



JH Ius Quia Iustum is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License. Which Permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited

Pengaturan Larangan Plastik Sekali Pakai: Kritik Terhadap Putusan Mahkamah Agung Nomor 29 P/Hum/2019 Dari Perspektif Teori Dan Hukum Perundang-Undangan

Umbu Rauta dan Titon Slamet Kurnia
Pusat Studi Hukum & Teori Konstitusi
Universitas Kristen Satya Wacana Salatiga Jawa Tengah Indonesia
Jln. Diponegoro No. 52 - 60 Salatiga Jawa Tengah Indonesia
umburauta@yahoo.com; titonslamet@gmail.com.

Received: 5 April 2020; *Accepted:* 21 Mei 2021; *Published:* 25 Agustus 2021
DOI: 10.20885/iustum.vol28.iss3.art4

Abstract

*This article discusses the Supreme Court Decision Number 29 P/HUM/2019 on the Judicial Review of Article 7 and Article 9 paragraph (1) of Governor of Bali Regulation No. 97 of 2018 on Restrictions on the Generation of Single-use Plastic Waste. The Supreme Court (MA) rejected the applicant's application with a *dedicendi ratio* that the *a quo* Governor's Regulation was justifiable as it was based on the principle of decentralization and the impact of single-use plastic waste that pollutes or damages the environment. The legal issues highlighted relate to how the relationship between legal products in the form of legislation and regulations should be, as well as whether the Supreme Court's judicial considerations in its decisions are appropriate according to the law. The research method is done with conceptual and case study approaches. The results of the study that: First, legal products in the form of regulations are an elaboration of legislation, so that regulations may not create new legal norms. Second, the Supreme Court's judicial opinion is incorrect as it does not distinguish between legislation and regulation products, so there is an impression that everything can be regulated by regional legal products provided that it is in accordance with the regional conditions. In addition, the act of limiting Human Rights is only carried out through legislative products in the form of legislation (laws).*

Key Words: Legislation; plastic ban; regulation

Abstrak

Artikel ini membahas Putusan Mahkamah Agung Nomor 29 P/HUM/2019 tentang uji materi terhadap Pasal 7 dan Pasal 9 ayat (1) Peraturan Gubernur Bali No. 97 Tahun 2018 tentang Pembatasan Timbulan Sampah Plastik Sekali Pakai. Mahkamah Agung (MA) menolak permohonan pemohon dengan *ratio dedicensi* bahwa Peraturan Gubernur *a quo* dibenarkan karena dilandasi oleh asas desentralisasi serta dampak dari timbulan sampah plastik sekali pakai yang mencemari atau merusak lingkungan hidup. Permasalahan hukum yang disoroti berkenaan dengan bagaimana seharusnya hubungan antara produk hukum berupa legislasi dan regulasi, serta apakah pertimbangan yudisial MA dalam putusannya telah tepat menurut hukum. Metode penelitian yaitu penelitian hukum dengan pendekatan konseptual dan kasus. Hasil penelitian menyimpulkan bahwa: *Pertama*, produk hukum berupa regulasi merupakan elaborasi dari legislasi, sehingga regulasi tidak boleh membuat norma hukum baru. *Kedua*, pendapat yudisial MA tidak tepat karena tidak membedakan antara produk legislasi dan regulasi, sehingga ada kesan bahwa semua dapat diatur dengan produk hukum daerah sepanjang sesuai dengan kondisi lokal/daerah. Selain itu, tindakan pembatasan Hak Asasi Manusia (HAM) hanya dilakukan melalui produk legislatif berupa legislasi (undang-undang).

Kata-kata Kunci: Legislasi; regulasi; larangan plastik

Pendahuluan

Beberapa daerah di Indonesia (baik provinsi maupun kabupaten/kota) sedang gencar mengatur larangan terhadap produk-produk turunan dari plastik selama beberapa tahun terakhir, dalam hal ini plastik sekali pakai (PSP), terutama dengan menggunakan instrumen peraturan kepala daerah (Perkada).¹ Satu catatan penting yang perlu menjadi perhatian adalah pengaturan tersebut tidak dapat dilakukan demi alasan kemaslahatan umum (seperti perlindungan terhadap lingkungan hidup) yang *legitimate*, namun menafikkan prinsip-prinsip regulatif dalam pembentukan peraturan perundang-undangan. Karena Indonesia adalah negara hukum, sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945), pengaturan apapun harus dilakukan sesuai dengan hukum. Prinsip yang dimaksud yaitu materi muatan Perkada seharusnya menjabarkan materi muatan Peraturan Daerah (Perda) atau menjabarkan materi muatan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.² Berdasarkan prinsip tersebut, seyogianya kedudukan dan materi muatan Perkada lebih menjabarkan norma delegasi pada tataran Perda dan peraturan perundang-undangan lainnya. Bahkan, ada pandangan bahwa dalam miniatur pemerintahan di tingkat daerah, Perkada merupakan Peraturan Pemerintah-nya Kota/Kabupaten, Ia adalah turunan dari Perda.³ Dengan demikian, pengaturan larangan PSP melalui Perkada (Peraturan Gubernur atau Peraturan Bupati/Walikota) beralasan untuk dikritisi.

Plastik, dan produk-produk turunannya seperti PSP, bagai buah simalakama; berguna, tetapi sekaligus merugikan, khususnya sampah yang dihasilkan. Tindakan Pemerintah dalam mengatur plastik, penggunaan dan termasuk melarang produknya, akan selalu kontroversial. Penulis secara metaforis

¹ Sebagai contoh yaitu Peraturan Walikota Bogor Nomor 61 Tahun 2018 tentang Pengurangan Penggunaan Kantong Plastik, Peraturan Walikota Balikpapan Nomor 8 Tahun 2018 tentang Pengurangan Penggunaan Kantong Plastik, Peraturan Walikota Banjarmasin Nomor 18 Tahun 2016 tentang Pengurangan Penggunaan Kantong Plastik, Peraturan Walikota Denpasar Nomor 36 Tahun 2018 tentang Pengurangan Penggunaan Kantong Plastik, Peraturan Walikota Samarinda Nomor 1 Tahun 2019 tentang Pengurangan Penggunaan Kantong Plastik, Peraturan Bupati Banjar Nomor 8 Tahun 2016 tentang Pengurangan Penggunaan Kantong Plastik, Peraturan Walikota Pasuruan Nomor 38 Tahun 2016 tentang Pengurangan Penggunaan Kantong Plastik.

² Pasal 246 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, sebagaimana telah diubah, terakhir dengan Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2015.

³ E. Prajwalita Widiati dan Haidar Adam, "Pengawasan Terhadap Peraturan Kepala Daerah," *Jurnal Yuridika*, Volume 27, Nomor 1, 2012, hlm. 78.

menyebutnya fenomena “benci tapi rindu,” sekadar untuk menggambarkan bahwa orang masih tetap butuh PSP walau dicerca. Tulisan ini secara khusus merupakan anotasi atas Putusan Mahkamah Agung Nomor 29 P/HUM/2019 tentang uji materi terhadap Pasal 7 dan Pasal 9 ayat (1) Peraturan Gubernur Bali Nomor 97 Tahun 2018 tentang Pembatasan Timbulan Sampah Plastik Sekali Pakai (Putusan MA No. 29 P/HUM/2019). Permohonan uji materi mempersoalkan dimuatnya ketentuan larangan memproduksi dan mendistribusikan PSP dalam Peraturan Gubernur Bali, karena Peraturan Gubernur ini dianggap merupakan peraturan pelaksanaan yang dikehendaki oleh Perda. MA dalam putusannya tidak mengabulkan permohonan Pemohon dengan *ratio decidendi* bahwa pengaturan demikian dapat dibenarkan karena dilandasi oleh asas desentralisasi serta dampak dari timbulan sampah plastik sekali pakai yang mencemari atau merusak lingkungan hidup.⁴

Oleh karenanya, tulisan ini hendak memberikan kritik atas *ratio decidendi* putusan MA dengan mengembalikan hakikat pengaturan atas larangan PSP dari perspektif teori perundang-undangan (*legisprudence*) dan hukum perundang-undangan. Dari dua perspektif ini, hukum yang seyogianya atau yang ideal untuk pengaturan tentang larangan PSP dapat dirumuskan sehingga atas dasar hukum tersebut dapat disimpulkan bahwa pendapat yudisial MA dalam Putusan Nomor 29 P/HUM/2019 tidak tepat. Materi muatan untuk pengaturan yang melarang, memproduksi, dan mendistribusikan PSP secara formal merupakan materi muatan undang-undang (*legislasi*), bukan materi muatan regulasi. MA telah tidak cermat dalam memahami hukumnya sebagai dasar pengujian pada kasus ini sehingga kesimpulannya juga tidak tepat.

