41</sup> Selanjutnya, pada pergantian konstitusi menjadi UUD Sementara 1950 juga tetap mencantumkan bab tentang hak asasi manusia dan klausul pembatasannya tercantum pada Pasal 33.<sup>42</sup> Klausul pembatasan tersebut juga secara eksplisit memberikan alasan-alasan dapat dilakukannya pembatasan hak-hak dasar.

Dalam kutipan Pasal 32 ayat (1) Konstitusi RIS 1949 dan Pasal 33 UUD Sementara 1950 menyatakan :

“...untuk mendjamin pengakuan dan penghormatan jang tak boleh tiada terhadap hak-hak serta kebebasan-kebebasan orang lain, dan untuk memenuhi sjarat-sjarat jang adil untuk ketenteraman, kesusilaan dan kesedjahteraan dalam suatu masyarakat jang demokratis”.<sup>43</sup>

Dari penjelasan tersebut dapat disimpulkan bahwa pembatasan hak hanya dapat dilakukan untuk mengakui dan menghormati hak-hak orang lain untuk memberikan keadilan, ketenteraman dan kesusilaan. Selain itu, pembatasan hak tersebut hanya dapat dibatasi dengan peraturan perundang-undangan. Penulis juga beranggapan bahwa klausul pembatasan yang selalu ada di dalam bab tentang hak asasi manusia menunjukkan bahwa diaturnya hak asasi manusia tidak hanya memberikan kebebasan saja, tetapi juga terdapat pembatasan hak. Maka dari itu, aturan tentang pembatasan hak menjadi satu paket dengan aturan tentang hak asasi manusia.

---

<sup>41</sup> Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi. *Op. Cit.* [29].

<sup>42</sup> *ibid.* [34].

<sup>43</sup> *ibid.*

Klausul pembatasan yang ada pada Pasal 32 ayat (1) Konstitusi RIS 1949, Pasal 33 UUD Sementara 1950, maupun Pasal 28J ayat (2) UUD NRI 1945 sama-sama terletak diakhir bab tentang hak asasi manusia. Berdasarkan interpretasi sistematis, penulis berpendapat bahwa diletakkannya klausul pembatasan diakhir bab disebabkan oleh sifat klausul pembatasan, yaitu sebagai pelengkap diaturnya hak-hak dasar warga negara dalam konstitusi. Maksud dari sebagai pelengkap, ialah, untuk menutup kekurangan atas diberikannya perlindungan dan jaminan hak-hak dasar dalam konstitusi.

Selanjutnya, untuk menggali adanya prinsip tersebut dalam UUD NRI 1945, maka akan dianalisis makna dari Pasal 28J ayat (1) berdasarkan maksud pembuatnya. Dalam pembahasan amandemen kedua UUD NRI 1945, banyak yang mengusulkan untuk mencantumkan pasal yang terkait dengan pembatasan hak. Salah satunya, Taufiqurrohman Ruki, beliau mengusulkan agar pembatasan-pembatasan hak yang ditetapkan dengan undang-undang sebaiknya diwadahi dalam pasal baru dalam UUD NRI 1945.<sup>44</sup> Valina Singka Subekti dari F-UG, juga memberikan pendapatnya bahwa harus ada pembatasan hak. Pendapat beliau sebagai berikut : “Dan keenam yang sangat penting adalah perlu dirumuskan pembatasan yaitu bahwa kebebasan seseorang menjalankan haknya itu dibatasi oleh kebebasan orang lain”<sup>45</sup> Sementara itu, terdapat beberapa tokoh lainnya yang mengulas tentang pembatasan hak dalam rapat amandemen kedua UUD NRI 1945, yaitu dari IAIN, Syarif Hidayatullah dan Institut Teknologi Bandung, Hendi Tjaswadi. Mereka berpendapat agar dalam BAB XA tentang hak asasi manusia harus lengkap dengan menonjolkan pembatasan hak oleh undang-undang dan oleh kesusilaan.<sup>46</sup> Pembatasan terhadap hak dan kebebasan tersebut menunjukkan adanya *competing rights*.

---

<sup>44</sup> *ibid.*[227-228].

<sup>45</sup> *ibid.*[282] dikutip dari Sekretariat Jenderal MPR-RI, Risalah Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (1999-2002) Tahun Sidang 2000 Buku Lima (Sekretariat Jenderal MPR-RI 2008).[320-321].