Rumusan Masalah

Tulisan ini secara spesifik hendak melakukan anotasi terhadap Putusan MA Nomor 29 P/HUM/2019. Putusan *a quo* akan dipermasalahkan dari dua aspek: (1) materi muatan regulasi (dalam hal ini Perkada) yang melarang produksi dan distribusi PSP sementara tidak ada legislasi atau undang-undang yang melarangnya; (2) materi muatan regulasi (dalam hal ini Perkada) yang bersifat

⁴ Putusan Mahkamah Agung Nomor 29 P/HUM/2019, hlm. 156.

pembatasan terhadap HAM dengan melarang produksi dan distribusi PSP. Atas dasar itu, *research question* dari tulisan ini, yaitu apakah pendapat yudisial MA dalam Putusan Nomor 29 P/HUM/2019 telah tepat secara hukum?

Question of law dari penelitian (dasar untuk menentukan apakah putusan sudah tepat secara hukum/tidak) terkait *research question* tersebut sebagai berikut. *Pertama*, apa batasan hukum untuk materi muatan regulasi (termasuk Perkada) dalam kaitan dengan legislasi? Jawaban untuk pertanyaan adalah “hukum tentang regulasi.” *Kedua*, apa batasan hukum untuk pembatasan HAM yang dapat diberlakukan oleh negara/pemerintah? Jawaban untuk pertanyaan ini adalah “hukum tentang pembatasan HAM.”

Tujuan Penelitian

Tujuan penelitian ini adalah menilai ketepatan pendapat yudisial MA dalam Putusan Nomor 29/P/HUM/2019. Proses dalam menghasilkan jawaban tersebut dapat dideskripsikan sebagai berikut. *Pertama*, dijelaskan batasan ruang lingkup materi muatan antara produk legislasi (undang-undang) dan produk regulasi (dalam hal ini Perkada). *Kedua*, dijelaskan “hukum terkait pembatasan HAM” yaitu tindakan pembatasan HAM oleh negara/pemerintah hanya dilakukan dengan produk legislasi atau undang-undang. *Ketiga*, atas dasar kedua hal tersebut, akan dijustifikasi secara deduktif ketidaktepatan pendapat yudisial MA dalam Putusan Nomor 29P/HUM/2019 dengan alasan: (1) Peraturan Gubernur Bali mengandung materi muatan yang bukan ranah dari regulasi karena *make new law*; (2) Peraturan Gubernur Bali tersebut mengandung materi muatan yang bersifat pembatasan HAM yang seharusnya merupakan materi muatan eksklusif legislasi. Dengan demikian, elaborasi dari tiga poin di atas akan menjadi tujuan khusus penelitian supaya *research question* dapat terjawab.

Metode Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian hukum doktrinal untuk memberikan anotasi atau penilaian apakah Putusan MA Nomor 29 P/HUM/2019 sudah tepat atau tidak. Teknik demikian sudah bersifat standar dalam *doctrinal legal research* seperti digambarkan dalam pernyataan ini: “*arguments are derived from*

authoritative sources, such as existing rules, principles, precedents and scholarly publications."⁵

Pendekatan yang digunakan adalah pendekatan konseptual (*conceptual approach*), pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), dan pendekatan kasus (*case approach*).⁶ Pendekatan konseptual dilakukan dengan merujuk dan menelaah pendapat-pendapat sarjana tentang poin hukum yang hendak diperoleh.⁷ Pendekatan perundang-undangan dilakukan dengan merujuk peraturan perundang-undangan sebagai sumber hukum.⁸ Sedangkan pendekatan kasus dilakukan dengan merujuk pada pendapat yudisial sebagai sumber hukum.⁹ Langkah demikian secara metodologis dideskripsikan sebagai: "*locating the sources of the law and then interpreting and analysing the text.*"¹⁰

Proses penelitiannya sendiri terdiri dari dua bagian. *Pertama*, meletakkan hukum sebagai dasar untuk melakukan anotasi putusan. *Kedua*, menerapkan hukum tersebut dalam proses memberikan *judgment* terhadap putusan (menentukan apakah putusan sudah tepat atau tidak secara hukum).

Hasil Penelitian dan Pembahasan

Relasi antara Legislasi dan Regulasi

Hubungan antara legislasi dan regulasi perlu diklarifikasi terlebih dahulu supaya dapat menjadi pijakan dalam meletakkan kerangka hukum secara umum yang berfungsi sebagai pra-pemahaman dalam isu pengujian Perkada. Secara teori perundang-undangan (*legisprudence*) dan dikaitkan secara khusus dengan sistem ketatanegaraan Indonesia sebagai Negara Kesatuan, Perkada merupakan regulasi (*secondary legislation* atau *delegated legislation*), bukan legislasi. Dari perspektif teori perundang-undangan, hubungan antara legislasi dan regulasi

⁵ Terry Hutchinson, "The Doctrinal Method: Incorporating Interdisciplinary Method in Reforming the Law," *Erasmus Law Review*, Nomor 3, 2015, hlm. 131.

⁶ Tentang pendekatan-pendekatan dalam penelitian hukum lihat Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2010, hlm. 93-139.

⁷ Khusus tentang pendapat sarjana yang dijadikan rujukan lihat dalam Daftar Pustaka.

⁸ Peraturan perundang-undangan yang dirujuk secara spesifik adalah: UUD NRI 1945, UU No. 39 Tahun 1999, UU No. 12 Tahun 2011 UU No. 12 Tahun 2011 (sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2019).

⁹ Pendapat yudisial yang dirujuk secara spesifik adalah: Advisory Opinion OC-6/86 oleh *Inter-American Court of Human Rights* (9 May 1986) dan Putusan Mahkamah Agung No. 46 P/HUM/2018.

¹⁰ Terry Hutchinson dan Nigel Duncan, "Defining and Describing What We Do: Doctrinal Legal Research," *Deakin Law Review*, Volume 17, Nomor 1, 2012, hlm. 110.

dapat digambarkan sebagai berikut: *“legislation is made by legislatures, while regulation is made by the executive branch and the bureaucracy ... while legislation sets out the principles of public policy, regulation implements these principles, bringing legislation into effect.”*¹¹

Sarjana lain memberikan deskripsi yang kurang lebih senada, *“the Act should contain the principles and the regulations the minor detail ... The Act sets up the framework of principle, while regulations flesh out those principles with detailed machinery – the fees to be charged, the form to be filled, the procedures to be followed.”*¹² Walau tentatif, batasan teoretis untuk materi muatan yang menjadi undang-undang atau legislasi, dan tidak boleh menjadi objek regulasi, adalah:

*Policy which affects citizen in a significant way; policy which is controversial in that there are sharply divided opinions in society; policy which affects human rights and freedoms (for example proposals for search and surveillance, or taking away the property); the creation of offences, particularly ones enforceable by severe penalties; the imposition of tax; provisions setting up a new agency or entity and the conferment of powers on it; provisions conferring social and economic rights which citizens will rely.*¹³

Pembatasan ini penting karena undang-undang atau legislasi bersifat demokratis. Sementara untuk regulasi sebaliknya, *“carried out mostly behind closed doors.”*¹⁴ Dalam pendapat yang lebih lugas, *“public debate is a fundamental characteristic of parliamentary law-making but it is not recognised in law as an essential feature of administrative regulation-making.”*¹⁵ Oleh karena itu, pembatasan materi muatan legislasi dan regulasi menjadi penting.

Perspektif asas negara kesatuan (*unitary state*) membuat diperolehnya preskripsi bahwa badan legislatif nasional suatu negara hanya ada satu (*the constitution of a unitary State does not admit of any other law-making body than the central one*).¹⁶ Asas ini mengandung implikasi bahwa produk hukum dengan predikat legislasi (di Indonesia disebut undang-undang) hanya yang dihasilkan

¹¹ Nir Kosti, David Levi-Faur dan Guy Mor, “Legislation and Regulation: Three Analytical Distinctions,” *The Theory and Practice of Legislation*, Volume 7, Nomor 3, 2020, hlm. 171.

¹² John Burrows, “Legislation: Primary, Secondary and Tertiary,” *Victoria University of Wellington Law Review*, Volume 42, Nomor 1, 2011, hlm. 66.

¹³ *Ibid.*, hlm. 66-67. Batasan ini jauh lebih komprehensif jika dibandingkan dengan Pasal 10 UU No. 12 Tahun 2011.

¹⁴ Lorne Neudorf, “Reassessing the Constitutional Foundation of Delegated Legislation in Canada” *Dalbousie Law Journal*, Volume 41, Nomor 2, 2018, hlm. 522.

¹⁵ Andrew Edgar, “Administrative Regulation-Making: Contrasting Parliamentary and Deliberative Legitimacy,” *Melbourne University Law Review*, Volume. 40, Nomor 3, 2017, hlm. 739.

¹⁶ C.F. Strong, *A History of Modern Political Constitutions*, G.P. Putnam’s Sons, New York, 1963, hlm. 84.

kekuasaan legislatif.¹⁷ Sebagai implikasinya, semua produk hukum di luar yang dihasilkan badan legislatif jatuh pada katagori regulasi.

Relasi legislasi dan regulasi, *mutatis mutandis*, dapat pula dijelaskan secara analogis dengan relasi konstitusi dengan legislasi. Dalam relasi tersebut, materi muatan konstitusi diimplementasikan melalui legislasi. Legislasi berperan penting bagi implementasi konstitusi, di antaranya memperjelas dan merinci norma konstitusi serta mengatur implementasinya.¹⁸

Posisi regulasi, dalam kaitan dengan legislasi, digambarkan oleh V.C.R.A.C. Crabbe, "*the distinction between an Act of Parliament and a piece of delegated legislation is that the delegated legislation – for example, a set of Regulations – is the child of an Act of Parliament.*"¹⁹ Jika disederhanakan, maka pengertian dari pendapat tersebut adalah regulasi merupakan anak dari legislasi, sehingga legislasi ada terlebih dahulu dari regulasi. Pengertian ini tidak hanya metafora, tetapi mengandung implikasi yuridis, yaitu memberikan preskripsi tentang hubungan legislasi dan regulasi yang seharusnya. Implikasi yuridis tersebut adalah "*the person or authority upon whom the power is conferred has exercised the delegated power within the bounds of the enabling enactment. If the limits of the enabling enactment are exceeded or otherwise wrongfully exercised, that exercise can be challenged.*"²⁰ Dalam kalimat yang lebih lugas, "*... the power exercised must be the power conferred.*"²¹

Apa pembatasan spesifik yang diberlakukan oleh legislasi ketika legislasi mendelegasikan pengaturan lebih lanjut ke dalam regulasi? Bahwa regulasi tidak boleh mengatur materi muatan baru adalah implikasi yuridis dari hubungan antara legislasi dengan regulasi karena sifat dari regulasi adalah pengaturan di ranah eksekutif sehingga secara fungsional pengaturan ini merupakan pengaturan dalam rangka "*to execute the existing law.*"²² Jika sebaliknya, pembentuk regulasi telah bertindak melampaui kewenangannya. Oleh karena itu, regulasi tidak boleh bersifat atau berkarakter "*make new law*" seperti legislasi,

¹⁷ Titon Slamet Kurnia dan Krishna D. Darumurti, "Mahkamah Konstitusi dan Desain Hubungan Pusat-Daerah Berdasarkan Asas Negara Kesatuan," *Jurnal Majelis*, Edisi 03, 2020, hlm. 134-136.

¹⁸ Fajar Laksono Soeroso, "Linieritas Legislasi dan Adjudikasi Konstitusional Dalam Penegakan Undang-Undang Dasar 1945 (Analisis terhadap Undang-Undang Pemilihan Gubernur, Bupati, Walikota)," *Jurnal Legislasi Indonesia*, Volume 12, Nomor 2, 2015, hlm. 4.

¹⁹ V.C.R.A.C. Crabbe, *Legislative Precedents*, Cavendish Publishing, London, 1998, hlm. 39.

²⁰ *Ibid.*, hlm. 39 - 40.

²¹ *Ibid.*, hlm. 40.

²² Nir Kosti, David Levi-Faur dan Guy Mor, *Op. Cit.*, hlm. 173-174.

tetapi pengaturan yang bersifat “*to implement or to execute the existing law*” (mengimplementasikan atau melaksanakan undang-undang). Pengertian teoretis ini merupakan hasil penafsiran terhadap Pasal 12 huruf d Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011²³ yang ketentuannya menyatakan “peraturan di bawah undang-undang berisi materi untuk menjalankan undang-undang sebagaimana mestinya.”

Doktrin atau ajaran demikian telah diterapkan secara tepat oleh MA dalam pengujian Peraturan Komisi Pemilihan Umum Nomor 20 Tahun 2018 (PKPU 20 Tahun 2018).²⁴ Dengan menggunakan ketentuan Pasal 12 huruf d Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011, MA berpendapat bahwa “Komisi Pemilihan Umum telah membuat ketentuan yang tidak diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan di atasnya.”²⁵ Pendapat ini terkait dengan PKPU 20 Tahun 2018 yang mengatur supaya proses seleksi internal partai politik terhadap Bakal Calon Anggota Legislatif tidak mengikutsertakan mantan terpidana korupsi, terpidana bandar narkoba, dan terpidana kejahatan seksual terhadap anak. Ketentuan demikian dikualifikasi sebagai tindakan membuat aturan hukum baru karena undang-undang yang mendelegasikan kewenangan pengaturan kepada KPU sama sekali tidak mengandung adanya larangan demikian.²⁶

Regulasi Tidak Boleh Membatasi Hak Asasi Manusia

Isu derivatif dalam mendiskusikan Putusan MA Nomor 29P/HUM/2019 adalah isu pembatasan HAM. Isu ini timbul karena pembatasan terhadap timbulan sampah PSP melalui Peraturan Gubernur Bali No. 97 Tahun 2018 dilakukan dengan memberlakukan larangan untuk memproduksi dan mendistribusikan PSP. Larangan tersebut bersinggungan dengan hak mereka untuk bekerja, baik bekerja/berusaha sendiri maupun bekerja pada orang lain. Hak untuk bekerja merupakan HAM yang lazim dikualifikasikan sebagai hak ekonomi, dan secara yuridis dilindungi Pasal 28D ayat (2) UUD NRI 1945 dan

²³ Undang-Undang tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2019.

²⁴ Peraturan Komisi Pemilihan Umum tentang Pencalonan Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Propinsi, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota.

²⁵ Putusan Mahkamah Agung No. 46 P/HUM/2018, hlm. 72.

²⁶ *Ibid.*, hlm. 71-72.

Pasal 38 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (UU 39 Tahun 1999). Bagian ini secara spesifik mendiskusikan hukum pembatasan HAM guna memberikan *judgment* apakah penggunaan regulasi sebagai instrumen pembatasan HAM (hak untuk bekerja), dengan melarang produksi dan distribusi PSP melalui regulasi (Perkada), sudah tepat secara hukum.