<sup>46</sup> *ibid.*[262]. dikutip dari Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945, 1999-2002, tahun 2000, Buku Kedua.[482].

Maka dari itu, prinsip proporsionalitas hadir dengan peran sebagai alat peredam bagi hak-hak yang bersinggungan.

Dewa Gede Atmadja juga memberikan pendapatnya terkait pasal pembatasan hak. Dari pendapatnya tersebut terdapat dua poin yang perlu dicatat. Pertama, terkait dengan adanya aturan-aturan atau perangkat yang telah diformulasikan dengan jelas untuk pasal-pasal pembatasan hak (yang secara substansial belum jelas) terkait dengan kepentingan publik.<sup>47</sup> Hal tersebut menunjukkan adanya keinginan untuk memiliki suatu perangkat atau suatu formula untuk membantu dalam hal perumusan maupun penyelesaian masalah tentang pembatasan hak. Sejauh ini, prinsip proporsionalitas dapat digunakan sebagai formula tersebut.

Tidak hanya itu, lanjutnya Dewa Gede Atmadja memberikan syarat-syarat diperbolehkannya pembatasan hak, beliau mengatakan :

“Dan hak-hak asasi manusia menentukan pembatasan itu hanya dibenarkan kalau itu menyangkut ketertiban umum, kesusilaan misalnya dan juga barangkali ada hal yang sangat fundamental untuk melindungi kepentingan-kepentingan masyarakat luas melalui undang-undang, saya kira itu....”<sup>48</sup>

Syarat pembatasan tersebut, secara tidak langsung merupakan bahan dari prinsip proporsionalitas, yaitu pada tahap *legitimate aim*. Dengan demikian, prinsip proporsionalitas telah ada dan muncul dari makna pembuat Pasal 28J ayat (2) UUD NRI 1945. Syarat pembatasan pun juga telah ditentukan. Apabila ingin melakukan pembatasan hak, maka syarat-syarat yang harus dipenuhi, yaitu jika pembatasan hak menyangkut ketertiban umum, kesusilaan dengan tolak ukur UUD NRI 1945 dan nilai agama untuk mendapatkan keadilan sosial.

Merujuk pada Pasal 5 ayat (1) jo. Pasal 50 ayat (1) UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, hakim konstitusi dalam membuat putusan wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan

---

<sup>47</sup> *ibid.*[236]. kutipan dari Sekretariat Jenderal MPR-RI, Risalah Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (1999-2002) Tahun Sidang 2000 Buku Satu (Sekretariat Jenderal MPR-RI, 2008), h. 405.

<sup>48</sup> *ibid.*

yang hidup dalam masyarakat dan membuat putusan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis.<sup>49</sup> Berdasarkan hal tersebut, hakim konstitusi juga dapat menggunakan prinsip proporsionalitas dalam *judicial review*, meskipun tidak diatur secara tegas dalam UUD NRI 1945 maupun UU lainnya.

Pinsip proporsionalitas merupakan bagian dari prinsip negara hukum dan jiwa dari perlindungan hak asasi manusia, khususnya hak-hak yang diatur dalam UUD NRI 1945. Proporsionalitas juga merupakan sumber hukum yang tidak tertulis, sebab prinsip tersebut muncul dari semangat dan maksud pembuat UUD NRI 1945 perihal pembatasan hak-hak konstitusional. Hal tersebut memberikan justifikasi bagi hakim konstitusi untuk menggunakan prinsip proporsionalitas dalam *judicial review*.

Dengan demikian, prinsip proporsionalitas dalam *judicial review* memiliki kedudukan dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia. Meskipun tidak tercantum secara eksplisit dalam peraturan perundang-undangan, tidak menghalangi hakim konstitusi untuk menerapkan prinsip tersebut dalam memutus perkara *judicial review*. Hal tersebut juga didukung oleh semangat pembentuk amandemen UUD bahwa perlu adanya suatu formula dalam membuat UU maupun menguji UU yang di dalamnya terdapat pembatasan hak-hak konstitusional. Formula yang dapat digunakan, ialah, prinsip proporsionalitas agar dapat menghasilkan kebijakan pembatasan hak dan putusan yang adil bagi masyarakat.