HAM adalah hak-hak yang mana kewajiban korelatifnya ada pada negara/pemerintah, bukan pada individu. Karena hak untuk bekerja merupakan HAM, maka negara/pemerintah memiliki kewajiban korelatif. Kewajiban-kewajiban negara/pemerintah tersebut adalah kewajiban menghormati, melindungi, dan memenuhi (*obligation to respect, to protect and to fulfil*). Kewajiban menghormati adalah kewajiban negara/pemerintah untuk tidak melakukan sesuatu yang dapat melanggar atau merugikan HAM individu. Kewajiban melindungi adalah kewajiban negara/pemerintah untuk mencegah supaya sesama individu tidak saling merugikan satu sama lain. Kewajiban memenuhi adalah kewajiban negara/pemerintah untuk mengambil tindakan-tindakan yang perlu untuk memastikan kebutuhan dasar individu di dalam yurisdiksinya tercukupi, yang hal itu tidak dapat dipenuhi lewat usahanya sendiri.²⁷

Tindakan negara/pemerintah, baik dengan bertindak maupun tidak bertindak, yang tidak sesuai atau bertentangan dengan kewajibannya untuk menghormati, melindungi, dan/atau memenuhi dapat didefinisikan sebagai pelanggaran HAM.²⁸ Kemungkinan tindakan negara/pemerintah yang tidak sesuai dengan kewajibannya tidak dikualifikasi sebagai pelanggaran HAM hanya apabila negara/pemerintah secara spesifik menggunakan kewenangannya untuk melakukan pembatasan HAM. Jika mampu dibuktikan secara sah bahwa

²⁷ Eleanor D. Kinney, "The International Human Right to Health: What Does This Mean for Our Nation and World?," *Indiana Law Review*, Volume 34, Nomor 4, 2001, hlm. 1469; Malcolm Langford, "The United Nations Concept of Water as a Human Right: A New Paradigm for Old Problem?," *Water Resources Development*, Volume 21, Nomor 2, 2005, hlm. 277-279; Sigrun I. Skogly, "Right to Adequate Food: National Implementation and Extraterritorial Obligations," *Max Planck Yearbook of International Law*, Volume 11, 2007, hlm. 351-355; Monika Hakimi, "State Bystander Responsibility," *European Journal of International Law*, Volume 21, Nomor 2, 2010, hlm. 346-347; Jernej Letnar Čerňič, "State Obligations Concerning Indigenous Peoples' Rights to Their Ancestral Lands: *Lex Imperfecta?*," *American University International Law Review*, Volume 28, Nomor 4, 2013, hlm. 1148-1158; Samantha Besson, "The Bearers of Human Rights' Duties and Responsibilities for Human Rights: A Quiet (R)evolution?," *Social Philosophy and Policy*, Volume 32, Nomor 1, 2015, hlm. 250-251. Gabor Rona dan Lauren Aarons, "State Responsibility to Respect, Protect and Fulfill Human Rights Obligations in Cyberspace," *Journal of National Security, Law and Policy*, Volume 8, Nomor 3, 2016, hlm. 504-506.

²⁸ Titon Slamet Kurnia, *Interpretasi Hak-Hak Asasi Manusia oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia: The Jimly Court 2003 – 2008*, Cetakan III, Mandar Maju, Bandung, 2018, hlm. 131.

negara/pemerintah tengah melakukan pembatasan HAM, maka tindakannya yang tidak sesuai atau bertentangan dengan kewajiban-kewajibannya tidak dapat dikualifikasi sebagai praktik pelanggaran HAM.²⁹

Negara/pemerintah hanya dapat melakukan tindakan pembatasan terhadap HAM sebagai pengecualian atas kewajibannya jika tindakan tersebut dilakukan sesuai dengan batasan hukum yang berlaku. Pasal 28J ayat (2) UUD NRI 1945 menentukan batasan tersebut sebagai berikut:

dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam masyarakat demokratis.

Pasal 70 UU 39 Tahun 1999 juga mengatur tentang pembatasan HAM dengan ketentuan sebagai berikut:

dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan oleh undang-undang dengan maksud untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, keamanan dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

Berdasarkan dua ketentuan tersebut, norma atau kaidah untuk penerapan pembatasan HAM mengandung dua unsur, yaitu unsur formal dan unsur substantif. Unsur formal menentukan bahwa pembatasan tersebut harus dalam bentuk legislasi atau undang-undang sebagai tuntutan dari asas legalitas. Unsur substantif berkaitan dengan alasan supaya tindakan pembatasan tersebut dapat dibenarkan. Unsur substantif bertujuan untuk menjawab pertanyaan mengapa negara/pemerintah, khususnya pembentuk undang-undang, bermaksud melakukan tindakan pembatasan HAM ke dalam undang-undangnya.

Regulasi tidak dapat digunakan sebagai dasar hukum untuk melakukan pembatasan HAM. Dasar teoretis yang menjustifikasi pembatasan HAM harus dilakukan dalam bentuk undang-undang, legislasi, dan tidak berdasarkan produk peraturan perundang-undangan yang lain, regulasi, diberikan secara otoritatif oleh

²⁹ *Ibid.*, hlm. 131-132.

Inter-American Court of Human Rights (Pengadilan HAM untuk Negara-Negara di Kawasan Amerika) dalam perkara permohonan fatwa (*advisory opinion*) mengenai makna kata “*laws*” dalam *Article 30 the American Convention of Human Rights*, 9 Mei 1986. Pendapat yudisial *Inter-American Court of Human Rights* menyatakan:

the protection of human rights must necessarily comprise the concept of the restriction of the exercise of State power. In order to guarantee human rights, it is therefore essential that State actions affecting basic rights not be left to the discretion of the government but, rather, that they be surrounded by a set of guarantees designed to ensure that the inviolable attributes of the individual not be impaired. Perhaps the most important of these guarantees is that restrictions to basic rights only be established by a law passed by the legislature in accordance with the constitution. Such a procedure not only clothes these acts with the assent of the people through its representatives, but also allows minority groups to express their disagreement, propose different initiatives, participate in the shaping of the political will, or influence public opinion so as to prevent the majority from acting arbitrarily.³⁰

Pendapat di atas memiliki pengertian bahwa upaya pembatasan HAM melalui tindakan pengaturan harus dalam bentuk undang-undang yang sesuai dengan konstitusi karena hakikat perlindungan HAM adalah pembatasan terhadap kekuasaan negara. Oleh karenanya, tindakan negara yang berpengaruh terhadap HAM tidak boleh diserahkan menjadi ranah keputusan eksklusif pemerintah (eksekutif).³¹ Undang-undang di sini, yang utama, merepresentasikan bahwa tindakan pembatasan HAM memperoleh persetujuan dari rakyat sendiri, sebagai pemilik HAM, melalui wakil-wakilnya yang duduk di lembaga/badan legislatif. Kaidah demikian tidak berkurang bahkan untuk situasi yang mengandung unsur kedaruratan atau kemendesakan seperti upaya penanggulangan pandemi Covid-19 saat ini.³²

Menurut pengertian yang sudah lazim dikenal, dari perspektif asas negara hukum, pembatasan HAM harus dengan undang-undang atau legislasi dikenal sebagai asas legalitas.³³ Pembatasan terhadap HAM dengan menggunakan undang-undang atau legislasi mengandung karakter demokratis karena undang-undang atau

³⁰ Advisory Opinion OC-6/86 oleh *Inter-American Court of Human Rights* (9 May 1986). Nihal Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, hlm. 193.

³¹ Heiner Bielefeldt, “Limiting Permissible Limitations: How to Preserve the Substance of Religious Freedom,” *Religion and Human Rights*, Volume 15, Nomor 1, 2020, hlm. 8.

³² Alessandra Spadaro, “Covid-19: Testing the Limits of Human Rights,” *European Journal of Risk Regulation*, Volume 11, Nomor 2, 2020, hlm. 317-325.

³³ Adriaan Bedner, “An Elementary Approach to the Rule of Law,” *Hague Journal on the Rule of Law*, Volume 2, 2010, hlm. 56-61.

legislasi merupakan produk hukum demokratis yang mencerminkan kedaulatan rakyat dengan rakyat memberikan persetujuan terhadap hukum yang hendak mengaturnya.³⁴ Pengertian demikian beririsan dengan pengertian asas legalitas dalam Hukum Pidana. Asas legalitas di sini secara formal bersifat pembatasan terhadap kekuasaan negara untuk dapat memberlakukan pembatasan HAM dengan mensyaratkan bahwa pembatasan HAM itu sendiri harus dilakukan dengan undang-undang atau legislasi, tidak boleh dengan produk hukum lain. Pembatasan demikian merupakan kehendak dari negara hukum yang ditujukan untuk, pada akhirnya, memberikan perlindungan terhadap HAM.³⁵

Kaidah atau norma bahwa regulasi tidak boleh melakukan pembatasan HAM juga nampak dalam pendapat yudisial Majelis Hakim MA dalam uji materi terhadap PKPU 20 Tahun 2018 ke MA. Majelis Hakim menyatakan *ratio decidendi* yang menjadi salah satu alasan substansial untuk menyatakan ketidaksahan Pasal 4 ayat (3) PKPU 20 Tahun 2018 sebagai berikut:

Bahwa dalam UU HAM di atas sangat jelas diatur bahwa setiap warga negara mempunyai hak yang sama untuk dipilih dan memilih dalam pemilihan umum dan walaupun ada pembatasan terhadap hak tersebut maka harus ditetapkan dengan undang-undang, atau berdasarkan Putusan Hakim yang mencabut hak politik seseorang tersebut di dalam hukuman tambahan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap ...³⁶

Dengan demikian, hanya materi muatan legislasi atau undang-undang yang boleh membatasi HAM tidak hanya norma *in abstracto*, tetapi juga norma *in concreto* dalam pendapat yudisial Majelis Hakim MA. Sebagai hukum di Indonesia, kaidah *in concreto* telah bersesuaian dengan kaidah *in abstracto* (UUD NRI 1945 dan UU 39 Tahun 1999).

Anotasi Putusan MA No. 29 P/HUM/2019

Ketika dilakukan uji materi terhadap Pasal 7 dan Pasal 9 ayat (1) Peraturan Gubernur Bali Nomor 97 Tahun 2018 ke MA, ketentuan terkait larangan produksi

³⁴ *Ibid.*, hlm. 62-63. Lihat juga: Jürgen Habermas, "On the Internal Relation between the Rule of Law and Democracy," *European Journal of Philosophy*, Volume 3, Nomor 1, 1995, hlm. 12-20; Jeremy Waldron, "Representative Lawmaking," *Boston University Law Review*, Volume 89, Nomor 2, 2009, hlm. 335-336.

³⁵ Pauline C. Westerman, "The Rule of Law as Export Product," *The Theory and Practice of Legislation*, Volume 5, Nomor 2, 2017, hlm. 171-172. Bandingkan secara umum dengan Rebecca Thorburn Stern, "When the Ends Justify the Means? Quality of Law-Making in Times of Urgency," *The Theory and Practice of Legislation*, Volume 7, Nomor 2, 2019, hlm. 85-100.

³⁶ Putusan Mahkamah Agung No. 46...*Op. Cit.*, hlm. 70-71.

dan distribusi PSP dipertanyakan karena dalam kaitan dengan teori dan hukum perundang-undangan, materi muatan tersebut “*make new law*” sehingga menyalahi “kodratnya” sebagai materi muatan dari produk hukum berupa regulasi. Dengan melarang produksi dan distribusi PSP, ketentuan *a quo* menegasikan *pre-existing legal right* dari pihak-pihak yang sebelumnya memproduksi dan mendistribusikan PSP secara sah, yang mana usaha tersebut didasarkan pada pemberian izin oleh pejabat yang berwenang. Karena izin tersebut adalah izin untuk melakukan usaha, tentu saja, dari posisi pemegang izin, tindakan tersebut dilindungi atas dasar HAM, yaitu hak untuk bekerja. Oleh karena itu, poin utamanya di sini adalah apakah Peraturan Gubernur Bali secara khusus, dan regulasi secara umum, dapat mengandung materi muatan yang demikian yaitu menegasikan *pre-existing legal right* dari individu?³⁷

1. Hukum tentang Regulasi

Isu pertama yang didiskusikan dalam anotasi adalah materi muatan yang boleh dimuat ke dalam regulasi. Isu ini beranjak dari pemahaman konseptual bahwa Peraturan Gubernur merupakan regulasi, sehingga apakah Peraturan Gubernur sudah mengatur secara benar atau tidak, pertama-tama akan dikembalikan pada hukum tentang regulasi. Isu ini juga paralel dengan isu hukum dalam permohonan uji materi. Oleh karenanya, isu ini akan menjadi prioritas dalam anotasi, selain isu derivatifnya yang akan didiskusikan pada poin dua dari anotasi, terkait dengan Peraturan Gubernur, sebagai regulasi, yang materi muatannya menegasikan *pre-existing legal right* dari individu yang melakukan usaha berupa produksi dan distribusi PSP.

MA memberikan respons atas isu hukum ini, pembatasan hukum terhadap materi muatan regulasi, secara tidak tepat, setidaknya dari pemahaman hukum yang sudah benar yang pernah diberikan oleh MA sendiri (dalam hal ini pendapat yudisial terkait dengan hukum tentang regulasi). Pendapat yudisial MA tersebut, sebagai *ratio decidendi*, menyatakan:

Bahwa objek hak uji materiil secara substansi tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, rumusan materi di dalam objek hak uji materiil merupakan pelaksanaan ketentuan Pasal 10 ayat (1) dan

³⁷ Putusan Mahkamah Agung Nomor 29 P/HUM/2019, hlm. 25-38.

Pasal 12 ayat (2) huruf e Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintah Daerah pada intinya, mengatur bahwa sesuai asas desentralisasi, daerah memiliki wewenang membuat kebijakan daerah untuk mengatur urusan pemerintahannya sendiri, termasuk urusan pemerintahan wajib yang berkaitan dengan Pelayanan Dasar antara lain meliputi ketenteraman, ketertiban umum, dan perlindungan masyarakat. Demikian pula, ketentuan Pasal 65 ayat (2) Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2015 *juncto* Pasal 236 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014, yang intinya, memberi kewenangan Kepala Daerah dan atau Dewan Perwakilan Rakyat Daerah untuk membentuk Perda dengan materi muatan yang disesuaikan dengan kondisi lokal/daerah setempat.³⁸

Pendapat yudisial di atas harus dikritik keras karena memberikan pemahaman hukum yang kurang tepat. Sebagai *ratio decidendi*, pendapat yudisial tersebut dijadikan sebagai dasar putusan oleh MA. Poin kritik atas pendapat yudisial tersebut adalah MA menjadikan produk hukum daerah, baik peraturan daerah maupun Perkada yang secara konsep merupakan regulasi, tidak lagi memiliki batasan hukum (sebagai regulasi) dengan adanya kesan bahwa semua dapat diatur dengan produk hukum daerah asalkan “sesuai dengan kondisi lokal/daerah setempat.” Sekali lagi, isunya di sini adalah tentang hukum dari regulasi. Hukum tersebut adalah bersifat pembatasan terhadap materi muatan regulasi.

MA, dalam kasus lain, sudah meletakkan hukumnya secara tepat sebagai hukum bagi regulasi. Hal ini tampak dari uji materiil terhadap Peraturan PKPU No. 20 Tahun 2018 yang menjawab secara tepat isu hukum materi muatan regulasi dengan mengacu pada UU Nomor 12 Tahun 2011. MA menyampaikan pendapat yudisial dengan mengacu pada Pasal 12 UU Nomor 12 Tahun 2011 yang setelah diinterpretasi mengandung kaidah “peraturan di bawah undang-undang berisi materi untuk menjalankan undang-undang sebagaimana mestinya.” Atas dasar ketentuan tersebut, MA menyatakan, “Komisi Pemilihan Umum telah membuat ketentuan yang tidak diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan di atasnya.”³⁹ Ketentuan demikian dikualifikasi sebagai tindakan membuat aturan hukum baru karena undang-undang yang mendelegasikan kewenangan pengaturan kepada KPU sama sekali tidak mengandung adanya larangan demikian,⁴⁰ sehingga sebagai implikasinya, kewenangan mengatur juga tidak ada pada KPU karena tidak

³⁸ *Ibid.*, hlm. 156.