Selanjutnya, sesuai dengan penjelasan sebelumnya yang menunjukkan prinsip proporsionalitas tidak secara eksplisit tertuang dalam peraturan perundang-undangan, hal itu mendukung pendapat penulis bahwa penggunaan prinsip tersebut tidak begitu eksis dalam *judicial review* di Indonesia. Tidak begitu eksis sebab hakim tidak ada kewajiban untuk memutus perkara *judicial review* menggunakan prinsip proporsionalitas dan "...mayoritas Hakim

---

<sup>49</sup> Pasal 5 ayat (1) jo. Pasal 50 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Konstitusi belum paham betul dengan pengertian proporsionalitas<sup>50</sup> maupun konsep proporsionalitas. Meskipun tidak begitu eksis, nyatanya ditemukan beberapa putusan yang mengandung proporsionalitas maupun putusan yang secara jelas menyatakan bahwa putusan yang berkaitan tentang pembatasan hak harus didasari dengan prinsip proporsionalitas. Selanjutnya, disajikan tabel putusan MK yang menyinggung prinsip proporsionalitas maupun yang menyatakan secara eksplisit prinsip proporsionalitas.

**Tabel 1.** Tabel Putusan MK yang menyinggung atau tidak menyinggung prinsip proporsionalitas dalam pertimbangan hukum.

No.	Nomor Putusan	Prinsip Proporsionalitas Dinyatakan Secara Eksplisit Atau Tidak
1.	Putusan MK Nomor 011-017/PUU-I/2003	Dinyatakan secara eksplisit
2.	Putusan MK Nomor 14/PUU-VI/2008	Tidak dinyatakan secara eksplisit
3.	Putusan MK Nomor 9/PUU-VII/2009	Dinyatakan secara eksplisit
4.	Putusan MK Nomor 152/PUU-VII/2009	Dinyatakan secara eksplisit
5.	Putusan MK Nomor 6-13-20/PUU-VIII/2010	Tidak dinyatakan secara eksplisit
6.	Putusan MK Nomor 52/PUU-X/2012	Tidak dinyatakan secara eksplisit

Berikut penjelasan putusan-putusan yang menyatakan secara eksplisit prinsip proporsionalitas dalam pertimbangan hukumnya. Putusan MK Nomor 011-017/PUU-I/2003. Putusan tersebut menguji Pasal 60 huruf g Undang-undang Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah terhadap UUD NRI 1945.<sup>51</sup> Pasal yang diuji dinilai bertentangan dengan Pasal 28 C ayat (2), Pasal 28 D ayat (1), Pasal 28 D ayat (3), Pasal 28 I ayat (2) UUD NRI 1945.<sup>52</sup> Perkara dalam putusan tersebut berbicara tentang larangan menjadi anggota DPR, DPD, DPRD Provinsi, dan

<sup>50</sup> Stephanus Hendrianto, "Against the Currents: The Indonesian Constitutional Court in an Age of Proportionality", dalam by Po Jen Yap, *Proportionality in Asia* (Cambridge University Press 2020), [139].

<sup>51</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 011-017/PUU-I/2003.

<sup>52</sup> *ibid.*

DPRD Kabupaten/Kota bagi mereka yang bekas anggota organisasi terlarang PKI atau orang yang terlibat secara langsung, maupun tidak langsung dalam peristiwa G.30.S/PKI.<sup>53</sup>

Dalam pertimbangan hukum, hakim menyinggung Pasal 28J ayat (2) UUD NRI 1945, yang menerangkan bahwa pembatasan terhadap hak konstitusional diperbolehkan, “...tetapi pembatasan terhadap hak-hak tersebut haruslah di dasarkan atas alasan-alasan yang kuat, masuk akal dan proporsional serta tidak berlebihan”.<sup>54</sup> Selain itu, hakim juga berpendapat bahwa pasal yang diuji tersebut justru dibuat berdasarkan pertimbangan yang bersifat politis.<sup>55</sup> Terhadap pendapat tersebut, yang dijadikan fokus utama adalah sifat dari pertimbangan legislator untuk melakukan pembatasan hak.