³⁹ Putusan Mahkamah Agung Nomor 46..., *Op. Cit.*, hlm. 72.

⁴⁰ *Ibid.*, hlm. 71-72.

ada pemberian kewenangan untuk menetapkan larangan tersebut. Hukum ini sejatinya sederhana, bahwa “regulasi secara umum tidak boleh mengandung materi muatan yang tidak diperintahkan oleh peraturan yang lebih tinggi atau peraturan yang mendasarinya karena sesuai sifatnya regulasi adalah pengaturan dalam rangka *to execute the law*, bukan *to make law*.” Dengan pengertian lain, *a fortiori*, regulasi yang tidak demikian adalah regulasi yang *make new law* sehingga berperan sebagai legislasi.

Perkada yang materi muatannya melarang produksi dan distribusi PSP, yaitu Pasal 7 dan Pasal 9 ayat (1) Peraturan Gubernur Bali Nomor 97 Tahun 2018, termasuk *make new law* yang lebih bersifat sebagai pengaturan pada tingkatan legislasi ketimbang pada tingkatan regulasi. Dari sisi hukum tentang peraturan perundang-undangan, materi muatan Perkada yang melarang produksi dan distribusi PSP adalah tidak tepat karena mengadakan larangan baru sama sekali, padahal peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, terutama undang-undang, tidak mengandung materi muatan pelarangan PSP, baik UU Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup maupun UU Nomor 18 Tahun 2008 tentang Pengelolaan Sampah (UU No. 18 Tahun 2008).

Kaidah berupa larangan dan sanksi seharusnya merupakan materi muatan eksklusif dari legislasi. Manakala kaidah larangan dan sanksi tidak ada dalam legislasi dan muncul dalam regulasi, maka pengaturan demikian bukan pengaturan dalam rangka *to execute the existing law* (sebagai sifat materi muatan dari regulasi), tetapi pengaturan yang *make new law* (sebagai sifat materi muatan dari legislasi). Jika taat asas terhadap preskripsi ini, kaidah pelarangan PSP seyogianya adalah materi muatan undang-undang. Perda tidak dapat memuat pelarangan PSP berdasarkan standar yang seyogianya karena secara teori ini merupakan regulasi, terlebih lagi Perkada yang statusnya adalah peraturan sub-delegasi (delegasi dari Perda). Manakala diatur dengan undang-undang sekali pun, maka materi muatan yang demikian tetap salah karena esensi pengaturan hukum di sini bukan pada pelarangan (yang berimplikasi pada kerugian pihak tertentu), tetapi pengendalian terhadap sampah yang berasal dari plastik secara umum dan kantong plastik secara khusus. Itu artinya, plastik di sini bukan pihak yang salah, tetapi manusia pengguna plastik yang perilakunya perlu dikendalikan.

MA telah secara tidak cermat mengaitkan keberadaan Peraturan Gubernur Bali No. 97 Tahun 2018 dengan UU No. 18 Tahun 2008, sebagai dasar otorisasinya supaya pengaturan ini memiliki dasar kewenangan sehingga, pada akhirnya, akan dapat disimpulkan bahwa Peraturan Gubernur *a quo* tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi karena merupakan bentuk *delegated legislation*. MA menyatakan:

Bahwa dengan memperhatikan ketentuan-ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2008 tentang Pengelolaan Sampah, berikut peraturan pelaksanaannya, maka dapat dimaknai bahwa upaya menghindari penggunaan PSP berupa kantong plastik, *polyesterina (styrofoam)* dan sedotan plastik merupakan langkah konkret pengurangan sampah plastik yang dilakukan dengan cara melarang, dan/atau membatasi produksinya, distribusinya, penjualannya, dan/ atau pemakaiannya, khususnya di Provinsi Bali.⁴¹

Nampak bahwa MA berupaya untuk “menyelamatkan” supaya Peraturan Gubernur *a quo* nampak sah sebagai regulasi (*delegated legislation*), tetapi tidak cermat dalam hal mengidentifikasi bagaimana regulasi seharusnya. Jika pendekatan demikian yang digunakan, maka MA sama halnya mengamini bahwa untuk membunuh tikus di gudang, maka gudangnya sekaligus dibakar. Dengan perkataan lain, jika diterapkan pada kasus ini, untuk mengurangi sampah dari PSP, maka produksi dan distribusi PSP harus dilarang. Padahal, isunya bukan pada produksi dan distribusi PSP, tetapi perilaku dari individu-individu dalam menggunakan PSP yang menghasilkan sampah dari PSP.

Oleh karena itu, pesan penting di sini adalah bahwa dalam mengatur, maksud baik sekalipun tidak cukup. Maksud baik harus sesuai dengan hukum. Prinsip demikian harus dipertahankan karena Indonesia adalah negara hukum. Hukumnya telah menentukan bahwa regulasi tidak boleh mengandung ketentuan hukum baru (*make new law*). Melarang sesuatu yang sebelumnya tidak dilarang adalah tindakan menghasilkan ketentuan hukum baru. Ketentuan demikian seyogianya menjadi ranah materi muatan undang-undang. Prinsip ini harus diperhatikan sebelum mengambil keputusan melarang PSP dengan Peraturan Gubernur. Poin ini diabaikan oleh MA dalam putusan *a quo*, padahal poin ini menjadi *ratio decidendi* MA dalam Putusan Nomor 46 P/HUM/2018.

⁴¹ Putusan Mahkamah Agung Nomor 29..., *Op. Cit.*, hlm. 156.

2. Regulasi dan Perlindungan terhadap *pre-Existing Legal Right*

Isu selanjutnya adalah: apakah regulasi boleh mengandung materi muatan yang memengaruhi (menegasikan atau meniadakan) *pre-existing legal right*, terlebih *pre-existing legal right* itu merupakan HAM. Hukumnya di sini adalah pembatasan hak, termasuk HAM, harus dengan legislasi atau undang-undang, sebagaimana ditegaskan Pasal 28J ayat (2) UUD NRI 1945 dan Pasal 70 UU 39 Tahun 1999. MA telah benar dalam pendiriannya terkait isu hukum ini. MA dalam Putusan Nomor 46P/HUM/2018 tidak ragu untuk membatalkan Pasal 4 ayat (3) Peraturan KPU 20 Tahun 2018, walaupun ketentuan tersebut secara tujuan adalah baik, yaitu untuk pemilu yang adil dan berintegritas. Majelis Hakim MA menyatakan:

Bahwa penyelenggaraan Pemilu yang adil dan berintegritas sebagaimana menjadi semangat Peraturan Komisi Pemilihan Umum Nomor 20 Tahun 2018 (objek hak uji materiil) merupakan sebuah keniscayaan bahwa pencalonan anggota legislatif harus berasal dari figur yang bersih dan tidak pernah memiliki rekam jejak cacat integritas. Namun pengaturan terhadap pembatasan hak politik seorang warga negara harus dimuat dalam undang-undang, bukan diatur dalam peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang *in casu* Peraturan Komisi Pemilihan Umum Nomor 20 Tahun 2018.⁴²

Ratio decidendi di atas mengacu pada Pasal 28J ayat (2) UUD NRI 1945 dan Pasal 70 UU 39 Tahun 1999. *Ratio decidendi* di atas mengandung makna tersirat bahwa tujuan baik tetap harus diimplementasikan berdasarkan hukum sehingga ketika implementasinya tidak benar secara hukum, tujuan baik tersebut tidak serta merta membenarkan implementasi yang tidak benar. Inilah tuntutan utama negara hukum; hanya yang benar menurut hukum yang benar. Oleh karena itu, pendapat yudisial di atas penting untuk dipertahankan sebagai preseden supaya segala bentuk praktik pembatasan HAM dikembalikan, untuk pertama-tama, pada kaidah formalnya, “ditetapkan dengan/oleh undang-undang.”

MA menyikapi isu HAM dalam uji materiil Peraturan Gubernur Bali Nomor 97 Tahun 2018 tidak sama seperti pengujian materiil Peraturan KPU Nomor 20 Tahun 2018. Dalam pertimbangan putusan pengujian Peraturan Gubernur Bali Nomor 97 Tahun 2018, MA berpandangan bahwa tidak ada pertentangan antara Peraturan Gubernur Bali Nomor 97 Tahun 2018 dengan HAM karena

⁴² Putusan Mahkamah Agung Nomor 46..., *Op. Cit.*, hlm. 73.

pembentukan Peraturan Gubernur Bali Nomor 97 Tahun 2018 tidak dalam konteks pembatasan HAM, tetapi penegakan HAM yang dalam hal ini hak atas lingkungan hidup yang baik dan sehat. Secara lebih lengkap, MA menyatakan:

Bahwa Hak Asasi Manusia tidak dapat diperoleh oleh setiap orang termasuk hak asasi warga negara untuk bekerja, mendapatkan imbalan yang adil dan layak dalam hubungan kerja (*vide* Pasal 28D ayat (2) UUD Negara Republik Indonesia 1945 (UUD NKRI 1945), dan hak asasi warga negara untuk bebas memilih pekerjaan yang disukai, baik pria maupun wanita melakukan pekerjaan yang sama dalam melakukan pekerjaan yang sepadan dengan martabat kemanusiaannya (*vide* Pasal 38 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia) apabila lingkungan rusak dan tercemar. Pemenuhan HAM hanya dapat diwujudkan pada lingkungan hidup yang baik dan sehat.⁴³

Pendapat yudisial ini, pada satu sisi, mengakui secara tersirat bahwa Pemohon memiliki HAM, tetapi HAM-nya, hak untuk bekerja, akan tanpa makna jika lingkungan hidup yang baik dan sehat, yang juga adalah HAM, dalam kondisi rusak atau tercemar. Rupanya, pendapat yudisial ini menggunakan pendekatan “barter” atau *trade-off*, yang tidak dikenal dalam hukum HAM, untuk membenarkan peniadaan hak yang pertama dengan alasan adanya hak yang kedua.⁴⁴ Pendapat yudisial ini jelas melupakan satu hal yang pokok dari negara hukum bahwa setiap tindakan yang berdampak terhadap hak, menegasikan atau meniadakannya, haruslah atas dasar kekuatan yang diberikan oleh legislasi (undang-undang), yang telah pula menjadi pendapat yudisial oleh MA sendiri dalam kasus berbeda (Putusan Nomor 46 P/HUM/2018).

Bahwa melihat fenomena ini lalu membuat pembelaan secara serta merta tentang asas preseden tidak dikenal karena MA adalah *civil law court* (badan peradilan *civil law*) pada akhirnya adalah naif.⁴⁵ Perbedaan antara putusan Putusan Nomor 29 P/HUM/2019 dengan Putusan No. 46 P/HUM/2018 tentu mengecewakan, terlebih pada putusan sebelumnya MA telah benar dalam meletakkan hukumnya. Oleh karena itu, pentingnya badan peradilan untuk mendasari asas preseden adalah supaya apa yang sudah benar menjadi dasar bertindak dalam kasus yang selanjutnya dan tidak membuat pemahaman hukum

⁴³ Putusan Mahkamah Agung Nomor 29..., *Op. Cit.*, hlm. 153.

⁴⁴ Todung Mulya Lubis, *In Search of Human Rights: Legal-Political Dilemmas of Indonesia's New Order, 1966-1990*, PT. Gramedia Pustaka Utama dan SPES Foundation, Jakarta, 1993, hlm. 41-43.

⁴⁵ Bandingkan dengan Titon Slamet Kurnia, “Prediktabilitas Ajudikasi Konstitusional: Mahkamah Konstitusi dan Pengujian Undang-Undang,” *Jurnal Konstitusi*, Volume 12, Nomor 2, 2016, hlm. 271-276.

baru, terlebih pemahaman tersebut justru salah jika dinilai berdasarkan pemahaman hukum yang sudah pernah dihasilkan sebelumnya, supaya proses yudisial prediktabel.⁴⁶ Hal ini disimpulkan dengan mengikuti pendapat Neil Duxbury, “*past events be respected as guides for present action, but not to the extent that judges must maintain outdated attitudes and a commitmen to repeating their predecessors’ mistakes.*”⁴⁷ Bagian terpenting dari memertahankan apa yang sudah benar di masa lalu (baca: putusan) untuk menjadi preseden bagi kasus sekarang adalah tuntutan kepada pengadilan berdasarkan asas atau prinsip yang lebih fundamental, yaitu asas atau prinsip persamaan bahwa kasus yang sama harus diperlakukan sama; *treat like cases alike*. Hal ini menghendaki terwujudnya kepastian hukum dalam putusan pengadilan karena “*the certainty generated by precedents, as has often been observed, enables citizens to obtain definite advice on how to order their affairs,*”⁴⁸ dan lebih jauh lagi, hal itu merupakan tradisi dalam berhukum sebagai implikasi dari hukum sebagai tradisi.⁴⁹

3. Pengaturan Larangan PSP yang Seyogianya: Pendekatan Formal

Isu utama penelitian ini adalah pengaturan secara tepat berdasarkan hukum, walaupun materi muatan pengaturan tersebut secara kepentingan adalah *legitimate*. Poin ini diabaikan oleh MA karena kurangnya pemahaman tentang teori dan hukum perundang-undangan, dalam hal ini perbedaan antara legislasi dengan regulasi. Perbedaan kedua konsep perundang-undangan tersebut berimplikasi pada materi muatan yang boleh masuk ke dalamnya.

Isu hukum terakhir dalam anotasi ini adalah tentang hukumnya, yang paling minimal, supaya pengaturan tentang larangan PSP relatif lebih tepat ketimbang teknik pengaturan yang saat ini digunakan. Hukumnya supaya regulasi dapat memiliki peranan dalam melakukan pengaturan adalah harus ada legislasi yang secara umum melarang (dengan pertimbangan bahaya yang ditimbulkan) produk plastik dan turunannya. Selanjutnya, legislasi ini

⁴⁶ Mary Garvey Algero, “The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation,” *Louisiana Law Review*, Volume 65, Nomor 2, 2005, hlm. 782-783; Nina Varsava, “How to Realize the Value of Stare Decisis: Options for Following Precedent,” *Yale Journal of Law and the Humanities*, Volume 30, Nomor 2, 2018, hlm. 70-71.

⁴⁷ Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, hlm. 183.

⁴⁸ *Ibid.*, hlm. 161.

⁴⁹ Martin Krygier, “Law as Tradition,” *Law and Philosophy*, Volume 5, 1986, hlm. 239-240.

memberikan delegasi untuk menentukan produk-produk plastik yang dapat dilarang sesuai dengan kondisi spesifik yang dihadapi.

Pendekatan demikian penulis konsepsikan sebagai pendekatan paling minimal dalam pengertian jika pendekatan demikian ditempuh dalam pengaturan tentang larangan PSP maka pengaturan demikian telah memenuhi kriteria formal dari hukum tentang regulasi. Karena menurut sifat pengaturannya, regulasi melaksanakan legislasi, tidak *make new law*. Maka, harus diberikan otorisasi eksplisit oleh legislasi yang hendak dilaksanakan; hal ini belum dijawab oleh UU Nomor 18 Tahun 2008. Pendekatan demikian baru benar setengahnya, yaitu dari aspek formal. Sementara dari aspek material, ruang untuk memperdebatkan apakah harus ada pengaturan yang bersifat larangan terhadap produk plastik tersebut atau tidak masih terbuka. Semua hal harus dipertimbangkan supaya pengaturan demikian *legitimate* secara substantif, tidak hanya secara formal. Dengan demikian, kepedulian kita terhadap isu lingkungan hidup dapat disalurkan secara tepat menurut hukum.