Pertimbangan pertama yang disajikan tersebut telah menunjukkan bahwa pembatasan hak konstitusional harus proporsional serta pembatasannya tidak boleh berlebihan. Selanjutnya, hakim telah mempertimbangkan dasar atau tujuan dibuatnya pembatasan tersebut yang ternyata bersifat politis. Dari hal itu, walaupun proses pengujian tidak secara rinci menunjukkan penggunaan prinsip proporsionalitas, namun hakim telah menunjukkan penggunaan prinsip proporsionalitas tahap *legitimate aim*, yaitu dengan menguji tujuan pembatasan hak (yang ternyata lebih dalam, sampai kepada sifat pembatasan hak) terhadap ukuran tujuan sah yang dapat dibenarkan oleh Pasal 28J ayat (2) UUD NRI 1945.

Putusan MK Nomor 9/PUU-VII/2009 menguji Pasal 245 ayat (2), ayat (3), dan ayat (5), serta Pasal 282 dan Pasal 307 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah terhadap UUD NRI 1945. Pemohon beranggapan bahwa pasal tersebut bertentangan dengan Pasal 28E dan Pasal 28F UUD NRI 1945.<sup>56</sup> Putusan tersebut sedang

---

<sup>53</sup> *ibid.*[9].

<sup>54</sup> *ibid.*[35].

<sup>55</sup> *ibid.*

<sup>56</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 9/PUU-VII/2009.

membicarakan tentang pengumuman hasil survey, jajak pendapat, dan *quick count* yang dilakukan pada masa pemilu.

Pertimbangan hakim pada poin [3.20] menunjukkan tahap uji proporsionalitas *balancing in narrow sense*. Hal itu ditunjukkan oleh pertimbangan hakim yang ingin mencari keseimbangan antara kepentingan rakyat dengan kepentingan peserta pemilu.<sup>57</sup> Dalam pertimbangannya juga mengisyaratkan, apabila mencari kepentingan atau keuntungan yang dapat dirasakan oleh semua pihak (seluruh rakyat dan peserta pemilu), maka hal tersebut dapat diwujudkan dengan penegakan UU.<sup>58</sup> Namun, keseimbangan antara dua kepentingan tersebut tidak dapat diwujudkan keduanya, sebab kepentingan rakyat tidak dapat dikesampingkan oleh kepentingan peserta pemilu semata.<sup>59</sup> Pertimbangan ini menunjukkan digunakannya prinsip proporsionalitas tahap *balancing in narrow sense*.

Dalam pertimbangan hakim selanjutnya, frasa proporsional atau proporsionalitas secara eksplisit dinyatakan dalam pertimbangan hukum para hakim. Pertama, pada pertimbangan hukum nomor [3.21], MK berpendapat bahwa pasal yang diuji “...secara rasional dan **proporsional** pembatasan tersebut sudah sesuai dengan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 secara cermat dan tidak serampangan...”.<sup>60</sup> Kedua, proporsionalitas dinyatakan secara eksplisit pada pertimbangan hukum nomor [3.23] yang menyatakan:

“Menimbang bahwa **prinsip proporsionalitas merupakan prinsip dan moralitas konstitusi**, yang setiap saat harus diajukan sebagai tolok ukur untuk dapat menjustifikasi dikesampingkannya hak-hak asasi manusia yang telah menjadi *constitutional rights*, yaitu perlindungan, pemajuan, penegakkan, dan pemenuhannya menjadi kewajiban dan tanggung jawab negara, terutama Pemerintah (*obligation to protect, to promote, to enforce and to fulfil*) yang juga ditetapkan dalam Pasal 28I ayat (4) UUD 1945”.<sup>61</sup>

Dari hal tersebut sangat jelas bahwa untuk mengukur pembatasan hak konstitusional dapat menggunakan prinsip proporsionalitas dengan tolak ukur

---

<sup>57</sup> *ibid*, pertimbangan hukum [3.20].[62].

<sup>58</sup> *ibid*.

<sup>59</sup> *ibid*.

<sup>60</sup> *ibid*, pertimbangan hukum [3.21].[62-62].

<sup>61</sup> *ibid*, pertimbangan hukum [3.23]. [63]. Cetak tebal tambahan dari penulis.

Pasal 28J ayat (2) UUD NRI 1945.

Putusan selanjutnya, yaitu Putusan MK Nomor 152/PUU-VII/2009, menguji Pasal 219 UU Nomor 27 Tahun 2009 tentang MPR, DPR, DPD dan DPRD terhadap UUD NRI 1945. Pasal tersebut dianggap bertentangan dengan Pasal 22B, Pasal 27 ayat (1), Pasal 28 D ayat (1) UUD NRI 1945.<sup>62</sup> Putusan ini hendak menguji tentang pemberhentian sementara anggota DPR / DPRD yang terkena kasus tindak pidana.