Penutup

Berdasarkan uraian pada bagian pembahasan, dapat disimpulkan beberapa hal. *Pertama*, produk hukum berupa regulasi merupakan elaborasi dari legislasi. Asasnya, produk hukum di ranah eksekutif (regulasi) dibatasi materi muatannya sesuai dengan sifatnya sebagai regulasi dalam hubungan dengan legislasi. Regulasi tidak boleh “membuat hukum baru” atau *make new law*. *Kedua*, demi memberikan perlindungan terhadap *pre-existing legal rights*, terutama HAM, regulasi tidak boleh mengandung materi muatan yang membatasi maupun mengurangi hak walaupun demi kemaslahatan umum. *Ketiga*, pendapat yudisial MA tidak tepat karena dua alasan, yaitu (i) tidak membedakan antara produk legislasi dan regulasi, sehingga ada kesan bahwa semua dapat diatur dengan produk hukum daerah (asalkan “sesuai dengan kondisi lokal/daerah setempat) dan (ii) tindakan pembatasan HAM hanya dilakukan melalui produk legislatif berupa legislasi (undang-undang).

Sebagai saran, dari aspek formal, agar regulasi dapat memiliki peranan dalam melakukan pengaturan, harus diawali dengan legislasi yang mengatur soal larangan. Berdasarkan itu, produk legislasi memberikan delegasi dalam wujud regulasi sesuai

dengan kondisi spesifik yang dihadapi. Selain itu, aspek material mesti menjadi perhatian agar supaya pengaturan dapat *legitimate* secara substantif.

Daftar Pustaka

Buku

- Crabbe, V.C.R.A.C, *Legislative Precedents*, Cavendish Publishing, London, 1998.
- Duxbury, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- Jayawickrama, Nihal, *The Judicial Application of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- Kurnia, Titon Slamet, *Interpretasi Hak-Hak Asasi Manusia oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia: The Jimly Court 2003 – 2008*, Mandar Maju, Bandung, 2018.
- Lubis, Todung Mulya, *In Search of Human Rights: Legal-Political Dilemmas of Indonesia's New Order, 1966-1990*, PT. Gramedia Pustaka Utama dan SPES Foundation, Jakarta, 1993.
- Marzuki, Peter Mahmud, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2010.
- Strong, C.F., *A History of Modern Political Constitutions*, G.P. Putnam's Sons, New York, 1963.

Jurnal

- Adriaan Bedner, "An Elementary Approach to the Rule of Law," *Hague Journal on the Rule of Law*, Volume 2, 2010.
- Alessandra Spadaro, "Covid-19: Testing the Limits of Human Rights," *European Journal of Risk Regulation*, Volume 11, Nomor 2, 2020.
- Andrew Edgar, "Administrative Regulation-Making: Contrasting Parliamentary and Deliberative Legitimacy," *Melbourne University Law Review*, Volume. 40, Nomor 3, 2017.
- E. Prajwalita Widiati, dan Haidar Adam, "Pengawasan Terhadap Peraturan Kepala Daerah", *Jurnal Yuridika*, Volume 27, Nomor 1, 2012.
- Eleanor D. Kinney, "The International Human Right to Health: What Does This Mean for Our Nation and World?," *Indiana Law Review*, Volume 34, Nomor 4, 2001.
- Fajar Laksono Soeroso, "Linieritas Legislasi dan Adjudikasi Konstitusional Dalam Penegakan Undang-Undang Dasar 1945 (Analisis Terhadap Undang-Undang Pemilihan Gubernur, Bupati, Walikota)", *Jurnal Legislasi Indonesia*, Volume 12, Nomor 2, 2015.
- Gabor Rona dan Lauren Aarons, "State Responsibility to Respect, Protect and Fulfill Human Rights Obligations in Cyberspace," *Journal of National Security, Law and Policy*, Volume 8, Nomor 3, 2016.

- Heiner Bielefeldt, "Limiting Permissible Limitations: How to Preserve the Substance of Religious Freedom," *Religion and Human Rights*, Volume 15, Nomor 1, 2020.
- Jeremy Waldron, "Representative Lawmaking," *Boston University Law Review*, Volume 89, Nomor 2, 2009.
- Jernej Letnar Čerňič, "State Obligations Concerning Indigenous Peoples' Rights to Their Ancestral Lands: *Lex Imperfecta?*," *American University International Law Review*, Volume 28, Nomor 4, 2013.
- John Burrows, "Legislation: Primary, Secondary and Tertiary," *Victoria University of Wellington Law Review*, Volume 42, Nomor 1, 2011.
- Jürgen Habermas, "On the Internal Relation between the Rule of Law and Democracy," *European Journal of Philosophy*, Volume 3, Nomor 1, 1995.
- Lorne Neudorf, "Reassessing the Constitutional Foundation of Delegated Legislation in Canada," *Dalhousie Law Journal*, Volume 41, Nomor 2, 2018.
- Malcolm Langford, "The United Nations Concept of Water as a Human Right: A New Paradigm for Old Problem?," *Water Resources Development*, Volume 21, Nomor 2, 2005.
- Martin Krygier, "Law as Tradition," *Law and Philosophy*, Volume 5, 1986.
- Mary Garvey Algero, "The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation," *Louisiana Law Review*, Volume 65, Nomor 2, 2005.
- Monika Hakimi, "State Bystander Responsibility," *European Journal of International Law*, Volume 21, Nomor 2, 2010.
- Nina Varsava, "How to Realize the Value of Stare Decisis: Options for Following Precedent", *Yale Journal of Law and the Humanities*, Volume 30, Nomor 2, 2018.
- Nir Kostı, David Levi-Faur, dan Guy Mor, "Legislation and Regulation: Three Analytical Distinctions," *The Theory and Practice of Legislation*, Volume 7, Nomor 3, 2020.
- Pauline C., Westerman "The Rule of Law as Export Product," *The Theory and Practice of Legislation*, Volume 5, Nomor 2, 2017.
- Rebecca Thorburn Stern, "When the Ends Justify the Means? Quality of Law-Making in Times of Urgency," *The Theory and Practice of Legislation*, Volume 7, Nomor 2, 2019, hlm. 85-100.
- Samantha Besson, "The Bearers of Human Rights' Duties and Responsibilities for Human Rights: A Quiet (R)evolution?," *Social Philosophy and Policy*, Volume 32, Nomor 1, 2015.
- Sigrun I. Skogly, "Right to Adequate Food: National Implementation and Extraterritorial Obligations", *Max Planck Yearbook of International Law*, Volume 11, 2007.

Terry Hutchinson, "The Doctrinal Method: Incorporating Interdisciplinary Method in Reforming the Law," *Erasmus Law Review*, Nomor 3, 2015.

Terry Hutchinson dan Nigel Duncan, "Defining and Describing What We Do: Doctrinal Legal Research," *Deakin Law Review*, Volume 17, Nomor 1, 2012.

Titon Slamet Kurnia, "Prediktabilitas Ajudikasi Konstitusional: Mahkamah Konstitusi dan Pengujian Undang-Undang," *Jurnal Konstitusi*, Volume 12, Nomor 2, 2016.

_____, dan Krishna D. Darumurti, "Mahkamah Konstitusi dan Desain Hubungan Pusat-Daerah Berdasarkan Asas Negara Kesatuan," *Jurnal Majelis*, Edisi 03, 2020.

Peraturan Perundang-undangan

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup.

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2019.

Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, sebagaimana telah diubah, terakhir dengan Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2015.

Undang -Undang Nomor 18 Tahun 2008 tentang Pengelolaan Sampah.

Putusan Pengadilan dan lain-lain

Advisory Opinion OC-6/86 oleh *Inter-American Court of Human Rights*.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 18: The Right to Work*, E/C.12/GC/18, 6 February 2006.

Putusan Mahkamah Agung Nomor 46 P/HUM/2018.

Putusan Mahkamah Agung Nomor 29 P/HUM/2019.