Prinsip proporsionalitas dalam putusan ini hadir di dalam pertimbangan hukum nomor [3.16.2] yang secara eksplisit MK berpendapat bahwa pembatasan hak konstitusional harus dilakukan secara proporsional.<sup>63</sup> Dengan kata lain, apabila dilakukan pengujian terhadap UU yang melakukan pembatasan hak, maka untuk menguji pembatasan tersebut juga menggunakan prinsip proporsionalitas.

Masih dalam pertimbangan hukum yang sama, MK menyatakan bahwa prinsip pembatasan hak yang ada dalam Pasal 28J UUD NRI 1945 dikaitkan dengan Pasal 219 UU 27/2009 (Pasal yang sedang diuji) untuk menjaga keseimbangan antara kepentingan para pihak.<sup>64</sup> Selain itu, terhadap Pasal 213 UU 27/2009 utamanya pada ayat (2) huruf c UU 27/2009, MK juga mencari kerugian yang paling sedikit diantara kepentingan yang bersinggungan.<sup>65</sup> Dari hal tersebut, secara tidak langsung MK menggunakan tolak ukur *neccesity* dan *balancing in narrow sense* dalam memutus perkaranya.

Prinsip ini hadir dengan mewujudkan eksistensinya melalui tahap uji *neccesity* dan *balancing in the narrow sense*. Lagi-lagi walaupun tidak secara signifikan menguji seperti negara yang lain, namun MK menunjukkan bahwa

---

<sup>62</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 152/PUU-VII/2009.

<sup>63</sup> *ibid.*[55].

<sup>64</sup> *ibid.*

<sup>65</sup> *ibid.* Mencari kerugian yang paling sedikit antara melakukan pemberhentian sementara dengan maksud agar pejabat publik yang diberhentikan fokus untuk menyelesaikan masalah dan secara tidak langsung memberikan kepastian hukum dan keadilan atau tidak dilakukan pemberhentian sementara dengan tetap bekerja sebagai pejabat publik, namun pihak tersebut tidak dapat fokus menyelesaikan perkaranya dan tidak memberikan kepastian hukum.

dalam memutus perkara tersebut menggunakan prinsip proporsionalitas. Dalam putusan ini juga, pertimbangan hukum lainnya merupakan kelanjutan dari tujuan untuk mencari keseimbangan antara kepentingan dan mempengaruhi hasil putusan ini.

Dengan demikian, prinsip proporsionalitas dalam *judicial review* di Indonesia memang ada. Akar wujudnya berasal dari makna dan semangat dari pembuat Pasal 28J ayat (2) UUD NRI 1945 dan Pasal 5 ayat (1) jo. Pasal 50 ayat (1) UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Selain itu, prinsip tersebut juga sempat disinggung oleh beberapa putusan MK yang telah dijelaskan sebelumnya. Walaupun keberadaan prinsip proporsionalitas dalam *judicial review* ada di Indonesia, namun prinsip tersebut belum memiliki konsep dan ruang lingkup yang jelas. Tidak hanya itu, penggunaan prinsip tersebut tidak dilakukan yang berulang-ulang terhadap setiap permasalahan *competing rights*. Dengan kata lain, prinsip ini memiliki jiwa, tetapi tidak memiliki tubuh untuk menjalankan prinsip tersebut.

### **Kesimpulan**

Prinsip proporsionalitas dalam *judicial review* merupakan suatu prinsip yang digunakan hakim konstitusi sebagai alat uji dalam memberikan pertimbangannya perihal kerugian warga negara, pembatasan hak dari adanya suatu UU dan *competing rights* yang ditimbulkannya. Prinsip tersebut membantu hakim konstitusi untuk menguji, apakah UU yang diuji tersebut telah proporsional atau tidak. Prinsip proporsionalitas memiliki aspek-aspek atau tahapan uji proporsionalitas, yaitu *legitimate aim, suitability, necessity*, dan *balancing in narrow sense*.

Untuk mengetahui Indonesia mengadopsi prinsip proporsionalitas dalam *judicial review* atau tidak, maka dilakukan studi perbandingan antara Indonesia dan Jerman. Dari hasil analisis ditemukan bahwa terdapat perbedaan dan persamaan prinsip proporsionalitas dalam *judicial review*. Singkatnya, prinsip proporsionalitas di Jerman telah ada sejak dalam hukum administrasi Prussia dan sampai saat ini terus berkembang pesat. Segala konsep, tahapan, pengetahuan

dan pengalaman GFCC dalam menerapkan prinsip proporsionalitas telah tersistem dengan baik. Sedangkan di Indonesia, prinsip ini belum serta merta diadopsi dan diakui oleh MK Indonesia, sehingga prinsip ini tidak berkembang. Walaupun benih proporsionalitas telah ditanam melalui beberapa putusan yang telah menyinggung prinsip proporsionalitas, MK belum mengembangkan dan mengeksplor pengetahuan tentang prinsip proporsionalitas. Sehingga, prinsip ini pun walaupun ada dalam makna Pasal 28J ayat (2) UUD NRI 1945 dan Pasal 5 ayat (1) jo. Pasal 50 ayat (1) UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, serta kebutuhan yang mendesak akan pentingnya prinsip ini terhadap *competing rights*. Hal tersebut belum cukup mendorong MK untuk mengembangkan prinsip proporsionalitas.

## **Daftar Bacaan**

### **Buku**

Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations* (Cambridge University Press 2012).

Bisariyadi, [et.,al.], *Laporan Hasil Penelitian: Penafsiran Konstitusi dalam Pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar* (Kepaniteraan dan Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia 2016).

Kai Moller, *The Global Model of Constitutional Rights* (Oxford University Press 2012).

Mathias Klatt dan Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality* (Oxford University Press 2012).

Niels Petersen, *Proportionality and Judicial Activism – Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa* (Cambridge University Press 2017).

Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum* (Kencana Prenada Media Group 2005).

Stephanus Hendrianto, “Against the Currents: The Indonesian Constitutional Court in an Age of Proportionality”, dalam by Po Jen Yap, *Proportioanlity in Asia* (Cambridge University Press 2020).

### **Jurnal**

Alec S. Sweet and Jud Mathews, 'Proportionality Balancing and Global Constitutionalism' (2008) 47 Columbia Journal of Transnational Law.

Bernhard Schlink, 'Proportionality In Constitutional Law: Why Everywhere But Here?' (2012) 22 Duke Journal Of Comparative Law And International Law.

Bisariyadi, 'Penerapan Uji Proporsionalitas Dalam Kasus Pembubaran Partai Politik: Sebuah Perbandingan' (2018) 48 Jurnal Hukum & Pembangunan.

Gertrude Lubbe-Wolff, Bielefeld, 'The Principle of Proportionality in The Case-Law of The German Federal Constitutional Court' (2014) 34 Human Rights Law Journal.

Julian Rivers, 'Proportionality and Variable Intensity of Review' (2006) 65 The Cambridge Law Journal.

M. Laica Marzuki, 'Judicial Review di Mahkamah Konstitusi' (2004) 1 Jurnal Legislasi Indonesia.

Ralf Poscher, 'Proportionality and the Bindingness of Fundamental Rights' (2020) *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice, Billis/Knust/Rui (eds.) Hart Publishing, forthcoming*. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3617525](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3617525), diakses pada tanggal 15 Oktober 2020.

Sefriani, 'Kewenangan Negara Melakukan Pengurangan Dan Pembatasan Terhadap Hak Sipil Politik' (2012) 1 Jurnal Konstitusi.

Yutaka ARAI-Takahashi, 'Proportionality - a German approach' (1999) *Amicus Curiae Issue*.

### **Skripsi**

Ilham Magribi, Penerapan Prinsip Proporsionalitas Dalam Penafsiran Mahkamah Konstitusi Terhadap Limitation Clause Dalam UUD 1945 (Skripsi pada Program Sarjana Universitas Padjadjaran 2018).

### **Perundang-undangan**

UUD NRI 1945.

Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157).

**Jerman**

*Grundgesetz 1949 with Amandements through 2014.*

**Putusan**

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 011-017/PUU-I/2003.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 9/PUU-VII/2009.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 152/PUU-VII/2009.

**--halaman ini sengaja dibiarkan kosong--**